



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

DANIELLE VANESSA ALVES ANDRADE

GUARDA COMPARTILHADA:
A PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE PAIS E FILHOS

SOUSA - PB
2009

DANIELLE VANESSA ALVES ANDRADE

GUARDA COMPARTILHADA:
A PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE PAIS E FILHOS

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.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB
2009

DANIELLE VANESSA ALVES ANDRADE

GUARDA COMPARTILHADA:
A PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE PAIS E FILHOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora: Data de Aprovação: _____

Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira – UFCG

Professor Orientador

Examinador interno

Examinador externo

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar o instituto da guarda compartilhada, modalidade de guarda que preconiza a interação dos filhos com ambos os pais, salvaguardando o interesse do menor e a igualdade de direitos e deveres dos genitores pós ruptura conjugal. Justifica-se o estudo do tema dada a tendência dos tribunais nacionais em deferir a guarda sob essa modalidade, além da sua recente positivação na legislação pátria. Busca-se em tal pesquisa analisar a problemática da guarda compartilhada de menores, observando-se, brevemente, os institutos correlatos como o poder familiar, tutela e curatela, enfatizando as peculiaridades, distinções com outras espécies de guarda, vantagens e desvantagens da guarda compartilhada. Para tanto, através do método de abordagem dedutivo, as várias modalidades de guarda foram analisadas para que se pudesse proceder a conclusões acerca da guarda compartilhada. Como método de procedimento utilizou-se o histórico-comparativo pelo qual se investigou a origem e evolução do instituto da guarda, confrontando as similitudes e diferenças das diversas modalidades existentes no direito nacional, bem como a comparando com a guarda alienígena, assim como o método hermenêutico-jurídico para a interpretação dos dispositivos legais concernentes a guarda. Pela técnica de pesquisa de documentação indireta, observou-se a guarda através de documentos legais, mormente a Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, pela pesquisa documental, e reuniram-se seus delineamentos teóricos de doutrinas e artigos científicos, pela pesquisa bibliográfica. Pela análise realizada concluiu-se que a modalidade de guarda ora tratada é a que mais se adequa aos anseios dos genitores modernos, em decorrência da possibilidade de maior convívio com os filhos mesmo após a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável, além de proporcionar o bom desenvolvimento mental, social e emocional do menor.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Separação judicial. Divórcio. Dissolução da união estável.

ABSTRACT

This study is to analyze the institution of custody shared custody arrangement which calls for the children's interaction with both parents, safeguarding the interests of the child and equal rights and duties of parents after marital breakdown. It is appropriated to study the issue given the tendency of national courts to grant custody under this modality, in addition to his recent legal recognition in our law. In this research is examined the issue of custody of children, noting briefly the institutes related to the family power, guardianship and trusteeship, highlighting the peculiarities distinctions with other kinds of care, the advantages and disadvantages of shared custody. For this, using the method of deductive approach, the various forms of custody have been analyzed so that one could make conclusions about the shared custody. As a method of procedure was used historical comparison by which to investigate the origin and evolution of the office of the guard, comparing the similarities and differences of various types exist in national law, as well as compared to the alien guard, framework the method-hermeneutic for the interpretation of legal provisions concerning the custody. For the research technique of indirect documentation, there was a guard through legal documents, particularly the Federal Constitution, Civil Code and the Children and Adolescents, by documentary research, and met its theoretical features of doctrines and scientific articles the literature. Therefore, through the hermeneutic method, were used references to legislation, particularly the Federal Constitution, Civil Code and the Children and Adolescents. For the analysis concludes that the type of custody hereof is the one most responsive to the expectations of modern parents, due to the possibility of greater contact with children even after legal separation, divorce or dissolution of the stable, and provides good mental, social and emotional child.

Keyword: Shared custody. Separação judicial. Divorce. Dissolution of marriage stable.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PODER FAMILIAR	10
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
2.2. DEFINIÇÃO E CARACTERES	12
2.3. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	18
3 TUTELA, CURATELA E GUARDA	22
3.1. TUTELA	22
3.1.1. Definição	22
3.1.2. Espécies	22
3.1.3. Incapazes de exercer a tutela	23
3.1.4. Escusa dos tutores	24
3.1.5. Exercício da tutela	26
3.1.6. Cessação da tutela	28
3.2. CURATELA	28
3.2.1. Definição	28
3.2.2. Pessoas sujeitas à curatela	29
3.2.3. Cessação da curatela	29
3.2.4. Disposições da tutela aplicáveis à curatela	30
3.3. GUARDA	30
3.3.1. Definição	30
3.3.2. Evolução da guarda	31
3.3.2.1. Guarda nos casos de separação, divórcio e dissolução de união estável.....	32
3.3.2.2. Guarda nos casos de separação motivada pela ruptura da vida em comum ou por deficiência mental do cônjuge.....	35
3.3.2.3. Guarda na medida cautelar de separação de corpos, anulação de casamento e separação de fato.....	36
3.3.2.4. Guarda deferida a terceiros	37
3.3.3. Modalidades de guarda	38
4 GUARDA COMPARTILHADA	44
4.1. DEFINIÇÃO	44
4.2. GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO	47

4.3. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE GUARDA SOB A MODALIDADE COMPARTILHADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008	48
4.4. CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA	52
4.5. LEGITIMADOS AO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	56
4.6. POSTULAÇÃO PELOS INTERESSADOS OU DECRETAÇÃO PELO JUIZ	58
4.7. CONSEQUÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA	60
4.7.1. Responsabilidade civil	60
4.7.2. Visitas e alimentos	62
4.8. CRÍTICAS À GUARDA COMPARTILHADA	64
4.9. VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	67
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com este trabalho discutir o tema da guarda compartilhada, considerada uma importante evolução no trato de crianças oriundas de casais divorciados ou separados, de pais que não mais vivem em união estável ou mesmo que nunca conviveram.

Inicialmente, no primeiro capítulo, será exposto um instituto de fundamental importância para a compreensão da guarda compartilhada, qual seja, o poder familiar. Serão abordados sua evolução ao longo do tempo, seu conceito, assim como as formas de sua suspensão e extinção.

O segundo capítulo iniciará-se com a abordagem da tutela e curatela, institutos correlatos à guarda, e concluir-se-á com a análise da guarda genérica, exaltando-se sua definição, evolução histórica nas formas de deferimento, quando do desaparecimento do vínculo entre os genitores, e exposição de suas diversas modalidades.

No último capítulo, finalmente, observar-se-á de maneira específica a guarda compartilhada. Será demonstrado como se dá a concessão dessa espécie de guarda em países estrangeiros, e far-se-á um estudo de sua incidência na legislação, jurisprudência e doutrina nacionais, oferecendo-se diversas conceituações, esclarecendo-se por quem e como pode ser exercida, suas consequências, benefícios e malefícios para o país, os filhos e o próprio sistema judiciário.

Far-se-á uso nesta pesquisa do método de abordagem dedutivo, pelo qual, em um panorama geral, as diversas modalidades de guarda serão abordadas para que, ao final, considerações possam ser feitas sobre qual a mais benéfica para os pais e filhos.

No presente estudo, como método de procedimento utilizar-se-á o histórico-comparativo, assim como o hermenêutico-jurídico. Desta forma, investigar-se-á a origem e evolução do instituto da guarda genérica ao longo dos anos, assim como, o desenvolvimento da guarda, na modalidade compartilhada, desde a época em que era aplicada sem previsão legal até seu estágio atual: o deferimento fundamentado na Lei nº 11.698/2008. Far-se-á, igualmente, um comparativo entre as guardas aplicadas no Brasil, quais sejam, compartilhada, única, alternada e aninhada observando-se as similaridade e diferenças; assim como comparar-se-á a guarda compartilhada nos moldes brasileiros com as da Inglaterra, França, Estados Unidos da América e Portugal. Pelo método hermenêutico-jurídico far-se-á uma interpretação das normas existentes que tratem sobre o tema, buscando compreender o sentido e alcance dessas disposições legais.

Para melhor explanar o assunto, através da técnica de pesquisa de documentação indireta, pela pesquisa documental, observar-se-á a guarda por meio de documentos legais, como, por exemplo, a Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente; além de que, far-se-á uma análise de doutrinas e artigos científicos para reunir literatura sobre o tema, pela pesquisa bibliográfica.

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, vigente desde agosto do mesmo ano, que institui e disciplina a guarda compartilhada, modificando os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, veio possibilitar expressamente o emprego desse tipo de guarda. Na verdade, a citada lei regulamenta instituto que, já há algum tempo, fazia parte do cenário jurídico nacional, com aceitação nos Tribunais brasileiros, porém de forma não unânime.

Anteriormente à vigência da aludida lei, apesar de não rechaçada pela legislação nacional, ao contrário, a interpretação de diversos dispositivos concluía pela possibilidade da aplicação da guarda compartilhada, ainda observava-se certa resistência na sua implementação, por tratar-se de tema delicado, como é a guarda de filhos, e não ser o Código Civil, até então, completamente claro no que dizia respeito ao deferimento da guarda sob essa modalidade.

O instituto da guarda compartilhada surge, enfim, para suprimir as deficiências que outros modelos de guarda possuem, principalmente o da guarda única, na qual há o tradicional sistema de visitas. Tais modelos, ao privilegiar, na maioria dos casos, a mãe, produzem profundas lesões aos filhos, de ordem emocional, psicológica e social, no seu desenvolvimento, além de atingir também o próprio pai, cuja falta de contato mais íntimo leva, fatalmente, a um enfraquecimento dos laços parentais.

Este trabalho visa, enfim, promover algumas considerações sobre o recente instituto da guarda compartilhada, evidenciando seus aspectos mais relevantes.

2 PODER FAMILIAR

A guarda é um dos elementos, uma das atribuições do poder familiar. Não há como entender o alcance e as consequências da guarda sem antes compreender o instituto que lhe deu origem.

Preliminarmente, algumas considerações serão traçadas sobre o Poder Familiar, do qual emana o poder-dever de guarda de menores, evidenciando-se seu progresso histórico, conceito e peculiaridades, bem como o processo de suspensão e extinção deste instituto jurídico.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A evolução do Poder Familiar, desde os tempos romanos até os dias atuais, é explanada por Monteiro (2007) nos termos seguintes.

Tem-se notícia do poder familiar desde Roma, quando recebia a denominação de *patria potestas*. Os poderes pessoais e patrimoniais se concentravam na figura do *pater familias*, o chefe da família, ascendente mais antigo do sexo masculino. No âmbito pessoal, o pai possuía o poder de expor o filho ou de matá-lo, era o *jus vitae et necis*, o de transferi-lo a outrem e o de entregá-lo como indenização. No campo patrimonial, o filho poderia ser comparado ao escravo já que nada possuía, tudo quanto adquiria era para o pai, com exceção das dívidas.

Nesta época, o pátrio poder possuía um sentido eminentemente religioso: o *pater familias* é o condutor da religião doméstica. O chefe de família romano conduzia não só a religião, mas todo o grupo familiar, que podia conter muitos escravos e agregados. Sua autoridade, portanto, era fundamental para manter coeso o grupo familiar como base do Estado.

Com o passar do tempo essa autoridade absoluta e tirânica do pai sobre os filhos foi sendo abrandada. Permitiu-se, por exemplo, que o filho acumulasse bens próprios, advindos da atividade militar, o chamado pecúlio castrense. Ao tempo de Justiniano já não mais se admitia o direito sobre a vida e morte dos filhos. Sofrendo influência do Cristianismo e do Direito Canônico, o poder familiar foi ao longo da história perdendo o rigor.

O Código Civil de 1916, influenciado pelo Direito Romano, seguiu o sistema patriarcal, atribuindo ao marido o, até então chamado, pátrio poder. Somente na falta ou impedimento deste passava o pátrio poder a ser exercido pela mulher. O seu exercício não era, portanto, simultâneo, paralelo, mas sucessivo, um exercia o pátrio poder somente na falta do outro. Em caso de divergência entre os cônjuges, prevalecia a decisão do marido, ressalvada a hipótese de manifesto abuso de direito (art. 160, I, primeira parte, Código Civil de 1916).

Com a modificação que lhe dera a Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, o art. 380 do Código de 1916 passou a determinar: “Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”. Os pais exerciam agora o pátrio poder em regime de colaboração. No entanto, o parágrafo único do mesmo artigo, privilegiando a figura paterna, dizia: “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência”.

Esse dispositivo já deveria ser havido como revogado desde o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, I e 226, § 5º, preconiza a igualdade entre homens e mulheres, inclusive no que diz respeito ao exercício dos deveres decorrentes da sociedade conjugal, tal qual o poder familiar.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, dispõe no art. 21: “O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

O Código Civil de 2002, que aboliu a expressão *pátrio poder*, substituindo-a por *poder familiar*, veio corroborar essa igualdade entre pais e mães, afastando qualquer critério discriminatório, ao estatuir que ambos os pais devem exercer o poder familiar sobre os filhos em regime de absoluta igualdade, permitindo o seu exercício, de forma exclusiva, e por apenas um dos genitores somente na falta ou impedimento do outro. Havendo divergências (como, por exemplo, acerca da educação a ser dada ao menor, ou sobre autorização de viagem ao exterior), o juiz poderá ser chamado para solucioná-las (art. 1.631, caput e parágrafo único, Código Civil).

O dispositivo retro mencionado preceitua em seu caput: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais [...]”. A redação deste artigo vem sendo

criticada pelo fato de o poder familiar não decorrer necessariamente do casamento, podendo o menor ter nascido de uma relação extraconjugal, paralela ao casamento, ou entre pais que nunca mantiveram um enlace matrimonial, os conhecidos como pais solteiros. Além disso, na união estável, enquanto não houver previsão legal, a paternidade não se presume, necessitando ser reconhecida. O poder familiar é oriundo do reconhecimento dos filhos pelos genitores, independentemente da origem do seu nascimento, se advindo de casamento ou união estável ou não. Sendo assim, o vínculo entre os pais não afeta o poder familiar, podendo aquele existir, ter sido desfeito ou nunca ter existido.

Modernamente, o poder familiar não mais representa uma autoridade repressora, na qual o pai tem total poder sobre a vida e o patrimônio dos filhos, mas sim um conjunto de deveres e direitos que devem ser exercidos tanto pelo pai quanto pela mãe em benefício da prole, e não dos genitores, em respeito ao princípio da paternidade responsável esculpido no art. 226, § 7º da Constituição Federal. O poder familiar é visto na atualidade como um instituto de caráter eminentemente protetivo possuindo índole pública, é um *munus* público. Com efeito, é interesse do Estado a proteção das crianças e adolescentes que futuramente serão cidadãos atuantes da sociedade deste país (GONÇALVES, 2007).

2.2. DEFINIÇÃO E CARACTERES

No dizer de Monteiro (2007, p.348): “O poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza é indelegável.”

Gonçalves (2007, p.367), que cita Sílvia Rodrigues, tem conceito semelhante:

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Segundo Sílvia Rodrigues, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Diniz (2000, p.378) consigna em sua obra a seguinte definição:

O pátrio poder [atual poder familiar] pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e aos bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais,

para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Já Quintas, em seu livro *Guarda Compartilhada* (2009, p.16), traz uma nova visão sobre o poder familiar, destacando o interesse também dos pais em seu exercício. Seu conceito aborda o poder familiar como um conjunto de deveres e direitos recíprocos, mútuos entre pais e filhos, e que devem ser exercidos levando-se em consideração o interesse de ambos. No entanto, há prioridade absoluta dos direitos dos filhos. Cita-se: “[...] o poder familiar atribui direitos e deveres a ambos, pais e filhos, mas só será exercido no interesse dos pais se este não contrariar o dos filhos.”

O poder familiar faz parte do estado das pessoas e como tal é irrenunciável e inalienável. Isto quer dizer que não podem os pais delegá-lo ou transferi-lo a outrem, nem tampouco abdicá-lo, renunciá-lo. Qualquer convenção dos pais nesse sentido é nula.

O poder familiar é também imprescritível, ou seja, os pais não decaem desse poder por não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei.

Submetem-se ao poder familiar, segundo o art. 1.630 do Código Civil, todos os filhos menores. Também se sujeitam a este poder os filhos maiores incapazes. O imprescindível é que a prole seja reconhecida, independentemente da origem da filiação. Desta forma, estão sujeitos a este poder os filhos oriundos do casamento, da união estável, assim como os advindos de relacionamento extraconjugal, bem como os adotivos. O que importa é a relação de filiação devidamente reconhecida, voluntária ou judicialmente, uma vez que somente o reconhecimento estabelece juridicamente o parentesco, e não o vínculo entre os pais, podendo este já ter sido extinto.

No que concerne ao filho não oriundo de casamento, não reconhecido pelo pai, ficará sob exclusivo poder materno. É a família monoparental descrita no art. 226, § 4º da Constituição Federal. Se a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o poder familiar, dar-se-á tutor ao menor (art. 1.633, Código Civil), podendo também ocorrer a sua adoção. Se ambos os pais o reconhecerem, exercerão o poder familiar em igualdade de condições.

A separação judicial ou o divórcio, assim como a dissolução da união estável, não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito dos pais de terem os filhos em sua companhia (art. 1.632, Código Civil). Aplica-se o mesmo em relação às separações de fato e a anulação de casamento, não importando se putativo ou não. Sendo assim, a resolução do vínculo existente entre os pais não deve alterar a relação destes para com os filhos, no que diz respeito ao exercício do poder familiar, o que ocorrerá é a modificação da guarda física, ou seja, do direito de ter o menor em sua companhia.

No poder familiar destacam-se duas categorias de relações: as relações pessoais, deveres e direitos dos pais quanto à pessoa dos filhos, e relações patrimoniais, deveres e direitos dos pais quanto aos bens dos filhos.

Analise-se as primeiras, que compreendem as atribuições dos pais quanto à pessoa dos filhos menores:

I. Dirigir-lhes a criação e a educação (art. 1.634, I, Código Civil).

Aos pais compete educar os filhos de acordo com os seus preceitos morais e éticos, transmitindo-lhes seus princípios. Devem zelar pela educação da prole, sendo sua obrigação matricular o filho na rede regular de ensino (art. 55, ECA). Entretanto, o dever ora em tela não se restringe a fornecer somente esse tipo de instrução à prole, já que o conceito de educação é muito mais amplo envolvendo a condução escolar, moral, política, profissional, cívica, etc.

A infração desse dever legal acarreta sanções civis e criminais para o pai que foi omissos em cumpri-lo. No âmbito civil, essa negligência paterna pode ocasionar a suspensão (se o juiz entender que os pais faltaram com um dever a eles inerente, art. 1.637, Código Civil) ou destituição do poder familiar (caso entenda que a omissão constituiu verdadeiro abandono, art. 1.638, II, Código Civil). A perda do poder familiar não desobriga o pai destituído da obrigação de sustentar o filho; continua, portanto, devendo alimentos a este. Não fosse assim, o genitor faltoso seria beneficiado por sua negligência. Sob o aspecto criminal, a conduta dos pais pode ser tipificada nos delitos de abandono material (art. 244, Código Penal) e intelectual de menores (art. 244, Código Penal).

II. Tê-los em sua companhia e guarda (art. 1.634, II, Código Civil).

Este consiste em um dever-direito dos pais, consequentemente, a entrega de filho à pessoa inidônea pode configurar o crime previsto no art. 245 do Código Penal.

Tanto o pai quanto a mãe possuem o direito de reclamar a guarda do filho para si, não existindo qualquer preferência que privilegie o homem ou a mulher. Os filhos poderão, portanto, ser confiados ao pai ou a mãe, devendo o juiz averiguar qual deles possui melhores condições econômicas, morais, educacionais para exercer a guarda, sendo relevante também a afinidade existente entre o genitor e o menor. A guarda será deferida, por conseguinte, em consonância com o bem-estar do menor e não com o interesse dos genitores.

É importante atentar para o fato de que, como diz Monteiro (2007, p.351): “[...] tal guarda não é da essência, mas tão só da natureza do poder familiar; pode, por conseguinte, ser confiada a outrem.”

A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional. Ambos os pais possuem o dever de contribuir para o sustento dos filhos na proporção de seus recursos (art. 1.703, Código Civil). Caso o genitor guardião não possua meios próprios para sustentar o filho, não será destituído da guarda, já que deverá o outro genitor, de acordo com suas possibilidades, prestar pensão alimentícia ao menor. O Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso no sentido de que a falta de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar (art. 23).

III. Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (art. 1.634, VI, Código Civil).

Para efetivar o direito outorgado aos pais de manterem os filhos em sua guarda e companhia, a lei lhes confere a possibilidade de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, através de ação de busca e apreensão. Complementando esse dispositivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente confere aos filhos menores, em seu art. 19, o direito de serem criados e educados no seio de sua família, participando do convívio familiar e comunitário.

IV. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem enquanto não atingida a maioridade civil (art.1.634, III, Código Civil).

O consentimento não pode ser deferido em termos gerais, mas deve ser específico, isto é, para contrair casamento com determinada pessoa. Em razão da isonomia em relação aos deveres e direitos do casamento, será exigida a anuência de ambos os genitores ou do representante legal (art.1.517, Código Civil). Havendo recusa injustificada, o juiz poderá suprir o consentimento (art.1.519, Código Civil).

V. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar (art.1.634, IV, Código Civil).

Essa disposição legal encontra-se reproduzida no art. 1.729 do Código Civil e justifica-se pela consideração de que ninguém melhor que os pais poderá escolher um tutor para o filho menor. Nula será, porém, nomeação de tutor realizada por um dos genitores, se lhe sobrevive o outro.

VI. Representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento (art.1.634, V, Código Civil).

A incapacidade absoluta impede que o menor exerça, por si só, os atos da vida civil. O ato somente poderá ser praticado por seu representante legal (art. 3º, Código Civil). A incapacidade relativa permite que o menor pratique sozinho certos atos, no entanto, o limita quanto a outros ou a maneira de os exercer, exigindo que seja assistido (art. 4º, Código

Civil). A incapacidade absoluta é suprida, pois, pela representação, desde a concepção até os dezesseis anos, e a incapacidade relativa pela assistência, após essa idade até os dezoito anos, nos atos em que for parte.

Nem sempre os pais serão assistentes ou representantes dos filhos, já que dada alguma colisão entre os interesses dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial (art.1.692, Código Civil).

Morrendo um dos pais, o poder familiar e, conseqüentemente, a representação ou assistência, serão exercidos unicamente pelo sobrevivente, ainda que se case novamente. Se este também falecer, ou for incapaz de exercê-lo, o poder familiar caberá ao tutor nomeado pelos genitores por testamento ou documento público, ou pelo juiz, em falta de tutor nomeado pelos pais (arts. 1.729 e 1.731, Código Civil).

VII. Exigir que lhes prestassem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art.1.634, VII, Código Civil).

Os menores além de direitos possuem deveres, entre os quais estão o de respeitar e obedecer os genitores, assim como o de executar serviços compatíveis com a sua idade, preparando-se assim para a vida. Deve-se, entretanto, ter cautela quando se incumbe o menor destes serviços para que estas atividades não se tornem sacrificantes, superiores as suas forças ou lhe tomem demasiadamente o tempo de estudo e lazer, comprometendo o seu desenvolvimento físico e mental.

A legislação trabalhista, objetivando a proteção do menor, proíbe o seu trabalho antes dos dezesseis anos (CLT, art. 403), salvo na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos (CF, art. 7º, XXXIII), e veda-lhe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre antes dos dezoito anos completos (CLT, art. 404).

VIII. Cumprir e mandar cumprir, no interesse deles, as determinações judiciais (art.22, Estatuto da Criança e do Adolescente).

A violação desse dever pode acarretar a perda ou suspensão do poder familiar.

IX. Assegurar-lhes convivência familiar e comunitária em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (art.19, Estatuto da Criança e do Adolescente).

É dever dos pais garantir aos filhos ambiente saudável em que possam crescer pautados em princípios morais dignos para sua adequada formação.

Analisado o poder familiar quanto à pessoa dos filhos, passe-se ao exame quanto aos bens. De acordo com o art. 1.689, I e II, do Código Civil, os pais, enquanto no exercício do poder familiar, têm o usufruto e a administração sobre os bens dos filhos menores.

A lei outorga o usufruto aos pais como forma de compensá-los nos gastos com a educação e criação dos filhos.

Os poderes dos pais não devem exceder os da simples administração, entendendo-se por isso os atos atinentes à conservação e exploração dos bens, pagamento de impostos, defesa judicial, venda de móveis, locação de imóveis, recebimento de juros ou rendas. A venda, em qualquer caso, nunca se efetuará por preço inferior ao da respectiva avaliação.

Não é autorizado aos genitores, portanto, vender, hipotecar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair em nome deles, obrigações que ultrapassem a simples administração. Se houver necessidade ou for de evidente utilidade para a prole, esses atos poderão ser praticados desde que com a autorização judicial. Se forem realizados sem essa exigência legal, os filhos, os herdeiros e o representante legal poderão pleitear declaração de sua nulidade (art. 1.691, caput e parágrafo único, Código Civil).

Como já mencionado, a venda está adstrita à condição de necessidade e evidente utilidade para o menor. Por exemplo, se o menor necessita de meios para financiar os seus estudos, ou tratamento médico e não dispõe de outros recursos pecuniários; se ele muda de domicílio, surgindo alguma dificuldade na administração do imóvel situado no antigo domicílio, etc.

O Código Civil estabelece no art. 1.693 os bens excluídos da administração e do usufruto dos pais:

I. Os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento (inciso I).

Este dispositivo tem o fundamento ético de evitar o reconhecimento voluntário da filiação somente com o intuito de beneficiar-se com o patrimônio que possui o filho.

II. Os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional, e os bens com tais recursos adquiridos (inciso II).

Esta norma, no caso concreto, tem insignificante alcance e duração limitada, já que o fato da maioridade ser atingida aos dezoito anos, faz com que essa proteção se limite a dois anos da vida do menor (dos dezesseis aos dezoito anos). Não fosse bastante, haverá a emancipação do menor se a atividade profissional implicar estabelecimento civil ou comercial, ou importar relação de emprego, desde que em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

III. Os deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais (inciso III).

A hipótese ocorre quando o testador ou doador veda a administração dos bens por um ou por ambos os pais. Neste caso, será nomeado administrador pelo juiz.

IV. Os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão (inciso IV).

É uma sanção civil decorrente da sentença de indignidade decretada em desfavor do herdeiro, pai do menor. Os filhos do excluído o sucedem como se o indigno fosse pré-morto e este não poderá, nem indiretamente, se beneficiar da sucessão da qual foi excluído usufruindo ou administrando os bens que os filhos receberão em seu lugar (art. 1.816, parágrafo único, Código Civil).

Caso os genitores discordem no exercício da administração dos bens dos filhos, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária (art. 1.690, parágrafo único, Código Civil).

Sempre que no exercício do poder familiar colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial (art. 1.692, Código Civil).

2.3. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão é o ato pelo qual uma sentença judicial paralisa, por tempo determinado, as atribuições concernentes ao poder familiar. Pode ser total, quando essa paralisação é estendida a todas as atribuições inerentes ao poder familiar, ou parcial, restringindo-se a determinados poderes, como por exemplo, proibição de administrar os bens do menor.

A extinção e a suspensão não se confundem. Esta é menos grave que aquela. A suspensão é temporária, ou seja, desaparecendo sua causa determinante, pode o pai ou a mãe retornar ao exercício do poder familiar (MONTEIRO, 2007). A lei não estabelece limite de tempo para a suspensão, este será arbitrado pelo julgador de acordo com o que acreditar que seja conveniente aos interesses do menor. Tem-se entendido que a extinção é permanente, embora não se possa dizer que é definitiva. Podem os pais recuperar o poder familiar através de procedimento judicial contencioso, desde que comprovem a extinção das causas determinantes da perda, e que o restabelecimento do vínculo com o menor seja conveniente a este. Outra distinção é de que a suspensão pode abranger somente determinado

filho, enquanto a perda se refere a toda a prole. No entanto, deve-se observar cada caso em espécie, podendo ocorrer de maneira diversa.

Segundo o art. 1.635 do Código Civil, extingue-se o poder familiar:

I. Pela morte dos pais ou do filho (inciso I).

O exercício do poder familiar cabe a ambos os pais. Se um deles falece, transfere-se ao sobrevivente. Se este vem a falecer, extingue-se o poder familiar, colocando-se sob tutela o filho menor. O óbito de ambos os pais, portanto, põe fim ao poder familiar acontecendo o mesmo na hipótese de morte do filho menor.

II. Pela emancipação nos termos do art. 5º do Código Civil e pela maioridade (inciso II).

Emancipação é a aquisição da capacidade civil absoluta antes da idade estabelecida pela lei, que é de dezoito anos. Aos dezoito anos completos cessa a menoridade, ficando o indivíduo habilitado para todos os atos da vida civil, sem restrição (art. 5º, caput, Código Civil). Entretanto, a incapacidade pode cessar antes desse termo através da emancipação. O sujeito emancipado equipara-se, para todos os efeitos, ao maior. Não se compreende, assim, que ainda se submeta ao poder familiar.

As hipóteses de emancipação, segundo o novel diploma civil, são as seguintes: concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, por escritura pública; casamento; exercício de emprego público efetivo; colação de grau em curso de ensino superior; estabelecimento civil ou comercial e existência de relação de emprego, desde que, em função destes o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (art. 5º, parágrafo único, I a V, Código Civil).

III. Pela adoção (inciso III).

A adoção faz com que desapareçam os direitos e deveres dos pais biológicos para com os filhos, uma vez que o poder familiar se transfere para os pais adotivos. Mortos os pais adotivos, o filho é considerado em estado de orfandade, não se restabelecendo o poder familiar dos pais naturais. Nesse sentido é expresso o art.49 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

IV. Por decisão judicial, na forma do art. 1.638 (inciso IV).

O Código Civil elenca no art. 1.638 as causas de perda do poder familiar, que somente é possível por sentença judicial, em procedimento contraditório, sendo exigido também para a hipótese de suspensão.

Dispõe o art. 1.638 que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I. Castigar imoderadamente o filho (inciso I).

De acordo com os ensinamentos de Gonçalves (2007), a doutrina majoritária entende que a lei ao utilizar o advérbio *imoderadamente* está legitimando o castigo físico moderado, o *jus corrigendi*, ou seja, podem os pais aplicar castigos aos filhos desde que dentro de limites saudáveis. No entanto, há os que entendem que qualquer forma de castigo físico fere os princípios constitucionais de proteção ao menor, principalmente o do art. 227 da Carta Magna que garante ao menor o direito à dignidade e ao respeito colocando-o a salvo de qualquer violência, crueldade e opressão. Nesse diapasão, Gonçalves (2007, p.383) dá sua opinião:

Não resta dúvida de que todo castigo físico configura violência à integridade física da criança ou adolescente e mesmo ofensa à sua dignidade. Como obtempera Paulo Luiz Neto Lobo, “na dimensão do tradicional pátrio poder, era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo”.

II. Deixar o filho em abandono (inciso II).

O descaso dos pais para com os filhos que acarreta a perda do poder familiar não é somente o material, engloba também o abandono intelectual e o moral. O Código Penal visando reprimir as diversas modalidades de abandono tipifica os seguintes crimes: abandono material (art. 244), abandono intelectual (art. 245), abandono moral (art. 247), abandono de incapaz (art. 134) e abandono de recém-nascido (art. 134).

III. Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (inciso III).

Almeja o legislador evitar que os filhos sejam influenciados pelo mau exemplo dos pais, desviando a sua conduta e personalidade de preceitos honrados e respeitosos. O dispositivo abrange o procedimento moral e social sob diversos aspectos, sendo reprimível a falta de pudor, a libertinagem, a prática da prostituição, o alcoolismo, a mendicância, a vadiagem, o uso de substâncias entorpecentes, etc. (GONÇALVES, 2007).

IV. Incidir, reiteradamente, nas faltas que ensejem suspensão (inciso IV).

Estabelece o art. 1.637 que se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinar os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar quando convenha.

O artigo não autoriza somente a suspensão. Pode o magistrado, em substituição à suspensão, limitar-se a estabelecer condições particulares que o pai ou a mãe devem atender.

Acrescenta o parágrafo único que o exercício do poder familiar será igualmente suspenso ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime, cuja pena exceda a dois anos de prisão. Deve-se, entretanto, conforme Gonçalves (2007), analisar o caso concreto, pois a depender do caráter da violação e da gravidade em relação ao filho, a condenação por crimes apenados com reprimendas inferiores poderá ocasionar a suspensão, ou até a perda do pátrio poder.

O art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina o procedimento a ser seguido nas hipóteses de requerimento de perda ou suspensão do poder familiar, podendo ter início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

A sentença que decretar a perda ou a suspensão será averbada à margem do registro de nascimento (art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tais sanções têm mais o intuito de preservar o bem-estar dos filhos do que punir os genitores. Observe-se que a destituição não se presta a punir faltas passadas. A causa da destituição há de ser contemporânea ao pedido. Se o genitor praticava atos incompatíveis com o poder familiar e deixou de fazê-los, não há mais razão para o pedido de destituição (MONTEIRO, 2007). Também não se faz necessária a prática reiterada ou permanente de atentados contra o bem físico ou moral do filho, pois só um acontecimento pode constituir perigo para o menor, como, por exemplo, quando o pai atenta contra a vida do filho (GONÇALVES, 2007).

Ressalte-se que se os deveres inerentes ao poder familiar são descumpridos, acarretando efeitos danosos aos filhos, além da suspensão e destituição do poder familiar, é cabível, conforme opinião de Monteiro (2007), a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, com a condenação do genitor na reparação dos danos.

O estatuto civil ainda estabelece sobre poder familiar que o pai ou a mãe que se casa novamente, ou passa a viver em união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, o poder familiar, exercendo-o sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro, salvo se este dispuser a adotá-los, aplicando-se idêntico preceito ao pai ou a mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável (art. 1.636, caput e parágrafo único, Código Civil).

3 TUTELA, CURATELA E GUARDA

Este capítulo se propõe ao estudo de institutos correlatos à guarda compartilhado, e evidenciará suas definições, espécies e evolução.

3.1. TUTELA

3.1.1. Definição

O instituto da tutela é um meio de proteção ao menor incapaz, que surge com o desaparecimento do poder familiar dos pais, seja pela morte destes, ausência, incapacidade ou pela suspensão e destituição desse poder, conforme dispõe o art. 1.728 do Código Civil.

Segundo Gonçalves (2007, p.582):

Tutela é o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens. Destina-se a suprir a falta do poder familiar e tem nítido caráter assistencial. É segundo o magistério de Álvaro Villaça Azevedo, “um instituto jurídico que se caracteriza pela proteção dos menores, cujos pais faleceram ou que estão impedidos de exercer o poder familiar, seja por incapacidade, seja por terem sido dele destituídos ou terem perdido esse poder”.

Na definição de Rodrigues (1991, p. 396), a tutela é um “instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir o pátrio poder [atual poder familiar] em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal.”

A tutela é considerada um encargo público e obrigatório, ressaltando-se as hipóteses de escusa. O tutor, então, exerce um múnus público, uma delegação do Estado.

3.1.2. Espécies

Três são as espécies de tutela: testamentária, legítima e dativa. A tutela testamentária é aquela descrita no parágrafo único do art. 1.729 do Código Civil em que os pais podem, através de testamento ou qualquer outro documento autêntico, nomear tutor, valendo esta determinação caso não haja cônjuge sobrevivente.

A tutela legítima é a deferida por lei aos parentes consanguíneos do menor, dada a inexistência ou nulidade de tutela testamentária. O art. 1.731 estabelece a ordem em que os legitimados devem ser chamados para exercer a tutela: os ascendentes, preferindo-se os de grau mais próximo; os colaterais até o terceiro grau, havendo preferência pelos de grau mais próximo, e no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços, devendo o juiz analisar em cada caso qual o mais apto para exercer a tutela em benefício do menor. Esta ordem, porém, não é inflexível, podendo o juiz não observá-la caso inconveniente ao bem-estar do menor, como, por exemplo, na hipótese em que o preferido pela ordem legal não mantenha laços afetivos com o menor, possua comportamento inidôneo ou não demonstre qualquer interesse pelo incapaz (MONTEIRO, 2007).

A tutela dativa é deferida pelo juiz na falta das anteriores. Com efeito, disciplina o art. 1.732 do Código Civil, que o juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor na falta de tutor testamentário ou legítimo, quando estes forem excluídos ou escusados da tutela, ou quando removidos por inidoneidade.

Alguns doutrinadores, alude Monteiro (2007, p.387), ainda mencionam um quarto tipo de tutela: a tutela irregular. Nessa espécie não há nomeação legal, mas uma pessoa cuida do menor e seus interesses, como se estivesse legitimamente investido no ofício tutelar. O sistema legal pátrio não reconhece efeitos jurídicos à tutela irregular que se equipara a gestão de negócios e como tal é regida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também previu o instituto da tutela, em seu art. 36, estabelecendo que seu deferimento pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar, e implica o dever de guarda com todas as atribuições que esta acarreta, quais sejam: prestação de assistência material, moral e educacional.

3.1.3. Incapazes de exercer a tutela

O art. 1.735 do Código Civil enumera as pessoas que não podem ser tutores e que serão exonerados da tutela caso a exerçam:

I. Aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens (inciso I).

Esta determinação veda o exercício da tutela aos menores, interditos, pródigos, falidos e surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade.

II. Aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este; e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor (inciso II).

Neste caso, a oposição manifesta dos interesses desaconselha à nomeação do tutor.

III. Os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela (inciso III).

A proibição baseia-se em preceito de ordem moral segundo o qual os interesses do menor não estariam bem guardados em mãos de inimigos, não necessitando que se trate de inimigo capital.

IV. Os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, crime contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena (inciso IV).

Pesa contra tais pessoas a presunção, *jure et de jure*, de inidoneidade (MONTEIRO, 2007). O Código Penal, no art. 92, inciso II, e parágrafo único, inciso III, inclui entre as penas acessórias, a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da tutela.

V. As pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores (inciso V).

Da mesma forma que no inciso anterior, é o caráter inidôneo que exclui tais pessoas.

VI. Aqueles que exerceram função pública incompatível com a boa administração da tutela. (inciso VI).

Há algumas funções públicas, como a de magistrado e de escrivão nas quais a exigência de dedicação exclusiva do agente fará com que seus tutores mal sirvam a tutela. Esta vedação, no entanto, não é absoluta, podendo ser excluída pelo juiz se o mesmo não vir inconveniente na nomeação (MONTEIRO, 2007).

3.1.4. Escusa dos tutores

Por ser um múnus público, a tutela terá que ser exercida obrigatoriamente por quem for chamado ao seu exercício, a menos que ocorra em seu favor alguma causa que o escuse do ofício tutelar. As pessoas que podem escusar-se da tutela na legislação brasileira estão elencadas no art. 1.736 do Código Civil. São elas:

I. Mulheres casadas (inciso I).

Este dispositivo, conforme Monteiro (2007), afronta o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres assegurado no art. 5º, inciso I, da Magna Carta, por não contemplar a hipótese de escusa de homens casados.

II. Maiores de sessenta anos (inciso II). O legislador presumiu que a partir desta idade o tutor teria dificuldades para exercer a tutela.

III. Aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos (inciso III).

Neste inciso a lei preocupa-se em não incumbir o tutor de uma tarefa por demais onerosa, o que acabaria prejudicando também o tutelado, ao qual poderia faltar atenção e o sustento devido. Não se distingue se os filhos são havidos ou não do casamento ou se são adotivos.

IV. Os impossibilitados por enfermidade (inciso IV).

Os que padecem de alguma enfermidade podem escusar-se da tutela comprovando que a doença é incompatível com o exercício da mesma. Segundo Gonçalves (2007, p.594) “os cegos podem escusar-se por esse motivo”.

V. Aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela (inciso V).

O pretense tutor, neste caso, encontraria maiores óbices na administração dos bens do tutelado, assim como no cuidado para com a pessoa do menor.

VI. Aqueles que já exercerem tutela ou curatela (inciso VI).

Procura-se não sobrecarregar o tutor e proteger o menor, garantindo-lhe que o tutor bem exerça a tutela.

VII. Militares em serviço (inciso VII).

Entende o legislador que os membros das Forças Armadas ativos estão sujeitos a transferências constantes de lugar o que prejudicaria o bom exercício da tutela.

O art. 1.738 do Código Civil prega que quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la, consagrando esta como outra hipótese de escusa.

Preconiza o art. 1.738 do mesmo diploma legal que a escusa deverá ser apresentada nos dez dias subsequentes à intimação do nomeado, sob pena de entender-se

renunciado o direito de alegá-la. Se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, o prazo contar-se-á do momento em que ele sobrevier. Enquanto a escusa não for admitida pelo juiz, sendo interposto recurso, o nomeado exercerá a tutela, respondendo desde logo pelas perdas e danos que causar ao menor (art. 1.739 do Código Civil).

3.1.5. Exercício da tutela

O exercício da tutela assemelha-se ao exercício do poder familiar, no entanto, sofre algumas restrições e se sujeita a inspeção do juiz.

De acordo com o art. 1.740 do Codex Civil, incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

I. Dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição (inciso I).

É dever do tutor proporcionar ao tutelado a educação adequada, matriculando-o na rede de ensino regular e estimulá-lo a desenvolver as suas potencialidades intelectuais.

Quanto ao dever de prestar alimentos, se o menor possui bens será educado a suas próprias expensas segundo quantia arbitrada judicialmente, caso os pais não a tenham taxado (art. 1.746). Se o menor não possui patrimônio apto a sustentá-lo, poderá pleiteá-los, perante os parentes legalmente obrigados a prestar-lhe alimentos. Não havendo estes parentes, a obrigação defere-se ao tutor.

II. Reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção (inciso II).

O tutor não poderá infligir castigos físicos ao menor, somente correções de ordem moral. Em casos graves, em que os meios psicológicos se mostram ineficazes, deverá o tutor recorrer ao juiz, para que este providencie a punição adequada ao tutelado.

III. Adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade (inciso III).

Esta norma seguiu a orientação do Estatuto da Criança e do Adolescente que no art. 28, § 1º prevê a oitiva do menor para que opine sobre seus interesses na tutela, se já contar doze anos de idade.

No que concerne ao exercício da tutela quanto aos bens do menor, de acordo com o art. 1.747, compete ainda ao tutor:

I. Representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte (inciso I).

A assistência é necessária dos dezesseis aos dezoito anos, quando o pupilo atinge a maioridade civil. Os incapazes menores de dezesseis anos serão representados pelos pais ou, na falta destes, pelos tutores, sob pena de nulidade dos atos praticados sem essa exigência legal (art. 166, I).

II. Receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas (inciso II).

Em consequência dessa disposição está o tutor autorizado também a dar quitação pelo recebimento.

III. Fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens (inciso III).

Cuida o dispositivo de atos de administração ordinária, que possibilitem prover à criação e educação do menor, de acordo com a sua situação econômica e social, assim como à administração, à conservação e aos melhoramentos do seu patrimônio, tais como, benfeitorias necessárias e úteis.

IV. Alienar os bens do menor destinados à venda (inciso IV).

O dispositivo versa sobre os bens que, por sua natureza jurídica e econômica, destinam-se à alienação, como os produtos de propriedade agrícola ou pecuária, e a produção industrial, por exemplo (GONÇALVES, 2007).

V. Promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz (inciso V).

O arrendamento deve ser vantajoso para o menor, devendo ser estipulado preço maior ou pelo menos igual ao de mercado.

O art. 1.748 do Código Civil elenca atos que se revestem de maior complexidade e que podem repercutir de forma negativa no patrimônio do menor. Não são considerados procedimentos de mera gestão ou administração ordinária, por esta razão para serem executados necessitam de autorização do juiz. São eles: pagar as dívidas do menor; aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; transigir; vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido; propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Atos existem que o tutor não pode de modo algum praticar, ainda que autorizado pelo juiz, sob pena de nulidade. Enumera-os o art. 1.749: adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor; dispor

dos bens do menor a título gratuito; constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

3.1.6. Cessação da tutela

A tutela, como já mencionado, é um instituto que visa à proteção do menor, caracterizando-se por possuir vigor transitório. Dessa maneira, poderá extinguir-se por uma razão natural ou jurisdicional, podendo cessar tanto em relação ao pupilo, como ao próprio tutor.

Quanto ao primeiro caso, segundo o art. 1.763 do Código Civil, cessa a condição de tutelado com a maioridade ou a emancipação do menor; ou ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento ou adoção.

Atingida a maioridade, não será mais necessária a tutela, pois terá cumprido requisito para obter o exercício pleno dos direitos civis. A morte do tutelado também extingue a tutela.

No art. 1.764 do Código Civil estão dispostas as causas que levam a cessação das funções do tutor: ao expirar o termo, em que era obrigado a servir; ao sobrevir escusa legítima; ao ser removido.

É importante destacar que o término das funções do tutor nem sempre acarreta a cessação da condição de pupilo. Em qualquer desses casos, se o tutelado ainda for incapaz, continuará sendo pupilo de outrem, cessando para seu antigo tutor o exercício do múnus.

3.2. CURATELA

3.2.1. Definição

Igualmente à tutela, a curatela é um instituto de interesse público. Diferem, no entanto, na medida em que a curatela, concedida mediante prévia decretação do judicial,

destina-se a reger a pessoa e administrar os bens de maiores incapazes, e não de menores, em função de moléstia, prodigalidade ou até ausência.

Segundo Diniz (2000, p. 571), a curatela é definida como “o encargo público, cometido, por lei, a alguém para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental”.

Rodrigues (1991, p.489) adota o conceito de Beviláqua e Lafayette, pelo qual a “curatela é o encargo público, conferido por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si não possam fazê-lo”.

Destarte, a regra geral é que a curatela está reservada aos maiores de idade que por situações patológicas não podem gerenciar seus bens. Porém existem situações que ela é deferida para menores de idade, como na hipótese da curatela do nascituro.

3.2.2. Pessoas sujeitas à curatela

O artigo 1.767 do Código Civil elenca quem são as pessoas sujeitas à curatela: aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; os pródigos.

A curatela do nascituro tem fulcro no artigo 1.779 do mesmo diploma legal que apregoa a nomeação de curador ao nascituro, se o pai falecer, estando grávida a mulher e não tendo esta o poder familiar. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

3.2.3. Cessação da curatela

No caso do incapaz, cessa a curatela quando o mesmo recuperar a sua integridade. Para o pródigo, será levantada a curatela quando a incapacidade que a

determinou cessar. A deficiência mental pode extinguir-se, o ébrio ou o toxicômano podem curar-se, assim como pode o surdo-mudo, mediante educação apropriada, adquirir capacidade de entendimento.

O próprio Código de Processo Civil permite tal assertiva:

Art. 1.186 - Levantar-se-á a Interdição, cessando a causa que a determinou.

§ 1º - O pedido de levantamento poderá ser feito pelo interditado e será apensado aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para proceder ao exame de sanidade no interditado e após a apresentação do laudo designará audiência de instrução e julgamento.

§ 2º - Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o trânsito em julgado, pela imprensa local e órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais.

3.2.4. Disposições da tutela aplicáveis à curatela

Da mesma forma que a tutela, a curatela também pode ser legítima, testamentária ou dativa.

Também se aplicam à curatela as regras pertinentes ao exercício da tutela; é isto que preceitua o art. 1.774 do Código Civil: “Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes”. O art. 1.781 da mesma lei possui determinação semelhante: “As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e a as desta Seção”.

Dessa maneira, as regras que dizem respeito à incapacidade para o exercício da curatela, às escusas e obrigações do curador, aos direitos e deveres atinentes à curatela são as mesmas da tutela.

3.3. GUARDA

3.3.1. Definição

A guarda é um dos elementos do poder familiar, mas com este não se confunde. A perda da guarda não implica a perda do poder familiar. Como ensina Monteiro (2007, p.351) “a guarda não é da essência, mas tão só da natureza” do poder familiar. No entanto, a perda da guarda diminui a amplitude do poder familiar, já que este perdeu um de seus atributos.

A expressão *guarda* deriva do alemão *wargem*, do inglês *warden* e do francês *garde*, podendo ser interpretada, genericamente, para expressar vigilância, proteção, segurança, defesa, cuidado e direção, um direito-dever que os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

José Antônio de Paula Neto (apud Peres, 2002, s/p.) define a guarda como um “direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este.”

Grisard Filho (2000) conceitua a guarda como “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 384, II, do CC [de 1.916, atual art. 1.634, II] e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas.”

Para Quintas (2009, p.21):

[...] a guarda é o direito de comandar a vida dos filhos, vigiando-os e determinando-lhes a formação moral, sempre em busca de seu melhor interesse, com o poder de retirá-los de quem ilegalmente os detenha. É, ao mesmo tempo, um dever, um múnus público de vigiar, orientar e cuidar, a que estão os guardiões, ou guardião obrigados a cumprir.

Sendo assim, a guarda pode ser definida como uma das facetas do poder familiar, não se limitando à possibilidade dada ao guardião ou guardiões de terem o menor em sua companhia, e o direito de reclamar-lhe de quem o detenha de forma ilegítima, mas também compreende os deveres de vigilância, proteção, orientação e zelo de ambos os genitores.

3.3.2. Evolução da guarda

Analisar-se-á o desenvolvimento do deferimento da guarda no decorrer do tempo dada à ruptura conjugal, a dissolução da união estável ou a anulação do matrimônio.

Observar-se-á que a guarda poderá ser concedida aos pais ou a terceiro, a depender do interesse do menor.

3.3.2.1. Guarda nos casos de separação, divórcio e dissolução de união estável

Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, consensual ou judicial, ou pelo divórcio, e ainda pelo desfazimento da união estável, surge o problema da guarda dos filhos menores, bem como dos filhos maiores incapazes.

Inicialmente, era atribuição do pai deter a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos, atual poder familiar, de acordo com uma legislação que limitava a capacidade da mulher para certos atos da vida civil; conseqüentemente, era ela inibida, legalmente, de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial. Destarte, a figura do homem era privilegiada no deferimento da guarda após a ruptura conjugal.

Esse contexto perdurou até a revolução industrial, que ocasionou uma profunda modificação social, invertendo certos valores da sociedade. A industrialização, que impulsionou a saída do pai do seio familiar em busca de trabalho, despendendo a maior parte do tempo fora do lar, somado ao advento da capacidade plena da mulher, passando ela a ser considerada mais apta à guarda dos filhos, em casos de separação, por ter, entendia-se, por natureza, maior afinidade e zelo aos filhos, retirou do pai a exclusividade da outorga da guarda. O pai, então, possuía a incumbência de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mulher se dedicava às atividades domésticas. Pelo fato de o homem se encontrar no trabalho praticamente o dia todo, a mãe pelo maior contato com a prole desenvolveu maior aptidão para cuidar desta. Surgiu, assim, o entendimento de que as genitoras possuíam maior capacidade para gerir a vida do menor após o fim do vínculo conjugal, passando-se a deferir a estas a guarda dos filhos.

Sob a égide do Código Civil de 1916, vigoravam as seguintes regras consubstanciadas no art. 326 e seus parágrafos: se a sentença, que decretasse o desquite, concluísse pela culpabilidade de somente um dos cônjuges, os filhos menores deveriam ser entregues ao inocente; se ambos fossem havidos como culpados, a mãe teria direito de conservar as filhas em sua companhia, enquanto menores, e os filhos varões até a idade de seis anos, época na qual passariam estes últimos para a guarda do pai.

Com o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, que modificava a lei civil de 1916, a primeira regra permaneceu praticamente inalterada: sendo judicial o desquite, ficariam os filhos menores com o cônjuge inocente. O legislador presumiu que não poderiam ser bons pais, aqueles que não se mostraram em tempo oportuno, bom marido, ou boa esposa. No tocante à segunda regra, a modificação apresentou-se substancial, fortalecendo a posição da mãe, ainda que igualmente culpada pelo desfazimento do vínculo conjugal: se ambos os cônjuges fossem culpados, os filhos menores, independentemente do sexo, ficariam sob a guarda da genitora, salvo se o juiz verificasse que de tal solução poderia advir prejuízo de ordem moral para a prole. Neste caso, a lei presumiu que a mãe assistiria aos filhos com maior dedicação que o pai.

Norma posterior, a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a Lei do Divórcio, manteve a mesma orientação ao lecionar em seu art. 10 que na separação judicial, fundada no pedido de um só dos cônjuges que imputa ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, os filhos menores ficariam com o cônjuge que a ela não houvesse dado causa. Acrescentava o § 1º do mesmo artigo que se ambos os cônjuges fossem responsáveis pela separação judicial, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que a convivência com esta poderia causar alguma lesão de aspecto moral para eles.

Conclui-se que a legislação anterior pregava o regime de perda da guarda dos filhos pelo cônjuge culpado pela separação judicial e de prioridade à mulher em deter a guarda na hipótese de culpas recíprocas.

Com o Novo Código Civil de 2002 foi introduzida norma que preserva o interesse dos menores. Estabeleceu-se em seu art. 1.584 que, decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre os cônjuges acordo em relação à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem demonstrar melhores condições de exercê-la. Destarte, o princípio que passaria a nortear o julgador na fixação da guarda é a prevalência dos interesses da prole, desvinculada da culpa da dissolução da sociedade conjugal e sem qualquer prerrogativa feminina.

Sobre esta inovação, Gonçalves comenta (2007, p.264):

Não mais subsiste, portanto, a regra do art. 10 da Lei do Divórcio de que os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela [a separação] não houver dado causa. Assim, mesmo que a mãe seja considerada culpada pela separação, pode o juiz deferir-lhe a guarda dos filhos menores, se estiver comprovado que o pai, por exemplo, é alcoólatra e não tem condições de cuidar bem deles.

Não se indaga, portanto quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano. A solução será, portanto, a mesma se ambos os pais forem culpados pela separação e se a hipótese for de ruptura da vida em comum ou de separação por motivo de doença mental. A regra inovadora amolda-se ao princípio do “maior interesse da criança”, identificado como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, § 2º), em razão da ratificação pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança-ONU/89.

Quanto à antiga prioridade feminina no estabelecimento da guarda, critica Monteiro (2007, p.286):

A preferência à mãe na fixação da guarda também feria os princípios constantes dos arts. 5º, n. I, e 226, § 5º, da Constituição Federal, pelos quais há absoluta igualdade entre homens e mulheres, inclusive no casamento. Na hipótese de culpas recíprocas, a outorga da guarda à mãe era regra que se aplicava e adequava ao direito do século passado e não aos tempos de hoje, fundada em costumes ultrapassados, pelos quais a mulher, que via de regra era senhora do lar e não exercia profissão, dedicava-se, com exclusividade, aos filhos e ao lar, razão pela qual era tida como a mais bem indicada pra deles cuidar. Atualmente, grande parte das mulheres trabalha fora do lar; alteraram-se os costumes: ambos os cônjuges exercem profissão e dividem as tarefas e os cuidados para com os filhos, de modo que devem ser tidos, a princípio, em iguais condições de guardá-los, cabendo ao juiz, em cada caso concreto, avaliar qual deles está mais habilitado ao exercício da guarda, sem qualquer prevalência feminina.

O doutrinador supracitado (2007, p.286) chama a atenção para a interpretação que deve ser dada a expressão “condições” presente art. 1.584 do Código Civil, nos seguintes termos:

Saliente-se que a expressão “condições” utilizada nesse dispositivo não está seguida de qualquer adjetivo, de modo que sua compreensão deve ser ampla, levando em conta aspectos morais, educacionais e ambientais, dentre outros que tenham em vista o melhor atendimento aos interesses do menor, sem que fique adstrita à situação econômica ou financeira dos seus genitores. Na interpretação sistemática que deve ter o caput desse artigo, como os demais do Novo Código, verifica-se a importância da relação de afinidade e de afetividade na atribuição da guarda, constante de seu parágrafo único. Lembre-se que se o genitor que tem as melhores condições para exercer a guarda carece de recursos financeiros para esse fim, caberá ao outro genitor fornecê-las ao filho, por meio do pagamento de pensão alimentícia (art. 1.694).

Resta claro que a evolução social, no que diz respeito à revolução sexual, a inserção da mulher no mercado de trabalho, e a divisão mais equânime das tarefas de educação de filhos, modificou a estrutura familiar, e o próprio entendimento que confere primazia à mãe na atribuição da guarda. Tais mudanças sociais impulsionaram a elaboração de novas teorias sobre a guarda, buscando sempre preservar o interesse dos filhos, conferindo a guarda a quem demonstrar melhores condições de exercê-la.

Adiante-se que não há fundamentação biológica ou psicológica incontestável que justifique referido privilégio. A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os genitores são importantes para o saudável desenvolvimento do menor, havendo somente raros períodos em que um teria maior importância que o outro como, por exemplo, na fase da amamentação, por motivos óbvios.

Juridicamente também inexistem razões para a primazia feminina no deferimento da guarda. A Constituição Federal, em seu art. 5º, I, prevê a igualdade entre o homem e a mulher, bem como o faz seu art. 226, § 5º, ao estatuir que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", com base nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo. Desse modo, não mais se justifica a preferência dada às mães para a guarda exclusiva do filho.

Dessa forma, o magistrado deverá orientar-se sempre pelo princípio do interesse ou conveniência do menor no deferimento da guarda, preceito que há de prevalecer sobre direitos ou prerrogativas egoísticas, a que porventura se arroguem os pais.

3.3.2.2. Guarda nos casos de separação motivada pela ruptura da vida em comum ou por deficiência mental do cônjuge

Segundo o art. 11, da Lei n. 6.515/77, Lei do Divórcio, quando a separação judicial fosse motivada pelas razões expostas no § 1º do art. 5º, da mesma lei, os filhos ficariam em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida em comum. Logo, se o pedido de separação judicial fosse fundamentado na ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano consecutivo, acrescida da impossibilidade de sua reconstituição, a prole permaneceria sob a guarda de quem estava durante esse período de ruptura.

A mesma lei ainda dispunha, no art. 12, que na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferiria a entrega dos filhos ao cônjuge que estivesse em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. Na hipótese, portanto, de um dos cônjuges pedir a separação judicial em virtude de o outro estar acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tivesse sido

reconhecida de cura improvável, os filhos seriam entregues aos cuidados daquele que estivesse apto a exercer a guarda, sob o aspecto mental, psicológico.

Essas regras continuam em vigor no contexto do Novo Código Civil de 2002, que privilegia o bem-estar do menor na fixação da guarda, sendo mais vantajoso para o mesmo permanecer sob a guarda de quem já se encontra, desde que este guardião exponha melhores condições de exercê-la. Explica Diniz (2007, p.313) a atual situação da fixação da guarda nesses casos:

Se a separação se fundar em ruptura da vida em comum, será conveniente que a prole fique com o cônjuge com quem se achava, se revelar melhores condições para exercê-la, e, se baseada em moléstia grave, o magistrado deferirá sua guarda ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua educação.

3.3.2.3. Guarda na medida cautelar de separação de corpos, anulação de casamento e separação de fato

Todas as disposições expostas relativas à guarda dos filhos deferida aos pais ou a terceiros, após dissolvida a sociedade conjugal pela separação, divórcio ou dissolução de união estável, também aplicam-se em sede de medida cautelar de separação de corpos (art. 1.585, Código Civil) e nos casos de anulação de casamento, havendo filho comum, como dispõe o art. 1.587 do Código Civil, esclarecendo o § 2º do art. 1.561 do mesmo texto legal que ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.

Na separação de fato, apesar da ausência de regulamentação pela lei civil, buscase, a bem dos menores, mantê-los sob a guarda de quem já a possui, somente sendo aconselhável alterar a titularidade da guarda caso haja alguma causa grave, baseando-se no art. 1586 do Código Civil de 2002 que dispõe: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.” Nesse sentido é o comentário de Gonçalves (2007, p.266):

O Código Civil não regulamenta a questão da guarda dos filhos nas separações de fato, mas a jurisprudência formada com base na Lei do Divórcio utilizava o critério do art. 13, correspondente ao art. 1586 do novo Código, para solucioná-la em ações

de busca e apreensão entre pais separados apenas de fato. Como nenhum tem mais direito do que o outro, pois o poder familiar pertence a ambos, a tendência é manter o *statu quo*, deixando-se os filhos com quem se encontram até que, no procedimento da separação judicial, o juiz resolva definitivamente a situação, decidindo em favor do que revelar melhores condições para exercer a guarda. O juiz só estará autorizado a alterar o *statu quo*, na cautelar de busca e apreensão, a bem dos filhos e se o autor comprovar a existência de motivos graves.

3.3.2.4. Guarda deferida a terceiros

A Lei nº 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, revelando preocupação com o bem-estar da prole, independentemente de estarem com os genitores ou não, por meio do seu art. 10, § 2º, modificou o art. 326, §2º, do Código Civil de 1916, que assim ficou redigido: “verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem entretanto será assegurado o direito de visita”.

Com tal disposição, a lei supramencionada estendeu a norma anterior que tratava do tema, o decreto-lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946, com o seu art. 1º a seguir redigido:

No desquite judicial a guarda dos filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita aos filhos.

Desaparecera, pois, a primazia em favor do cônjuge inocente. A guarda passou a ser deferida a pessoa da família de qualquer dos cônjuges, desde que notoriamente idônea, diante da impossibilidade de outorgá-la a um dos pais.

O § 2º do art. 10 da Lei n. 6.515/77, Lei do Divórcio, manteve determinação semelhante propondo: “verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges”.

O art. 13, da Lei n. 6.515/77, Lei do Divórcio, apresentou outra hipótese além da possibilidade de deferir a guarda a um membro da família do menor. Poderia o julgador, para resguardar o interesse dos filhos, estabelecer de maneira diversa a situação deles com os pais. Destarte, se existissem razões relevantes, o julgador poderia retirar a guarda de um dos pais e autorizá-la ao outro ou mesmo outorgá-la a um terceiro.

O art. 1.584, parágrafo único, do Código Civil de 2002, atual § 5º, após a Lei nº 11.698/2008, manteve disposição semelhante:

Art. 1.584. [...]

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Assim, o julgador está autorizado a outorgar a guarda a um terceiro, na falta de um parente do menor que mantenha com o mesmo um bom relacionamento, desde que entre ambos existam laços de afinidade e de afetividade, e o pretense guardião esteja apto a exercê-la.

Sobre a questão leciona Gonçalves (2007, p.265):

Em princípio, a guarda dos filhos constitui direito natural dos genitores. Verificado, porém que não devem eles permanecer em poder da mãe ou do pai, o juiz deferirá a sua guarda preferencialmente a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, “que revele compatibilidade” com a função, levando em conta a “relação de afinidade e afetividade” com os infantes, de acordo com o disposto na lei específica, que atualmente é o Estatuto da Criança e do Adolescente (CC, art. 1.584, parágrafo único). [...]

Para romper o liame natural entre pais e filhos, com o deferimento da guarda a terceiro, é necessário que existam motivos graves que autorizem a medida e atribuam maior vantagem aos filhos.

3.3.3. Modalidades de guarda

O primeiro modelo de guarda surge com o vínculo matrimonial ou a união estável e a consequente maternidade e paternidade, conhecida como guarda comum ou originária. Não é um modelo judicial, mas sim natural. Nesta modalidade ambos os genitores exercem plenamente todas as atribuições do poder familiar, sendo uma delas a guarda, não existindo a figura do não guardião.

A doutrina costuma distinguir entre a guarda jurídica ou legal e a guarda física ou material. A primeira refere-se às relações de caráter pessoal que surgem do poder familiar, como o sustento e educação. Enquanto a segunda diz respeito à presença do menor na mesma residência dos pais. Portanto, não se confundem e nem sempre coexistem.

Ressalte-se que a guarda física não se confunde com a simples companhia, já que esta não determina a residência do menor. Isto se torna evidente nos períodos de visita do não-guardião que, embora detenha naquele momento a companhia do menor, não possui a sua guarda física.

Com a propositura de uma ação que visa a por fim ao vínculo conjugal entre os genitores, bem como estabelecer a quem será outorgada a custódia, o juiz, antes de decidir o mérito da ação, é obrigado a determinar a guarda provisória para um dos cônjuges/parceiros. Esta não pode ser considerada um modelo de guarda, mas sim uma situação momentânea na qual se encontra o menor, já que julgada a ação no seu mérito a guarda se transformará em definitiva, que também não é propriamente um modelo de guarda.

A imposição da guarda provisória e da definitiva, a um dos genitores ou a ambos, pode ser alterada a qualquer tempo, se observado que o arranjo escolhido não atende aos interesses do menor. O que regula a guarda, portanto, é a cláusula *rebus sic stantibus*, que não permite que a sentença se torne imutável, não perfazendo coisa julgada material. Esse enunciado é corroborado pelo pensamento de Monteiro (2007, p.291) que assegura: “(...) as visitas, assim como a guarda, estão sujeitas ao princípio *rebus sic stantibus*, sujeitas, portanto, à revisão, sempre que for necessário, com vistas à preservação dos interesses dos menores”. Tal cláusula possui apoio legal no art. 471, I do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 471 - Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

Assim, as sentenças judiciais que determinam a guarda podem, caso sobrevenham modificações de fato ou de direito nessa relação jurídica, serem modificadas por ações revisionais.

Com a dissolução do vínculo entre os genitores, surge a guarda judicial, que será deferida conforme o melhor interesse do menor, podendo o magistrado optar pelos seguintes rumos na sua decisão final: guarda única, exclusiva ou unilateral, atribuída a apenas um dos genitores que, conseqüentemente, deterá a guarda física; guarda alternada, atribuída ora a um ora a outro genitor, alternando-se também a física, vivendo o menor em revezamento entre as casas dos pais; guarda aninhada ou nidificação, assemelha-se à guarda alternada, no entanto, os pais é que se transferem para uma residência fixa na qual o filho permanecerá; e a guarda compartilhada, neste caso a guarda jurídica é de ambos os pais, podendo a guarda física ser

alternada ou fixa; na primeira hipótese, a criança terá duas residências, e na segunda, apenas uma.

O art. 1.584 do Código Civil permite a instituição da guarda única, exclusiva ou unilateral (*sole custody*) que vem a ser o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro, que não tem a guarda mas que possui, de acordo com o art. 1.589 do Código Civil, o poder-dever de fiscalizar sua manutenção e educação. É a modalidade de guarda mais aplicada pelos tribunais brasileiros, privilegiando, sobremaneira a mãe.

Os períodos de visita, horários e datas não são previamente estipulados em lei, ficam a critério do juiz ou obedecem ao que os pais acordarem a respeito, o que possibilita uma maleabilidade das visitas beneficiando o menor. O critério para se instituir as visitas é o próprio interesse dos filhos, devendo ocorrer em horários oportunos para a criança, para que ela possa, segundo Arnaldo Rizzardo (apud Quintas, 2009, p.25), “ter a liberdade de estar com cada um dos pais segundo a sua vontade”.

De acordo com o pensamento de Flávio de Oliveira Lauria (apud Quintas, 2009, p.25), a visitação pode dar-se de três formas: livre, sem regras que a regessem, sem datas ou horários pré-fixados, o que pressupõe um bom relacionamento entre os pais; extremamente regulada, que seria contra-indicada pelo extremo rigor no regime; e mínima, que consiste em visitas de fins de semana alternados, datas especiais, como aniversários e dia dos pais ou das mães, alternando-se as festas de fins de ano e outras, como carnaval e semana santa.

A visita deve ser estabelecida respeitando-se o interesse da criança; dessa forma, se a proximidade for prejudicial ao menor poderá ser inspecionada por um terceiro, reduzida em sua quantidade ou ainda cessar, mesmo que provisoriamente.

É importante ter em mente que o direito de visitas não é exclusividade dos pais que detêm o poder familiar, podendo ser conferido igualmente aos avós ou a outros parentes, sempre tendo em consideração o interesse e a necessidade da criança.

A guarda exclusiva, segundo Quintas (2009) quando aplicada sem nenhum fator grave que a justifique, é prejudicial a todos os envolvidos. O não-guardião tem seu vínculo com os filhos consideravelmente afetado ao ser privado de participar ativamente do seu desenvolvimento. Passa a figurar somente como um mero provedor, recreador de final de semana e o pouco contato vai o afastando progressivamente dos filhos.

O guardião, por outro lado, tem de assumir as responsabilidades e tomar importantes decisões sozinho, sob a fiscalização do outro. Consequentemente, tem pouco

tempo par si mesmo, para suas atividades pessoais, podendo por isso vir a culpar os seus filhos do ritmo de vida atribulada que leva.

Mas, dentre os envolvidos o mais prejudicado é o menor, ser em desenvolvimento que necessita de cuidados e atenção. Este perde o zelo e a convivência efetiva, atuante de um dos pais, além de sentir-se culpado por sobrecarregar o outro com a sua criação. Em muitos casos há em que o menor alia-se ao guardião, desenvolvendo um comportamento de repúdio em relação ao outro.

Sendo assim, o atual sistema de visitas que acompanha a guarda exclusiva, que deveria ser uma forma de viabilizar o exercício da maternidade e paternidade, é um fator prejudicial ao relacionamento entre pais e filhos. No dizer de Grisard Filho, mencionado também por Quintas (2009, p.47) “as visitas periódicas tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer, devido às angustias perante os encontros e as separações repetidas”.

Para a psicanalista Françoise Dolto, igualmente citada pela mesma autora (2009, p.47):

[...] a decisão é tomada por um magistrado, os dias em que o filho vê o pai e a mãe, são fixados, o que é lamentável, porquanto as afinidades e o desejo de se verem entre filhos e pais não podem obedecer a datas estipuladas dessa maneira. [...] as relações de afetividade encontram-se desumanizadas por serem reguladas pelos dias da semana e não pelas afinidades de uns e outros... todas as regulamentações são más para aquilo que é vivo e afetivo entre os pais e os filhos.

Verdadeiramente, o relacionamento entre pais e filhos não se edifica com base em passeios em fins de semana ou nas férias da criança. A afeição desenvolve-se dia-a-dia, com a presença dos pais nos momentos mais importantes e cruciais da criança, passando-lhe confiança, ensinando-lhe, enfim, a viver.

A guarda alternada, legalmente admitida no direito brasileiro, com base no art. 1.586 do Código Civil, conhecida no direito anglo-saxão sob a denominação de *joint physical custody* ou *residential joint custody*, caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao termo do período, os papéis invertem-se. O teor da guarda alternada, o próprio nome informa. Diz-se de coisas que se alternam, ora uma, ora outra, sucessivamente, em que há revezamento. Diz-se do que ocorre sucessivamente, a intervalos, uma vez sim, outra vez não.

Sofia Miranda Rabelo (apud Quintas, 2009, p.27), a conceitua como o modelo de guarda pelo qual “por períodos de tempo preestabelecidos, geralmente de forma equânime entre ambos os genitores, onde cada um deles detenha, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal”.

Vicki Lansky (apud Quintas, 2009, p.27), defende que esse arranjo seria a melhor solução quando os pais estivessem separados por grandes distâncias geográficas.

Essa modalidade de guarda tem em seu favor a possibilidade de manter mais fortes os laços entre pais e filhos, além de assegurar aos pais a igualdade no exercício do poder familiar. No entanto, é bastante criticada já que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem-estar da criança, uma vez que não há constância de moradia.

Objeta-se, também, acerca dos prejuízos à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. A formação dos menores resta molestada, não sabendo que orientação seguir, paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos, etc.

Grisard Filho (apud Bonfim, 2005, s/p.), sobre os malefícios da guarda alternada, ensina: “Não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno”.

Dessa forma, a guarda alternada é vista como prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, pois pode confundir certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como seus objetos pessoais, o lugar onde mora, pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão, etc.).

Além disso, não há um consenso nem participação de ambos os pais nas tomadas de decisões em separado, o que pode colocar a criança em meio a conflito entre seus pais.

A guarda alternada não tem sido aceita perante os tribunais brasileiros, pelas razões já expostas, quais sejam, a perturbação psíquica do menor quanto ao seu ponto de referência, fato que lhe traz confusão mental e mal-estar no presente, e danos consideráveis a sua formação no futuro. Importante perceber que não é a vontade dos pais, mas sim o bem-estar dos filhos, que tem baseado a decisão dos tribunais do país, sendo praticamente pacíficos em tolher a instituição da guarda alternada, conforme se verifica da leitura do seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) -
REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA -
INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO

DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável, pois 'as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos' (RJ 268/28). (TJSC – Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel.Des.AlcidesAguiar,j.26006.2000)
[Disponível:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>].

Como forma de amenizar o tumulto no cotidiano das crianças, surge a guarda aninhada ou nidada. Neste modelo os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, os pais são quem a ela mudam-se em um ritmo periódico, alternadamente. São os pais que se revezam, mudam de lar. É a *birds nest theory* do direito americano. Tal modalidade, segundo Grisard Filho (apud, Quintas, 2009, p.28), não perdura pois requer um custo muito alto para sua execução já que necessita de três residências: uma para o pai, outra para a mãe e outra para o menor. Por ser pouco prática e levar a prejuízos semelhantes aos já descritos no modo anterior, é muito pouco defendida.

A definição de guarda compartilhada será oportunamente explanada no próximo capítulo.

4 GUARDA COMPARTILHADA

Passar-se-á ao estudo da guarda compartilhada explanando sua definição, a forma de deferimento em países estrangeiros, a concessão da guarda nesta modalidade mesmo antes de expressamente permitida no ordenamento jurídico pátrio, as consequências de sua aplicação, críticas a sua efetivação, vantagens, etc.

4.1. DEFINIÇÃO

Etimologicamente, o termo compartilhar nos traz a ideia de participar conjuntamente, concomitantemente. Assim sendo, guarda compartilhada é a modalidade em que ambos os pais detêm, simultaneamente, a guarda legal dos menores e participam ativamente da vida dos filhos, igualando pai e mãe em direitos e obrigações como manda a lei. Todas as decisões importantes concernentes aos filhos são tomadas conjuntamente. Dessa forma, possuindo ambos os pais plenas condições de exercer com êxito a guarda não há razões para escolher um em detrimento do outro, já que há a possibilidade de deferir a guarda aos dois.

O art. 1.583, §1º, do Código Civil traz o conceito legal de guarda compartilhada nos seguintes termos: “Compreende-se [...] 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”.

A doutrina contribui para o esclarecimento deste dispositivo oferecendo inúmeras conceituações, entre elas encontra-se a definição de Grisard Filho (2000, p.111), que substitui a expressão *poder familiar* por *autoridade parental*. Veja-se:

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

Segundo Paulo Lobo (apud Quintas, 2009, p.28), na guarda compartilhada o filho sente a presença efetiva e constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer e do sustento material e moral, e a conceitua como o

“envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e mãe, malgrado residindo em lares distintos”.

Epagnol (2003, s/p.) apresenta a seguinte definição de guarda compartilhada:

A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa à participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes.

No conceito de Sérgio Eduardo Nick (apud Quintas, 2009, p.30) observa-se a preocupação com a criança posta sob a guarda:

Guarda compartilhada refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente tem uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.

Ao compartilhar a guarda dos filhos, a guarda física poderá ser atribuída apenas a um dos genitores, permanecendo o menor em uma única residência, ou ser conferida a ambos, havendo, então, uma alternância de lares. O fato de haver revezamento quanto à residência da criança não descaracteriza a guarda compartilhada, pois a guarda jurídica mantém-se para ambos os pais, não há alternância em relação a esta. O genitor, ao qual não é conferida a guarda material, não se restringe a fiscalizar a criação dos filhos como na hipótese de guarda única, mas se insere ativamente em sua vida. Decide, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos da vida do menor, como, por exemplo, educação, religião, lazer. Destarte, o importante é que os genitores tomem decisões em conjunto para que o filho se sinta integrado em um contexto familiar.

A possibilidade de alternância de lares faz com que a guarda compartilhada seja confundida com a guarda alternada. A diferença, porém, é nítida. Na guarda alternada o genitor só exercita a guarda jurídica e, portanto, toma decisões que digam respeito ao menor quando este se encontra sob sua custódia, ou seja, quando o genitor também está no exercício da guarda física. Assim, o genitor-não guardião só dirige a vida do filho quando este está consigo. Já na guarda compartilhada, a guarda jurídica pertence a ambos os pais concomitantemente; dessa forma, mesmo que a criança viva exclusivamente na companhia de um deles, não compete somente a este as decisões sobre a vida da criança, mas sim, a

ambos os pais conjuntamente. Assim, não importa quem possua a guarda física, pois os genitores participam em iguais condições.

Os benefícios da guarda compartilhada em detrimento da guarda alternada são patentes. Não há, na guarda alternada, o consenso dos pais acerca de como criar os filhos; cada um os educa a sua maneira quando estiverem consigo. Esta modalidade, por conseguinte, prejudica a formação dos filhos pela existência de dois referenciais de comportamento e de conduta, tendo o menor educação e limites diferenciados dados pelos pais, confundindo-o e comprometendo sua estabilidade emocional.

Além disso, a criança teria suprimidas suas referências básicas sobre a sua moradia, hábitos alimentares, círculo de amigos, vizinhos, etc. Nesse ponto, a guarda alternada recebe os mesmos ataques que a guarda compartilhada com alternância de residências. Tal questão será tratada em tópico posterior, devendo ser adiantado que tão só esse motivo não justifica a inaplicação da guarda alternada, mas sim, a confusão psicológica causada pelos diversos referenciais de educação dos pais.

A guarda compartilhada também é por vezes associada a um novo arranjo de guarda, a denominada *guarda de mérito*. Nessa nova espécie de guarda, criada no ano de 2003 por Paulo Quintela (apud Quintas, 2009, p.31), a direção dos pais sobre os filhos seria dividida em áreas, onde cada uma delas seria atribuída a um ou outro genitor conforme a melhor atuação de cada um naquela uma área. Delinear-se-iam áreas específicas, como, saúde, educação e religião, estabelecendo qual dos pais seria responsável por qual área, decidindo sozinho o genitor responsável tudo o que dissesse respeito a sua área de atuação. Claro está que essa espécie de guarda, por não propiciar a tomada de decisões em conjunto sobre aspectos da vida dos filhos, não se confunde com a guarda compartilhada.

Como já salientado, na guarda compartilhada o que se divide é a responsabilidade pela educação, saúde, formação, bem-estar, etc. dos filhos. Assuntos como o colégio no qual irá estudar, as atividades de lazer que poderá praticar, a orientação religiosa, etc., deverão ser discutidos e solucionados por ambos os genitores. É estabelecida, assim, a plena participação dos pais em todos os aspectos da formação dos filhos, independentemente destes permanecerem na companhia de um deles apenas em períodos pré-determinados.

Tal modelo, ao possibilitar ao menor manter o contato efetivo com ambos os pais, se avulta de relevância para seu desenvolvimento satisfatório e sadio, não traz o inconveniente da instabilidade familiar verificado na guarda alternada, bem como no aninhamento; tampouco leva ao rompimento de relações parentais, como no obsoleto modelo da guarda dividida, traduzindo vantagem para os pais e filhos.

4.2. GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO

A guarda compartilhada já vem sendo utilizada há um largo período no direito alienígena, possibilitando um relacionamento de maior qualidade entre pais e filhos. Passe-se à análise de legislações internacionais sobre esse tema.

Presume-se que a guarda compartilhada surgiu na Inglaterra por volta de 1960, tendo se expandido para Europa, em especial França e Portugal. Posteriormente, alcançou o continente americano onde foi aplicada no Canadá e nos Estados Unidos da América, desenvolvendo-se atualmente na América do Sul. Registra-se também a adoção dessa espécie de guarda em países, como Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica, Japão, Argentina e Uruguai.

Na Inglaterra, pioneira na introdução do instituto, o sistema da *commom law* teve a iniciativa de romper com o tradicional deferimento da guarda única, sempre tendente para a figura materna, passando os tribunais a dividir os deveres e obrigações relativos aos filhos para ambos os cônjuges. No Direito Inglês, busca-se, portanto, distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, estabelecendo a igualdade parental e possibilitando um maior contato entre pai/mãe e filho.

Tal instituto aos poucos foi ganhando repercussão na Europa e, aproximadamente no ano de 1976, foi profundamente assimilado pelo direito francês, com a mesma intenção da guarda compartilhada criada no direito inglês, ou seja, dirimir os malefícios que a guarda única provoca para os cônjuges e seus filhos.

Na França, o Código Civil Francês estabeleceu com a inovação trazida pela Lei n. 87-570 de julho de 1987 - Lei Malhuret - que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a *autoridade parental*, expressão que lá substituiu o termo guarda, de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem eles ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda.

Assim, o ordenamento jurídico francês, após a introdução da Lei 87-570, ratificou o posicionamento dos tribunais, passando a mencionar que todos os direitos inerentes aos pais sobre seus filhos irão continuar após o divórcio.

Lei atualizadora mais recente, a Lei n. 2002-305, de 4 de março de 2002, pôs fim à proibição até então existente da alternância de residências, sendo esta obstada apenas se contrariar o interesse da criança.

Morgenbesser e Nehls (apud Quintas, 2009, p.108), estudiosos da origem da guarda compartilhada, afirmam que em 1953 o estado da Carolina do Norte, nos Estados Unidos da América, havia editado uma lei permitindo a guarda dividida, arranjo semelhante à guarda compartilhada. No entanto, esta só passou a ser lei propriamente em 1977 no estado do Oregon, EUA. Tal legislação, porém, não estimulou outros estados a adotarem a guarda compartilhada, uma vez que era obscura acerca de como e quando deveria ser aplicada tal modelo de guarda.

Ainda segundo Morgenbesser e Nehls, em 1978 o estado de Winconsin, naquele mesmo país, haveria permitido, expressamente, através de estatuto, a guarda compartilhada, oferecendo uma definição satisfatória do instituto.

Contudo, foi no estado da Califórnia, EUA, a partir do estatuto da guarda compartilhada, que o novo arranjo tomou forças e se expandiu, existindo, atualmente, em mais de 40 estados com estatutos que a prevêm.

Hodiernamente, nos Estados Unidos, é comum a divisão da guarda compartilhada em jurídica e física, ficando a critério de cada estado adotar ambas ou apenas a jurídica.

Em Portugal, a guarda compartilhada já vigora desde 1995, sendo aplicada sempre que houver acordo entre os pais, decidindo anteriormente questões relativas à vida do filho, para que se mantenham as condições que vigoravam na constância do casamento.

4.3. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE GUARDA SOB A MODALIDADE COMPARTILHADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008

Antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, assim estavam redigidos os artigos que tratavam da guarda:

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

Art. 1584 Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo Único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Observa-se que estes artigos, cuidando da proteção da pessoa dos filhos, indicavam que se deveria, por ocasião da extinção do vínculo entre os cônjuges, respeitar o que houvessem acordado sobre a guarda dos filhos e, na falta de pactuação nesse sentido, atribuí-la a quem revelasse melhores condições para exercê-la. No entanto, não indicavam explicitamente a guarda compartilhada como modelo de guarda a ser adotado, mas também não a rechaçavam.

Apesar de não disciplinada expressamente no Código Civil ou em outras leis, uma série de dispositivos já estavam aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada. A adoção desse modelo de guarda já era perfeitamente admissível, mesmo antes da vigência da lei em comento, pois no bojo da legislação nacional, a nível constitucional e infraconstitucional, suportes já eram encontrados para isto.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, que em seu artigo 5º, I, proclama a igualdade entre homens e mulheres, e no art.226, § 5º, propugna essa mesma igualdade no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, já autorizava a outorga da guarda compartilhada, uma vez que a guarda é um direito-dever advindo do vínculo conjugal e que, segundo o dispositivo, dever ser exercido igualitariamente, sem primazia de um cônjuge sobre outro. Ainda em seu artigo 229, impõe aos pais “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Frise-se que a Magna Carta fala em “pais” e não “um dos pais”, restando autorizada a guarda compartilhada. Observa-se, então, da leitura de tais dispositivos, que a Carta Maior não faz distinção entre os pais, privilegiando um em detrimento do outro, em relação aos direitos e deveres concernentes aos filhos. Ao contrário, o texto maior preconiza a igualdade entre homens e mulheres e confere a ambos, indistintamente, tais prerrogativas, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar.

Há quem critique a guarda compartilhada advogando que qualquer modalidade de guarda não deve ser estabelecida em função da igualdade dos sexos, mas sim em razão do bem-estar da prole. A esse respeito, Quintas (2009, p.29) aduz:

Críticas a guarda compartilhada afirmam que não se poderia esquecer que a finalidade da lei que regula o poder paternal seria a proteção dos interesses da criança e não promover a igualdade entre os sexos, mas não se deve esquecer

também que a definição de melhor interesse da criança abrange o interesse de manter uma relação contígua com os genitores e é com base nesse interesse que se fundamenta a guarda compartilhada. Além do que, o interesse da criança e a busca da igualdade dos sexos não são incompatíveis, são direitos fundamentais, que coexistem pacificamente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em discurso sobre o Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, assevera em seu artigo 4º, que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à *convivência familiar* e comunitária. (grifo do autor)

Esta disposição prevista no ECA dá efetividade ao artigo 227 da Constituição Federal, que prega como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à convivência familiar.

Assim, também o ECA destaca neste dispositivo a importância do convívio da criança e do adolescente com ambos os pais, tendo acesso a um núcleo familiar coeso.

O Código Civil na previsão e disciplina do exercício do poder familiar, no artigo 1.634, incisos I e II, estabelece que é atribuição dos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda. Esse texto legal não limita o exercício do poder familiar apenas ao genitor guardião, mas sim confere poderes-deveres a ambos os pais, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores.

Além dessa norma, o art. 1.583 da Código Civil já possibilitava, de forma implícita, que o modelo de guarda compartilhada fosse o escolhido pelos pais. Veja-se: “Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.” Sobre essa inexistência de impedimento, preleciona Regina Beatriz Tavares da Silva, atualizadora da obra de Monteiro (2007, p.283), anteriormente à edição da lei que instituiu a guarda compartilhada:

[...] a vontade dos pais deve ser acatada, inclusive no que se refere à guarda compartilhada. Esse tipo de guarda, embora não esteja expressamente referido no novo Código Civil, pode ser estabelecido no regime atual, já que privilegia os laços de afetividade entre pais e filhos, em atendimento ao princípio da preservação dos interesses dos menores. [...] Essa solução privilegia os menores, e, diante de acordo

entre os pais sobre o seu estabelecimento, não cabe ao juiz recusar a fixação da guarda compartilhada.

Os pais também poderiam optar consensualmente por essa espécie de guarda caso a dissolução do vínculo conjugal fosse litigiosa, já que somente cabe ao magistrado impor um modelo de guarda diante da ausência de acordo entre os pais, ressalvado o interesse do menor.

Se a intenção do legislador nacional fosse a de limitar o exercício do poder familiar, após a ruptura da vida em comum dos pais, existiria disposição expressa, já que a limitação do poder familiar trata-se de uma imposição restritiva de direitos, não podendo a norma vigente ser interpretada de forma que suprima direitos de seus titulares.

A única limitação concernente à criação, educação e convivência dos pais em relação aos filhos que a legislação sempre ofereceu diz respeito à guarda deferida exclusivamente a um dos genitores, a guarda exclusiva. Nesta, o genitor não-guardião, não detém a convivência material, física com o filho, além de que, sua atuação restringe-se à fiscalização da educação e manutenção do filho. É o que dispõe o art. 1.589 do Código Civil, que mantém a mesma redação após a reforma: "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."

No entanto, essas disposições limitam-se à guarda exclusiva de um dos pais, nada sendo dito a respeito de outros arranjos de guarda.

Portanto, a legislação infraconstitucional estabelecida em consonância com os princípios constitucionais da Carta de 1988, ao apresentar novo regramento ao exercício do poder familiar pelos pais, tendo como pilar o interesse do menor, já permitia a adoção da guarda compartilhada, embora não existisse um texto legal específico que regulamentasse o instituto. Diversos magistrados, inclusive, já a adotavam, levando em consideração o melhor interesse dos filhos, como pode ser constatado dos seguintes julgados:

GUARDA / MELHOR INTERESSE DO MENOR - GUARDA - AUSÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS PAIS – PREVALÊNCIA. Na solução do conflito entre os pais, quanto à guarda dos filhos menores, o Juiz deve dar primazia ao interesse dos menores. Não havendo possibilidade de acordo entre os pais, o interesse do menor deve ser auferido, pelo Juiz, sobretudo, através da análise dos sentimentos expressados pelas crianças e pela pesquisa social, desenvolvida por psicólogos e assistentes sociais, que, com as demais provas trazidas aos autos, permitem avaliar a qualidade das suas relações afetivas, o seu desenvolvimento físico e moral, bem como a sua inserção no grupo social (TJ-PR - Ac. unân. 3658 da 6.ª Câ. Cív. julg. em 23-6-99 - Ap. 77.373-7-Ponta Grossa - Rel. Des. Accácio Cambi; in ADCOAS 8176107). [Disponível em: <http://www.apase.org.br/83003-guarda.htm#05>].

GUARDA / MELHOR INTERESSE DO MENOR - GUARDA - ALTERAÇÃO – PREVALÊNCIA. Em se tratando de guarda de menor a preocupação fundamental do julgador deve estar voltada ao bem-estar da criança e não na disputa muitas vezes egoísta e irracional dos seus pais. Assim, ausente qualquer prova concreta de motivo sério a justificar a alteração da posse e guarda do filho, correta é a sentença que mantém a cláusula anteriormente fixada, mesmo porque se condições futuras justificarem tal modificação o pedido poderá ser renovado (TJ-PR - Ac. unân. 10.127 da 1ª Câm. Cív. julg. em 10-5-94 - Ap. 26.595-4-Maringá - Rel. Des. Oto Luiz Sponholz). [Disponível em: <http://www.apase.org.br/83003-guarda.htm#05>].

Após a edição da citada lei, que será oportunamente analisada, os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil passaram a vigorar com a seguinte redação que admite, de forma expressa, duas distintas modalidades de guarda, a guarda unilateral e a guarda compartilhada:

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.

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.

4.4. CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA

Tanto na separação consensual, na qual os pais optam, por meio de um acordo, o modelo de guarda que será adotado, quanto na separação litigiosa na qual não se logra um acordo, caberá ao magistrado a decisão final sobre qual a melhor forma de guarda a ser estabelecida naquele caso concreto.

O magistrado ao prolatar a sentença deverá observar certos requisitos para concessão da guarda; dentre os mais relevantes tem-se: a idade da criança, o vínculo entre irmãos, caso existam, a opinião do menor, o comportamento dos pais e o interesse do menor.

A idade do menor é um requisito importante a ser observado. Enquanto o menor estiver na idade tenra, em período que se estende, de acordo com Peres (2002, s/p.), do nascimento até aproximadamente 24 meses, o melhor para o menor é estar na companhia da figura materna, devido a sua dependência absoluta em relação à mãe, em virtude da própria sobrevivência. Esse entendimento é seguido pela jurisprudência brasileira. Veja-se:

TJMA - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 162472006 MA. Relator(a): RAYMUNDO LICIANO DE CARVALHO. Julgamento: 11/12/2006. Órgão Julgador: SAO LUIS. Ementa. Agravo de Instrumento. Ação de dissolução de união estável. Menor filha do casal. Direito de visita. Por ser a menor de tenra idade, deve ela permanecer com maior tempo com a mãe. Visita que satisfaz às partes e à própria menor, além do que o Juiz da causa, por se encontrar mais perto dos fatos, pode sentir, na audiência, o que melhor convém à menor.[...]. Recurso improvido.

[Disponível:<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4712486/agravo-de-instrumentoai162472006-ma-tjma>].

O deferimento da guarda à mãe não deve provocar, no entanto, o afastamento do pai, sendo imprescindível sua aproximação com o menor desde o seu nascimento.

Outro ponto a ser analisado é a existência de irmãos no litígio. Não é considerado aconselhável separar irmãos, já que tal afastamento diminui o vínculo de amizade e o companheirismo entre os mesmos, além de restringir a concepção de família da consciência do menor.

O Código Civil é omissivo no que diz respeito à oitiva do menor na disputa por sua guarda pelos pais. A partir dos doze anos, o menor é considerado adolescente, juridicamente, conforme art. 2º do ECA. No entanto, como não existe regra que expresse a idade a partir da qual será ouvido o menor, e de que forma essa manifestação influenciará a decisão do magistrado, a vontade do menor deve ser analisada por psicólogos e se for constatada certa

maturidade, o juiz certamente a levará em consideração na sentença, evitando a prolatação de sentenças destoantes da realidade.

Antes de decidir quem exercerá a guarda do menor, o julgador também deverá observar a conduta dos pais, sendo analisadas tanto as condições morais, como idoneidade, ambiente familiar, social, como as condições materiais, a sua profissão, renda, habitação, etc. Se forem comprovadas condutas ilegais e imorais dos pais, estes deverão ter suas relações diminuídas ao máximo com o menor. Entretanto, se ambos os pais possuem condições de proporcionar ao filho um ambiente saudável, não há motivos para preterir um deles no deferimento da guarda.

No dizer de Quintas (2009, p.61) destaca-se:

Na determinação da guarda, portanto, analisa-se tanto o interesse material como o moral da criança. Mas, como afirma Waldir Grisard Filho, o interesse moral, que seria referido por uma completa e eficiente formação sociológica, ambiental, afetiva, espiritual, psicológica e educacional, prevaleceria sobre o material, que não poderia ser analisado isoladamente.

Destarte, a capacidade dos pais de manterem os filhos sob sua guarda não se baseia unicamente em seus recursos financeiros, até porque o guardião, desprovido financeiramente, possui o direito de pleitear alimentos perante o não-guardião.

A principal regra e a que se sobrepõe a qualquer outra no deferimento da guarda, é o interesse do menor, e assim vem decidindo os tribunais do Brasil, como já demonstrado em capítulo anterior.

O interesse do menor, além de amparado pela jurisprudência nacional, está salvaguardado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança que preconiza em seu art. 9º:

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.
2. [...]
3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Pode-se dessa maneira concluir que o melhor interesse da criança é a convivência familiar com ambos os pais, só podendo o juiz interferir se houver violação dos direitos do menor.

Outro pressuposto a ser observado no deferimento da guarda compartilhada é o bom relacionamento dos pais. Esse modelo de guarda não é recomendável para as hipóteses de incompatibilidade e dissensão intransponível entre os pais. Não há como conceber a guarda compartilhada em ambiente de hostilidade e de intolerância, onde não exista diálogo, impossibilitando as decisões sobre a vida dos filhos. Assim, a guarda compartilhada pressupõe, como condição de viabilidade, a existência de um bom relacionamento entre os ex- cônjuges ou companheiros, para que possam, independentemente da falência da relação pessoal, criar e educar juntos os filhos comuns. Os pais devem, portanto, conseguir administrar a situação de conflito conjugal, sem atingir a relação filial.

Sobre a inviabilidade da instituição da guarda compartilhada em casos de divergência entre os pais, Epagnol (2003) assevera:

Havemos de convir, que se não houver um consenso, um fino trato, um respeito às relações humanas, entre o casal de separandos [...] seria uma utopia falarmos de aplicação do presente instituto, dado ao cerne que se dispõe: o melhor bem estar do menor. Pois, se os separandos não conseguem administrar a situação de conflito conjugal, sem atingir a relação filial, quando não há diálogo, quando não conseguem abolir os filhos do conflito, o sistema da guarda compartilhada tenderá ao fracasso.

A jurisprudência é igualmente pacífica no sentido de afastar a aplicação da guarda compartilhada quando a relação entre os genitores é conflituosa, conforme se aduz da leitura dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitivada em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de vista. Apelo provido.(TJRS – Apelação Cível Nº 70005127527 – 8ª Câmara Cível – rel. Des. ANTONIO CARLOS STANGLER.PEREIRA.j.18.12.03).[Disponível:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>].

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e

flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (TJRS – Apelação Cível Nº 70 005 760 673 – 7ª Câmara Cível – rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 12.03.03). [Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>].

4.5. LEGITIMADOS AO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA

A interpretação dos dispositivos da Lei 11.698/2008 que versam sobre as pessoas aptas ao exercício da guarda compartilhada é tratada por Barruffini (2008, s/p.), em seu artigo *A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada: primeiras considerações sobre acertos e desacertos*, nos termos a seguir expostos.

A redação do artigo 1.583, parágrafo 1º, segunda parte, do Código Civil, após as modificações introduzidas pela Lei nº 11.698/2008, define guarda compartilhada como 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".

Aparentemente, o dispositivo restringe aos pais o exercício da guarda compartilhada.

A nova redação do artigo 1.584, incisos I, II e parágrafos 1º, 2º do Código Civil, também reforça a interpretação restritiva no sentido de deferir somente aos pais o exercício da guarda compartilhada. Observe-se:

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. (grifo do autor).

Uma exceção é estabelecida no parágrafo 5º, concedendo a guarda a terceiros sem, contudo, fazer expressa referência à guarda compartilhada:

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.

Uma análise isolada do parágrafo 5º pode dar a entender que se a guarda for atribuída à pessoa diversa dos genitores, não é possível a concessão da guarda sob a forma compartilhada.

Ao interpretar de maneira isolada o parágrafo 1º, primeira parte, do artigo 1.583, a conclusão seria mesmo que o legislador quis restringir aos genitores o exercício da guarda compartilhada, já que, ao definir a guarda unilateral, o fez da seguinte forma: "Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores *ou a alguém que o substitua*." (grifo do autor) e ao definir a guarda compartilhada, na segunda parte do mesmo dispositivo, não se valeu do complemento *ou alguém que o substitua*. (grifo do autor).

No entanto esta interpretação limitativa, de acordo com Barruffini (2008, s/p.) não deve prevalecer.

Esse autor ensina que o parágrafo de um artigo deve ser interpretado em conjunto com o seu *caput*. Conjugando, então o *caput* do art. 1584 com o seu §5º, o deferimento da guarda compartilhada estaria autorizada também a terceiros. Dessa forma, o *caput* do art. 1.584 que dispõe: "A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:" por conter a expressão *ou compartilhada* autorizaria o deferimento da guarda, nessa modalidade, a pessoas diversas da dos pais, como menciona o §5º deste artigo.

Ainda segundo o mencionado autor, inúmeras hipóteses surgiriam em que as circunstâncias do caso concreto ditariam a necessidade e a conveniência de se ampliar o compartilhamento da guarda a outras pessoas além dos genitores. Poderiam ser chamados a exercer a guarda compartilhada, por exigência de peculiaridades do caso concreto, por exemplo:

- I. Um dos genitores e os avós, maternos ou paternos;
- II. Um dos genitores e um dos avós, materno ou paterno;
- III. Um avô materno e uma avó paterna;
- IV. Uma avó materna e um avô paterno;
- V. Um dos genitores e a ex-mulher ou ex-companheira daquele genitor;
- VI. Um dos genitores e outro parente ligado por laços de afinidade ao menor;
- VII. Um dos genitores e terceira pessoa, não parente, mas ligada ao menor por fortes laços de afetividade e afinidade.

Ainda consoante esse autor, estas hipóteses se justificariam porque os filhos estão inseridos não apenas no formato tradicional de família (pai-mãe-filhos), mas também nas

suas demais variantes, como nas chamadas *famílias flutuantes* ou *eudemonistas*, oriundas parcialmente de várias outras, que agregam madrasta ou padrasto, enteados, etc.

Barruffini assegura que em muitas ocasiões, como no caso narrado no item V acima, o menor vive, por um longo período, em companhia de um dos genitores e da mulher ou companheira deste, desenvolvendo com o enteado forte relação de afeto, às vezes convivendo com a criança desde a mais tenra idade. Além disso, em diversos casos, a mãe ou o pai biológicos são falecidos, ausentes ou irresponsáveis no exercício do poder familiar negligenciando afeto ao filho com quem não vivem ou coabitam.

Nesses casos, a madrasta ou o padrasto tornam-se verdadeiros pais de fato ou pais sócio-afetivos. Dessa forma, ainda de acordo com o pensamento do autor citado, as expressões *pai* e *mãe*, nos referidos dispositivos, devem ser interpretadas amplamente, para se compreender, além dos pais biológicos (genitores) e adotivos, os pais por afeição, isto é, os pais sócio-afetivos, não sendo razoável negar-lhes a possibilidade de exercício da guarda compartilhada em caso de separação ou dissolução de união estável.

Esse autor comenta ainda que há vários registros de casos em que o Judiciário, acolhendo essa perspectiva, mesmo antes da Lei nº 11.698/2008, estabeleceu a guarda compartilhada a pessoa diversa dos genitores, trazendo em seu artigo o seguinte julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que a Corte estabeleceu o compartilhamento da guarda entre um dos genitores e a avó da menor:

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.
[Disponível:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>].

Pode-se concluir, portanto, através de uma interpretação que se coaduna com o princípio do interesse do menor, que o Código Civil não restringe a aplicação da guarda compartilhada aos genitores, devendo esta ser concedida àquele que demonstre melhores condições para conduzir a educação e criação do menor, e que possua laços de afeição com o mesmo, propiciando-lhe uma convivência harmoniosa.

4.6. POSTULAÇÃO PELOS INTERESSADOS OU DECRETAÇÃO PELO JUIZ

A guarda compartilhada, conforme prescrição feita no art. 1.584 do Código Civil, poderá ser deferida a partir de requerimento consensual dos genitores, ou de qualquer um deles, deduzido em ações de separação, divórcio, dissolução de união estável, ou mesmo em feitos de natureza cautelar (inciso I).

Poderá, outrossim, ser decidida e decretada de ofício pelo juiz, que considerará as necessidades específicas do filho, ou a distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe (inciso II). Nessa hipótese, embora não satisfaça o que pretendiam os genitores, o magistrado baseia-se no interesse do filho, para o deferimento da guarda conjuntamente a ambos os pais.

A regra do §1º do artigo citado impõe ao juiz o dever de, na audiência de conciliação, informar 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. Ressalve-se que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada (§ 2º).

A estipulação de atribuições a serem cumpridas pelo pai e pela mãe, assim como a fixação dos períodos de convivência no regime de guarda compartilhada, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, podendo basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (§ 3º). O que o dispositivo pretende é regular os momentos em que o filho estará com um e com o outro genitor.

A inobservância do que foi pactuado pelos guardiões ou do que o juiz determinou está sujeita à cominação. Assevera a norma que: "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" (§4º). Tal determinação preserva o interesse do menor e desestimula condutas calcadas em mera rivalidade, já que muitas vezes um dos pais luta pela guarda compartilhada apenas como forma de atingir o outro, na medida em que este não poderá tomar as decisões de forma exclusiva, precisando sempre da concordância do outro.

Por último, é admitido expressamente que o juiz, ao verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, a custódia do menor poderá ser concedida a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (§ 5º). O intuito da norma é o de salvaguardar os interesses do filho. Vale lembrar que retirada a guarda de apenas um dos

genitores, esta pode ser deferida a terceiros compartilhadamente com o genitor que permaneceu com a guarda.

4.7. CONSEQUÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA

4.7.1. Responsabilidade civil

Segundo leciona Diniz (2004, p.40):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil pode ser dividida em responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

De acordo com os ensinamentos de Gonçalves (2007, p.30):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A responsabilidade civil subjetiva exige, portanto, a intenção de ocasionar o dano ou a culpa, ou seja, o ato que gerou o dano deverá ter sido praticado com negligência, imprudência ou imperícia.

Já a responsabilidade civil objetiva é aquela em que a culpa é desnecessária, perfazendo-se a responsabilidade apenas com o dano e o nexo de causalidade. O mesmo autor a conceitua da forma seguinte (2007, p.30):

[...] diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

O Código Civil adota a responsabilidade civil subjetiva como regra e a objetiva como exceção, como se percebe da leitura dos artigos 186 e 927 deste diploma legal:

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

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

No que tange à responsabilidade civil dos menores, o Código Civil a qualifica como objetiva, conforme dispõe os art. 932, inc. I c/c o art. 933:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

Assim sendo, não há que se falar em culpa *in vigilando*. Provado o ato ilícito do menor, ambos os pais, na constância do casamento ou da união estável, arcarão com a responsabilidade solidária e objetivamente, já que ambos têm os filhos sob sua autoridade e companhia.

Segundo Peres (2002, s/p.), na constância do casamento ou da união estável a responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos é solidária. Quando ocorre a ruptura conjugal, se há o deferimento da guarda única, ou seja, apenas a um dos pais, cessa a solidariedade da responsabilidade civil, passando o encargo apenas para o cônjuge ou companheiro que fica com a guarda do menor.

Porém, de acordo com o mesmo autor, caso a opção seja pela guarda compartilhada, seja ela somente jurídica ou jurídica/física, a ruptura conjugal não modifica a situação da constância da união, no sentido de que as obrigações e responsabilidades dos pais para com os filhos continuam sendo de ambos. Sendo assim, a responsabilidade continuará sendo solidária de ambos os pais, uma vez que o quadro não se alterou e dessa forma não existe a figura da imediatidade e fiscalização, que transferiria a responsabilidade a apenas um deles.

A mesma é a opinião de Diniz (2004, p.513) quando aduz:

Se o menor estava sob a guarda e companhia da mãe, em razão de separação judicial ou de divórcio, esta responderá pelo ato ilícito do filho e não o pai (RJTJSP, 58182), tendo-se em vista que está no exercício do poder familiar; já se a guarda for compartilhada, ambos terão o exercício do poder familiar e,

consequentemente, a responsabilidade civil objetiva pelos danos causados a terceiros por seus filhos menores.

Pereira (2008, s/p.), ex-Desembargador do TJRS, em seu artigo *Guarda conjunta de menores no direito brasileiro* tem posicionamento diferenciado:

[...] inclino-me a dar maior importância à efetiva guarda física, ou seja, responsabilizar quem mantém a verdadeira vigilância atual sobre o menor; ressalvo, desde logo, as várias hipóteses nas quais poderá ser solidária a responsabilidade, porque se trata de matéria na qual é fundamental o bom desempenho do dever de educar por ambos os genitores [...]. Minha posição não se deve apenas à literalidade legislativa (nem é de meu feitio raciocinar nestes termos estreitos), mas porque me parece a solução mais justa para a maior parte dos casos, dado que a fiscalização real advém de estar o pai ou a mãe com o menor em sua companhia efetiva. De qualquer maneira, em nada dogmatizo ou sou categórico, pois o assunto (como é frequente ou quase inerente do direito) reclama soluções casuísticas, ditadas por uma série imprevisível de fatores do evento concreto. [...]

Esse autor oferece alguns exemplos para ilustrar a questão:

Um único exemplo demonstrará a imprescindibilidade de o Juiz sopesar e dissecar pormenores do evento submetido à sua apreciação, impossibilitada como está a fixação de diretrizes apriorísticas e inalteráveis: menor comete acidente de trânsito, decorrendo a responsabilidade civil de quem estiver com sua guarda; o menor está sob a guarda física da mãe (o exemplo é construído, é claro, em função de um caso de custódia conjunta); seria a mãe obrigada a ressarcir e somente ela? Em princípio, pelo ponto de vista genérico que expendi há pouco, minha resposta seria positiva. Entretanto, suponhamos foi o automóvel emprestado pelo pai, proprietário do mesmo, apesar de intensa contrariedade e divergência da mãe, abertamente declarada. [...] Entendo que aí o dever de ressarcimento se deslocaria para o pai, ou, pelo menos, seria dele igualmente (solidariedade).

Observa-se que sobre esse tema diversos são os posicionamentos, dividindo-se entre os que concebem a responsabilidade solidária, seja a guarda compartilhada apenas jurídica ou jurídica/física, e os que acreditam que a responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos deve ser atribuída àquele que possui a sua efetiva guarda física, ressalvados os casos em que a justiça do caso concreto orientar o contrário.

4.7.2. Visitas e alimentos

Deferida a guarda compartilhada jurídica, ou seja, sem alternância de residências, concedendo-se a guarda física a apenas um dos pais, deverá estar assegurada a visitação para

que o menor mantenha o contato com ambos os genitores, fator relevante para o seu crescimento saudável. Sobre a relevância da presença constante de ambos os pais na vida dos filhos, Quintas (2009, p. 62) aduz:

A presença dos dois é melhor que a de apenas um. Muitos efeitos adversos da criança estão associadas à falta do pai, após a ruptura familiar, como, por exemplo, comportamento anti-social. Segundo Alexsander Hillery II, pesquisas teriam confirmado que crianças criadas por ambos os pais se desempenhariam melhor em uma variedade de indicadores sociais, incluindo auto-estima, melhor desempenho escolar e menos envolvimento com drogas. No Brasil, pesquisas revelam, segundo Guita Goldenberg, que os filhos de famílias separadas que mantêm contato contínuo com o outro genitor, que não está com a guarda, teriam um melhor desempenho em termos subjetivos e cognitivos do que aqueles que não usufruem deste contato ou comunicação.

O regime de visitas na guarda compartilhada jurídica é um sistema flexível, uma vez que a criança terá um lar fixo, mas o guardião permite o livre contato do menor com o não guardião.

Sobre esse sistema de visitas comenta Quintas (2009, p.80)

[...] será estabelecida uma espécie de visitação para o genitor não residente, a que se tem chamado de acesso. O acesso será estabelecido de comum acordo entre os genitores, geralmente será livre, como a visitação livre, mas o que o definirá serão as necessidades de cada família.

Já na guarda compartilhada jurídica/física, com alternância de residências, dependendo do seu arranjo, não será necessário um sistema de visitas, já que o menor vive periodicamente na companhia de ambos os pais. No entanto, se o período a passar com um dos genitores for longo, surge para o outro o direito à visitação.

Tanto na guarda compartilhada jurídica quanto na jurídica e física, o direito a alimentos, caso necessários, permanece.

O art. 1.703 do Código Civil dispõe: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.”

Esse artigo demonstra o binômio necessidade/possibilidade que permite o pleito de alimentos para os filhos, que deverão ser prestados dentro das possibilidades do genitor réu, não importando qual modelo de guarda adotado.

4.8. CRÍTICAS À GUARDA COMPARTILHADA

Quintas (2009, p.75) aponta que um dos problemas à efetivação da guarda compartilhada concerne à possibilidade de mudança de cidade de um dos pais, prejudicando o desempenho da guarda, razão pela qual é objeto de inúmeras críticas. No entanto, assevera que a distância só deverá afetar a guarda compartilhada no tocante à alternância de residências. Nessa hipótese, a guarda compartilhada jurídica/física, de fato, afetaria o interesse do menor tendo em vista que prejudicaria a sua educação escolar, seu círculo de amizades, seus costumes.

A jurisprudência nacional vem decidindo neste sentido, conforme se nota do seguinte julgado:

EMENTA: GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT'ANNA – Data do acórdão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003).
[Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb>].

Porém, a mesma autora (2009, p.76) observa que a aplicação da guarda compartilhada apenas juridicamente é perfeitamente admissível, mesmo na hipótese de pais residindo em cidades distintas, já que as decisões podem continuar sendo tomadas em conjunto, mesmo a longa distância. Vale lembrar, que caso ocorra alguma mudança do contexto em que foi deferida, a guarda compartilhada poderá ser alterada, quando o interesse do menor estiver ameaçado.

Críticas existem em relação à guarda compartilhada jurídica/física no sentido de que a existência de dois lares traria instabilidade para a criança ou adolescente. É neste sentido, a manifestação da Psicóloga Rosa Sender Lang (apud Bonfim, 2002, s/p.), Membro Docente da Sociedade Psicanalítica do Rio de Janeiro, que em trabalho apresentado no ano de 2000, na Palestra Preliminar do 5º Colóquio Internacional da Relação Mãe-Bebê, esclarece:

A guarda compartilhada deveria se limitar à responsabilidade partilhada, que em muitos ex-casais já ocorre normalmente, mas ela não deveria significar divisão rígida em termos do tempo e do espaço físico da criança. Uma divisão do tipo um mês com cada um, seria contra-indicada, principalmente na primeira infância. A criança necessita de um porto seguro que a casa de origem proporciona, na qual possa se reconhecer no ambiente conhecido e estável. Preservar este lugar significa manter constante o mundo da criança, já que o quarto da criança representa inicialmente, a extensão do seu mundo interno, pois é através da constância dos objetos conhecidos e familiares repletos de significados em seu ambiente, que a criança reencontrará a paz que precisa para lidar com a instabilidade que a situação acarreta. Isto não impede que possa ter e, é fundamental que tenha um espaço na casa do genitor descontinuo, pois isto representa para a criança a comprovação concreta de ter um espaço no coração e na mente do mesmo.

Igualmente, para Goldestein, Freud e Solnit (apud Quintas, 2009, p.78), as crianças sentiriam de forma bastante intensa a simples mudança de uma residência para outra.

O primeiro autor revela:

Na primeira infância do nascimento até cerca de 18 meses, qualquer mudança de rotina provoca recusas de alimento, distúrbios digestivos, dificuldades de sono e choro. [...] para as crianças pequenas a mudança da pessoa que cuida também afeta o curso de seu desenvolvimento emocional. Nessa idade suas ligações são inteiramente abaladas por separações, assim como são promovidas com eficácia pela constante, ininterrupta presença e atenção de um adulto da família.

Comunga da mesma opinião Nazareth (1997, p.83), desaconselhando esse modelo de guarda:

Quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.

Tal crítica mostra-se frágil uma vez que nessa modalidade de guarda compartilhada, mesmo alternando entre a casa do pai e da mãe, o filho deve ter as mesmas determinações quanto á horários, sobre o que pode e não pode fazer, enfim, as mesmas coordenadas quanto a sua educação e limites, diferentemente da guarda alternada, garantindo-lhe a estabilidade necessária a toda criança. Além disso, as mudanças constantes fariam parte da rotina do menor.

Evandro Luiz Silva (apud Quintas, 2009, p.78), no Terceiro Congresso Brasileiro de Família, assegurou que não existe fundamentação técnica para afirmar que a criança precisa de uma residência fixa, sob o prisma psicológico. Motivos há para se entender que a

criança já a partir dos seis meses de idade tem condições internas para lidar com mudanças e se adaptar a realidades do mundo em que vive. Além disso, seria até saudável para o bom desenvolvimento de uma criança que ela tivesse outras referências para além do lar familiar.

Silva (apud Quintas, 2009, p.79) assevera:

A guarda conjunta diminui o tempo de ausência dos pais. Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança, filha de pais separados, vai se adaptar a nova vida, criar o vínculo com duas casas. [...] Crianças nestas condições adaptam-se bem a situações novas e poderão lidar com frustrações e limites.

Peres (2002, s/p.) aponta a opinião de Dr. Lino de Macedo, psicanalista:

A criança é extremamente flexível. Rapidamente ela assimila as diferenças entre a casa do pai e a da mãe. Mesmo quando as regras não são exatamente as mesmas, ela sabe o que pode e o que não pode, diz. O fato de ter duas casas, segundo ele, às vezes até ajuda a criança a concretizar a nova situação. Até os dez anos, a criança tem necessidade da expressão física dos acontecimentos. Ela tem dificuldade de elaborar internamente que o pai se separou da mãe, mas não dela, que, apesar de não morar na mesma casa, ainda a ama. Então, ter um lugar seu na casa e no dia-a-dia do pai concretiza esse amor, explica.

A criança, assim, possui condições de viver em dois espaços distintos ao mesmo tempo, pois ela adapta-se diante das exigências do seu meio. Além disso, é relevante para o desenvolvimento de sua personalidade que o menor lide com frustrações, experimente o estranho, crie mecanismos de defesa e enfrente os conflitos inerentes a essa alternância de residências.

Outra crítica à guarda compartilhada diz respeito às controvérsias que podem surgir sobre qual dos pais exercerá os poderes de representação, caso o filho seja menor de 16 anos, e de assistência do menor, depois dessa idade, até os 18 anos.

Pereira (2008, s/p.), já acenado neste trabalho, dá uma fácil solução à questão:

[...] o poder de representação e assistência deve ser atribuído a ambos os pais. Em assunto de representação e assistência deve importar a guarda jurídica e não a mera guarda material. Esta pertencerá àquele com o qual o menor habita, não sendo determinante na responsabilização pelos negócios e atos do menor. Desta forma, os terceiros de boa-fé celebrantes de negócios jurídicos com a pessoa do menor, através, naturalmente, de seu representante ou com participação de assistente, podem presumir o poder de representação e assistência por ambos os pais, se custódia compartilhada a houver.

Baseando-se neste posicionamento e na primeira parte do parágrafo único do art. 76 do Código Civil, pode-se concluir que o domicílio civil do menor mantido em guarda compartilhada é o mesmo de qualquer um de seus representantes ou assistentes, ou seja, qualquer demanda concernente ao menor deverá ser proposta no domicílio de qualquer um dos guardiões jurídicos, não sendo relevante a guarda física. O *caput* do artigo mencionado dispõe: “Tem domicílio necessário o incapaz [...]”. O parágrafo único complementa: “O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente [...]”.

4.9. VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

No que diz respeito às vantagens da aplicação da guarda compartilhada, é válido destacar a importância dessa modalidade na contribuição para uma célere finalização dos processos, uma vez que estando ambos os pais aptos ao exercício da guarda, não haveria razão para discutir sobre qual deles deveria exercê-la, evitando longas disputas pelos pais, cada um tentando provar que possui melhores condições para obtê-la. Dessa forma, a supressão dessa discussão agiliza e abrevia o trâmite processual. Nesse diapasão, Quintas (2009, p.90) assegura que “a guarda compartilhada é favorável à justiça porque agiliza os processos, posto que não seria necessário discutir com quem ficariam os filhos, evitando conflitos longos”.

No concernente às vantagens para os filhos, a concessão da guarda compartilhada trará diversos benefícios.

Grizard Filho (2000, p.169), tratando do tema, opina afirmando que “a guarda compartilhada possibilita manter intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir que os filhos optem por um deles”.

O psicólogo Robert Bauserman (apud Quintas, 2009, p.87), Ph. D., do *AIDS Administration/Departamento of Health and Mental Hygiene*, em Beltsimore, Maryland, conduziu um estudo entre 1982 e 1999, divulgado pelo *Journal of Family Psychology*, publicado pela *American Psycological Association (APA)*, no qual examinou 1846 crianças em sistema de guarda exclusiva e 814, em guarda compartilhada, com e sem alternância de residências. Nessa pesquisa percebeu que crianças postas sob o arranjo de guarda compartilhada apresentaram menos problemas emocionais e de comportamento, maior auto-

estima, melhor desempenho na escola e no relacionamento familiar do que crianças que viviam em sistema de guarda exclusiva. As crianças teriam demonstrado estar tão bem psicológica e emocionalmente quanto uma criança pertencente a uma família intacta. Para Bauserman, isto talvez tenha ocorrido pelo contato contínuo com os pais. Ele concluiu que não é preciso compartilhar a guarda física, sendo suficiente que a criança disponha de um tempo substancial com os genitores. O estudo ainda demonstrou que os casais no arranjo de guarda compartilhada apresentam menos conflito em relação à guarda exclusiva.

Além de um equilibrado crescimento emocional e psicológico, a criança posta em regime de guarda compartilhada não hostiliza a relação entre homem e mulher, mas sim a vê como uma integração saudável, na qual um coopera e auxilia no desenvolvimento do parceiro, uma vez que esse tipo de guarda propicia o pacífico relacionamento entre os pais, e o menor a isto presenciará.

Quintas (2009, p.88) aduz:

A guarda compartilhada reduziria a possibilidade futura da criança visualizar a relação entre homem e mulher como algo negativo. Segundo Morgenbesser e Nehls muitas crianças que teriam enfrentado uma experiência de tumulto e hostilidade antes, durante e após o processo de divórcio, generalizariam seus sentimentos negativos quanto a uma futura relação e insistiriam que nunca iriam se casar. Ao minimizar o potencial de disputas, requerendo que os pais tomem decisões em conjunto, a guarda compartilhada promoveria, para as crianças, sentimentos positivos do relacionamento de um casal.

Silva, partindo da prática como psicanalista de crianças, assistente técnico e mediador na área de Direito de Família, iniciou uma pesquisa junto à Universidade Federal de Santa Catarina, no departamento de Psicologia - mestrado, na qual estudou a guarda compartilhada jurídica/física, a fim de conhecer quais as consequências psicológicas advindas da falta do pai ou da mãe na vida dos filhos, a partir do estabelecimento da guarda. O resultado publicado no artigo *Guarda compartilhada: a importância de ambos os pais na vida dos filhos* (2008, s/p.), foi o seguinte:

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

- *diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.);
- * melhoria na qualidade de vida;

- * menor custo num processo judicial. Com um saber estabelecido, evitar-se-ia uma quantidade grande de perícias e diminuir-se-ia a morosidade do processo;
- * diminuição da gravidez na adolescência (nota referente aos restantes tópicos);
- * diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;
- * diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes;
- * diminuição da evasão escolar;
- * diminuição de problemas emocionais ou comportamentais;
- * diminuição de prisões de menores.

A guarda compartilhada jurídica/física, portanto, é salutar para que a criança conheça intimamente seus pais, não sendo suficientes algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas, etc.

Ademais, essa modalidade de guarda assegura que os genitores não perderão o contato com os seus filhos, mantendo o vínculo afetivo e emocional que com eles possui além do que poderão tomar decisões que entendam seja para o seu melhor interesse, participando ativamente de sua educação e na condução de sua vida de uma forma geral.

A guarda compartilhada é também mais justa ao atribuir as obrigações para com os filhos a ambos os pais. Essa atribuição igualitária das responsabilidades possibilita uma maior flexibilidade na vida pessoal e profissional dos pais, na medida em que não disponibilizarão seu tempo de forma integral ao filho, tendo em vista a participação do outro pai.

Esse arranjo de guarda também alivia a pressão sobre um só dos pais, pois ambos os pais sabem que não tomarão, sozinhos, as decisões importantes, e que existe um cooperador se alguma crise ou imprevisto ocorrer.

Perante os filhos, os pais serão ambos considerados aptos a exercer a guarda e passarão uma imagem positiva, de que são capazes de cuidar deles e que desejam manter a aproximação com os mesmos, garantindo a tranquilidade do relacionamento.

Também para Grizard Filho (2000, p.172) a guarda compartilhada apresenta vantagens não só para os filhos como também para os pais, pois:

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

Percebe-se, assim, que o arranjo de guarda compartilhada mostra-se o mais benéfico para os pais, na medida em que garante a manutenção do vínculo com a prole; para o sistema judiciário, já que agiliza a resolução dos processos de guarda; e, principalmente, resguarda o interesse da prole, propiciando-lhe um desenvolvimento saudável.

5 CONCLUSÃO

Como se pode perceber é fundamental que ambos os pais estejam presentes na vida de seu filho, para que ele tenha um desenvolvimento físico, intelectual, social e moral sadio.

Com o término da relação conjugal, a situação da guarda de filhos modifica-se, e dependendo do arranjo estabelecido, os mesmos podem ter a sua formação comprometida, desenvolvendo desvio de comportamento, mau rendimento escolar, etc. A percepção dessas possíveis consequências justifica esta pesquisa sobre guarda compartilhada de filhos.

Inicialmente, foi necessário proceder a uma descrição geral do que é poder familiar, tutela, curatela e guarda, para posterior compreensão da guarda compartilhada.

Remotamente, o pai era privilegiado na concessão da guarda. Constatou-se, no entanto, que à mãe, paulatinamente, foram sendo atribuídos maiores poderes e direitos sobre a prole.

No entanto, a inserção da mulher no mercado de trabalho e a consolidação da igualdade entre homem e mulher exigiram novos modos de exercício de guarda de filhos. Nesse contexto surge a alternativa da guarda compartilhada.

Ao longo das décadas, começou-se a perceber que o modelo de guarda única não prioriza o interesse do menor, uma vez que é notório o crescente afastamento do não-guardião em virtude de não conseguir participar da vida de seu filho, seja por causa de óbices ao acesso imposto pelo guardião ou pelo pouco tempo que tem de contato com a sua prole: períodos pré-determinados que o transformam em um simples recreador de fim de semana ou um mero pagador de pensão alimentícia.

Conceituou-se *guarda compartilhada* como o arranjo pelo qual os filhos, após a dissolução do vínculo conjugal, permanecem sob a autoridade de ambos os pais, que continuam a tomar importantes decisões, conjuntamente, na criação de seus filhos, ainda que o menor fique sob a guarda física de apenas um deles.

Para que esta espécie de guarda seja aplicada com êxito é necessário, entretanto, um relacionamento respeitoso e harmonioso entre os pais

Não se deve confundir a guarda compartilhada com outras modalidades de guarda, como a alternada, o aninhamento, e a tradicional guarda única.

O compartilhamento da guarda não necessariamente implica na partição da guarda física, devido à preocupação que muitos possuem de se evitarem prejuízos à saúde

emocional e mental do menor. Assim, duas correntes surgiram sobre a forma de aplicação da guarda compartilhada: uma defendendo apenas a guarda compartilhada jurídica e outra a guarda compartilhada jurídica/física.

Os dois posicionamentos foram expostos com as suas consequências, malefícios e benefícios, ficando evidenciado que a guarda compartilhada com alternância de residências e a jurídica/física não prejudicam a formação do menor, tendo em vista que o mesmo terá as mesmas diretrizes educacionais e morais em ambos os lares. Ao contrário, diversos posicionamentos explanados mostraram que o menor adapta-se facilmente a esses dois contextos, sendo até saudável para o seu desenvolvimento a exposição de situações mais complexas, já que estas o preparam para a vida.

No direito comparado, tal sistema já é amplamente difundido, em países como França, Canadá, Inglaterra e, principalmente, Estados Unidos.

O compartilhamento da guarda fortalece os laços de afetividade e confiança entre pais e filhos ao proporcionar um maior envolvimento de ambos os pais no cuidado dos filhos, estreitando o seu relacionamento íntimo e, conseqüentemente, o grau de confiança e cumplicidade entre eles. Essa modalidade de guarda libera, ainda, o guardião de parte da responsabilidade para com a prole, permitindo-o desenvolver-se profissional e pessoalmente.

O instituto da guarda compartilhada, apreciado nesta pesquisa, representa a melhor opção para um desenvolvimento e crescimento harmonioso, notadamente no plano emocional e psicológico dos filhos.

REFERÊNCIAS

BARRUFFINI, Frederico Liserre. *A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada. Primeiras considerações sobre acertos e desacertos*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso: 14/ 04/ 2009.

BONFIM, Paulo Andreatto. *Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso: 08/ 03/ 2009.

BRASIL. *Código Civil*. Texto da Lei 3.071, de 01-1-1916 / organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/92 a 57/ 2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado federal, 1988.

_____. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br>. Acesso: 19/ 04/ 2009.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 21/ 03/ 2009.

_____. *Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada/ Estatuto da mulher casada. Obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai / organizador Yussef Said Cahali; .-5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de processo civil. Brasília: Senado federal, 2009.

_____. *Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai / organizador Yussef Said Cahali; .-5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Lei nº 8.068 de 13 de junho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Senado federal, 2006.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil. / Exposição de Motivos e Texto Sancionado.* Brasília: Senado federal, 2009.

_____. *Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.* Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/02/2009

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro/ Direito de Família.* 5 v. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro/ Direito de Família.* 5 v. 22 ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro/ Responsabilidade civil.* 7.v. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

EPAGNOL, Rosângela Paiva. *Filhos da mãe (uma reflexão à guarda compartilhada).* Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso: 10/ 03/ 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro/ Responsabilidade civil.* 4.v. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro/ Direito de família.* 6.v. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.* 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil/ Direito de família.* 2.v. 38.ed., ver. E atual. Por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

NAZARETH, Eliana Riberti. *Com quem fico, com papai ou com mamãe?* In: *Direito de Família e Ciências Humanas – Caderno de Estudos Nº 1/ coord. Geral Eliana Riberti Nazareth, Maria Antonieta Pisano Mota.* São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Guarda conjunta de menores no direito brasileiro.* Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso: 08/01/2009

PERES, Luiz Felipe Lyrio. *Guarda compartilhada*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso: 25/ 01/ 2009.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil/ Direito de família*. 6.v. 27. ed. Atual. Por Francisco José Cahali, com anotações do novo código civil (lei n. 10.406,10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Silvio. *Direito civil/ Direito de família*. 6.v. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, Evandro Luiz. *Guarda compartilhada: a importância de ambos os pais na vida dos filhos*. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso: 08/01/2009.