

GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS PRÁTICOS

* GUSTAVO LANA

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2003)

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2007).

Atualmente é professor da Unileste (Centro Universitário do Leste de Minas Gerais) e da Faculdade de Direito de Ipatinga.

Exerceu entre 2007/2010 o cargo de Coordenador do Curso de Direito da da Faculdade Pitágoras de Administração Superior, campus Ipatinga.

É também sócio-proprietário do escritório de advocacia Lana e Valladares Sociedade de Advogados

** JOÃO CARLOS DUARTE

Mestre em História pela Universidade Severino Sombra

Especialista em História Contemporânea pelo Centro Universitário de Caratinga

Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação e Ciências de Contagem

Bacharel em Estudos Sociais pelo Centro Universitário de Caratinga

Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga.

*** LORENA SILVEIRA REZENDE ARMOND

Especialista em Metodologia do Ensino pela Faculdade de Educação, Ciências e Letras da Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

Graduação em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Atualmente é professora da Faculdade de Direito de Ipatinga.

**** TÚLIO CUNHA PEREIRA

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente trabalho faz um breve relato dos aspectos ligados à guarda dos filhos pelo casal, mostrando que, atualmente, a guarda compartilhada é o modelo que mais se aproxima do melhor interesse da criança. Relata, ainda, os aspectos práticos advindos da inserção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, como a guarda física compartilhada e a guarda compartilhada em processos litigiosos. Por fim, questiona o fato da pouca utilização da guarda compartilhada no Brasil.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Brasil. Aspectos práticos.

1 INTRODUÇÃO

Em 2002, quando entrou em vigor a lei 10.406, que instituiu o Novo Código Civil Brasileiro, algumas vozes se levantaram para denunciar o fato de que o capítulo intitulado “Da proteção da pessoa do filho” no livro referente ao Direito de Família,

não trazia o instituto da guarda compartilhada, que já era uma realidade em diversos países.

No entanto, outras vozes defendiam a tese de que o art. 1586 dava poderes ao juiz de regulamentar a guarda da forma que melhor entendesse, podendo, inclusive, aplicar ao caso concreto este instituto que foi reconhecido pelo Brasil quando da assinatura da Convenção Internacional do Direitos da Criança (1989).

Hoje, esta omissão foi sanada, através da lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que modificou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil, estabelecendo tanto a guarda compartilhada quanto a unilateral como regras gerais a serem aplicadas, inclusive, nas separações litigiosas, quando não houver acordo entre os pais (art. 1584, § 2º).

No entanto, na prática, a regra estabelecida pela lei civil vem sendo pouco aplicada. O sistema tradicional da guarda exclusiva é ainda dominante, permanecendo os filhos com a mãe (segundo o censo de 2002, 91% dos casos) e transformando o pai em apenas um visitante esporádico.

O fato é que o divórcio é um episódio desgastante. Ainda mais quando envolve filhos. Pais e mães parecem estar sempre descontentes com o tratamento dispensado pelos ex-parceiros às crianças. Quem não tem o filho ao lado o tempo todo, ressentem-se de não poder influenciar mais na vida dele. Se os filhos permanecem com a guarda materna, que, ao arrepio da lei, ainda é a situação mais comum em nosso meio, o pai torna-se um visitante de finais de semana alternados. Como resolver o impasse?

A questão da guarda e do direito de visitas existe em função dos menores, com o objetivo de manter o contato entre pais e filhos após a separação, contribuindo para a homeostase emocional dos envolvidos.

Filhos precisam igualmente do pai e da mãe. É necessário que um permita o direito de existência do outro na vida de seus filhos. A separação conjugal não pode se estender à ruptura parental, pois a criança precisa de ambos para ter um bom desenvolvimento cognitivo, psíquico e emocional.

Mas a realidade é bem diversa. Como foi exposto, ainda na maioria dos casos, os filhos são postos exclusivamente sob a guarda materna.

Tanto é assim que argumentos do tipo “um pai amoroso abdica da guarda dos filhos em favor da mulher”, ou ainda, “os pais não se preocupam com os filhos” ou “se pais fossem feitos para ter a guarda dos filhos, pariam” são comuns no meio social e jurídico.

No entanto, as famílias contemporâneas sofreram mudanças, especialmente no que diz respeito aos ideais de conjugalidade e aos papéis atribuídos ao homem e à mulher. Decorre daí o surgimento do instituto da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada vem à baila para suprir as carências que outros modelos de guarda, principalmente da guarda exclusiva – onde há o tradicional sistema de visitas – possuem.

No entanto, ainda que a lei diga que nos dias atuais a guarda compartilhada seja a regra geral tanto quanto a guarda unilateral, na prática, aquele instituto ainda é pouco aplicado. Talvez por desconhecimento do que realmente venha a ser a guarda compartilhada, ou talvez porque tanto as partes quanto os operadores jurídicos ainda estejam apegados ao sistema anterior, da guarda exclusiva, a realidade é que poucos juízes aplicam a guarda compartilhada, e quando a aplicam, é sempre em casos de mútuo consenso.

A questão principal seria como tornar a guarda compartilhada uma realidade no sistema jurídico brasileiro?

Para resolver esta questão, é necessário compreender todas as nuances desse instituto, saber diferenciá-lo de outros modelos de guarda, compreender a diferença entre guarda de fato e de direito e pesquisar sobre a ocorrência dele em outros países no mundo, para busca do melhor modelo a ser aplicado.

É necessário, também, aos operadores de direito e às partes, compreenderem que os filhos têm toda condição de se ajustar à nova realidade pós ruptura conjugal, mas evidentemente, como para tudo o mais, precisam da ajuda de seus pais.

É claro que, dada a complexidade do ser humano, seria por demais simplista pretender estabelecer uma fórmula matemática do tipo guarda unilateral = filhos problemáticos e guarda compartilhada = filhos equilibrados. No entanto, a vantagem peculiar à guarda compartilhada frente aos demais modelos é a convivência com ambos os pais, e a não transformação de um em apenas “visita”.

Outra questão que se avizinha é a possibilidade de aplicação do instituto às separações litigiosas. No Brasil, criou-se uma presunção quase absoluta de se encarar o litígio como fator impeditivo para o deferimento da guarda compartilhada. No entanto, são nas hipóteses de litígio que pode ser observada a maior ressonância prática do instituto.

Impedir o compartilhamento da guarda em processos litigiosos sem se proceder a uma análise mais criteriosa do caso concreto, seria, de certa maneira, negar o uso da guarda compartilhada quando mais se precisa dela.

Por ser um instituto semi-novo, é comum que o assunto guarda compartilhada ainda gere uma série de discussões quanto à sua compreensão, seus benefícios, e, principalmente, sua aplicabilidade.

O que não pode ser aceito é a sua não aplicação só por ser ainda pouco conhecido. Como será demonstrado, a prática deste instituto já é uma realidade em alguns países.

Cabe aos operadores do direito - juízes, advogados, promotores de justiça -, apresentarem as características e mostrarem a importância de se tentar aplicar a guarda compartilhada em prol do melhor interesse da criança.

É certo que não serão todos os casos que comportarão a aplicação desse instituto. Mas cada caso concreto deverá ser analisado com cuidado, contando-se com a

colaboração da equipe multidisciplinar para acompanhar os aspectos emocionais e psicológicos desses arranjos familiares.

Outra questão que deve ser compreendida é quanto à guarda física compartilhada. Sem querer confundi-la com a guarda alternada, a pergunta que se sobressai é se a guarda física compartilhada vai de encontro ao melhor interesse da criança.

Para alguns, o compartilhamento físico da guarda gera nos filhos a perda do referencial de lar, ou seja, nestes casos, a criança não sabe precisar onde é a sua casa.

Sabe-se que para os filhos, a experiência do divórcio será menos traumática quando os pais conseguirem manter firmes os vínculos estabelecidos pelo menor anteriormente. É importante que as referências anteriores sobrevivam ao divórcio.

Poderia, a guarda física compartilhada, interferir neste processo, gerando uma confusão mental na criança, que perderia o seu referencial?

No caso de separações, ao estabelecer a guarda, o juiz deve buscar as melhores condições para o filho. A expressão melhores condições significa atender ao princípio do melhor interesse do filho.

O melhor interesse do filho deve privilegiar: o interesse imediato e urgente de que a criança não se desarticule; o interesse, a médio prazo, de que ela recupere sua dinâmica evolutiva após os momentos difíceis; o interesse, a longo prazo, de que ela possa deixar seus pais: é preciso que ela seja apoiada na conquista de sua autonomia mais depressa do que os filhos de casais unidos, ou seja, que se torne capaz de assumir a responsabilidade por si, e não de apegar ao genitor contínuo.

Com efeito, nos casos de convívio com um só genitor, a díade criada se transforma numa espécie de pacto de lealdade, em uma parceria indissolúvel, em que seus integrantes “vivam um pelo outro”, podendo gerar problemas na constituição de qualquer outra relação afetiva, tanto da parte do filho, quanto do genitor.

Neste caso descrito, poderia a guarda física compartilhada contribuir para que não haja este tipo de interdependência?

As questões que devem ser levantadas e discutidas no presente trabalho são as a seguir expostas:

Como tornar a guarda compartilhada uma realidade em nosso país?

A guarda compartilhada pode ser aplicada às separações litigiosas?

A guarda física compartilhada é prejudicial ao melhor interesse da criança, podendo gerar conflitos de identidade?

Espera-se que ao final do presente trabalho, estas questões possam ser dirimidas.

A contribuição do presente trabalho está justamente na compreensão do instituto da guarda compartilhada para que se busque melhores resultados práticos quanto à aplicação deste, sempre buscando o melhor interesse da criança, preservando-a dos efeitos nocivos de uma separação conjugal.

A escolha do presente tema tem por base a realidade atual das varas de família. Após a luta incessante de alguns para que se inserisse no Código Civil o modelo de guarda compartilhada, o que se vê ainda é a pouca utilização deste instituto.

Talvez por uma questão de hábito, o certo é que a determinação da guarda unilateral ainda é uma constante nas decisões judiciais. O modelo da guarda unilateral ainda é o mais utilizado, e não há registros de que este acompanha o princípio do maior interesse.

No mês de abril de 2010, duas revistas de grande circulação trouxeram matéria atinente à guarda compartilhada – Crescer, da Editora Globo e Cláudia, da Editora Abril.

A iniciativa se torna válida à medida em que traz ao público leigo a noção do que seria a guarda conjunta e quais as suas implicações na prática.

Dessa forma, tornando o tema de interesse comum, as partes poderão propor ao magistrado a utilização deste instituto e os operadores do direito perderão o “temor do novo”.

É de conhecimento geral que o conceito de guarda surge de um valor maior protegido, que é o bem-estar, a preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado, e sustentado, para atingir a maioria com completa saúde física e mental, capacitação educacional, e entendimento social, de forma a atender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna, fundamento do próprio Estado de Direito insculpido em nossa Carta (CF, art. 1º, III).

Esses valores devem ser alcançados independente do estado civil dos pais, ou se estes moram juntos ou separados.

A utilização da guarda compartilhada trará reais vantagens ao menor, que não terá restringido o seu direito de conviver com ambos os pais, e ainda, poder contar com a decisão de ambos nos fatos de sua vida.

Como aplicar o instituto de forma eficaz à vida dos brasileiros é o desafio com que se deparam os operadores do direito.

A abordagem do presente tema restringir-se-á ao exame das possibilidades de ser posto em prática o instituto em comento, sem, contudo, se avançar em temas contíguos que exercem influência notória e valiosa no assunto ora abordado, como, por exemplo, direitos e garantias da criança e do adolescente, interesse do menor, responsabilidade pelo menor, sua assistência, sua representação e relação com terceiros que não os genitores - enfim, sua capacidade como sujeito de direito.

Também não se abordará o aspecto de que os brasileiros, sejam os legisladores, sejam os operadores de direito, seja o público, não compreenderam a abrangência do poder familiar, que sempre foi e sempre será compartilhado.

Caso houvesse essa compreensão, desnecessária seria uma regulamentação legal da guarda compartilhada.

No entanto, por desconhecimento do alcance do poder familiar, necessário se faz adotarem-se regras quanto ao compartilhamento da guarda.

Feita essa abordagem, dois enfoques surgirão bem-delineados no presente trabalho: de um lado, os aspectos sociais, emocionais, psicológicos e psicanalíticos do menor sob guarda; do outro, o aspecto legal, o aspecto jurídico, a influência do julgador ou do mediador nas decisões dos pais e, precipuamente, a decisão dos pais.

Ao final, o que se quer demonstrar é que a guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Essa experiência deu certo em vários países do mundo. Aos brasileiros, resta conviver com a novidade, abrindo mão de velhos conceitos e focando sempre o bem-estar dos menores, que são o objetivo precípuo deste instrumento.

2 PODER FAMILIAR

Sendo a guarda um dos deveres integrantes do conteúdo do poder familiar, há que se ressaltar, brevemente, as mudanças que também ocorreram em relação a este instituto.

O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código Civil para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de

sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um *múnus*, em que ressaltam os deveres.

Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (*pátrio*) para o poder compartilhado dos pais (*familiar*), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.

A nova morfologia da família está pautada sob os laços da afetividade, no reconhecimento da liberdade e da natureza participativa de cada membro da família diante dos demais.

Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em *múnus*, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir.

Segundo a lição de Orlando Gomes (1998, p. 389), o poder familiar dos pais é *ônus* que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos.

Destarte, na concepção contemporânea, a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, nem a uma pretensão juridicamente exigível, em favor dos seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição (dos filhos à vontade dos pais). Há de se buscar o conceito da autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação.

Extraí-se do artigo 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família, *a fortiori* ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (*sustento*), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa

pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correspectivos a direitos cujo titular é o filho.

Daqui resulta a crítica justamente oposta por parte da doutrina, citando como exemplo, Gustavo Tepedino (2004, p.314), quanto à utilização da expressão *poder* inserida na dicção do Código Civil de 2002.

Há que se ressaltar que a liberdade proclamada, oriunda das relações de afeto entre pais e filhos, é decorrente da idade e maturidade da criança, em consonância com a evolução de sua capacidade, pois são pessoas em desenvolvimento. Decorre daí que a liberdade do filho encontra limites nos direitos dos pais, bem como a liberdade dos pais encontra limites nos direitos dos filhos. Não é uma liberdade desmedida, ao contrário, é uma liberdade emoldurada no pressuposto da socialização, da realização afetiva dos seus membros, logo funcionalizada à densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade.

O novo Código estabelece que havendo separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia (art. 1.631). No art. 1.589, quando tratou da dissolução da sociedade conjugal, estabeleceu que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos mas os ter em suas companhias, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Do mesmo modo, o art. 1579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O direito (e dever) à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita.

O novo Código manteve, praticamente intactas, as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar, salvo o acréscimo de normas de remissão a outras de mesma natureza.

A suspensão impede, temporariamente, o exercício do poder familiar. São três as hipóteses, a saber (art. 1637): a) descumprimento dos deveres inerentes aos pais; b) ruína dos bens dos filhos; c) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. As duas primeiras hipóteses caracterizam abuso do poder familiar.

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõem os deveres de assegurarem aos filhos (deveres positivos ou comissivos) a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los (deveres negativos ou de abstenção) à discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A suspensão pode ser sempre revista, quando superados os fatores que a provocaram. No interesse dos filhos e da convivência familiar, apenas deve ser adotada pelo juiz quando outra medida não possa produzir o efeito desejado, no interesse da segurança do menor e de seus haveres.

A extinção é a interrupção definitiva do poder familiar. São hipóteses exclusivas: a) morte ou dos pais ou do filho; b) emancipação do filho; c) maioridade do filho; d) adoção do filho, por terceiros; e) perda em virtude de decisão judicial.

A morte de um dos pais faz concentrar, no sobrevivente, o poder familiar. A emancipação dá-se por concessão dos pais, mediante instrumento público, dispensando-se homologação judicial, se o filho contar mais de 16 anos. A adoção, que imita a natureza e impõe o corte definitivo com o parentesco original, leva ao desaparecimento do poder familiar.

A perda por decisão judicial, por sua vez, depende da configuração das seguintes hipóteses: a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar. Esta quarta hipótese não existia no Código Civil de 1916.

3 GUARDA: HISTÓRICO/EVOLUÇÃO

O pátrio poder foi instituído perfeitamente organizado em Roma. Primitivamente, no direito romano, a *patria potestas* visava tão-somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Nos primeiros tempos, os poderes que se enfeixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, se caracterizavam pela sua larga extensão.

No terreno pessoal, o pai dispunha originariamente do enérgico *jus vitae et necis*¹, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa mancipi*² e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*³.

No terreno patrimonial, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio. Tudo quanto adquiria, adquiria para o pai, princípio que só não era verdadeiro em relação às dívidas.

Com o decorrer do tempo, entretanto, restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família. Assim, sob o aspecto pessoal, reduziu-se o absolutismo opressivo dos pais a simples direito de correção. Ao tempo de Justiniano, o *jus vitae et necis*, o direito de expor e o *jus noxae dandi* não passavam de meras recordações históricas.

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

¹ Direito de vida e morte

² Direito de propriedade

³ Direito de entregar o filho quando este fosse o autor de crime

Modernamente, o pátrio poder despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças à influência do Cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística.

Washington de Barros Monteiro (1997, p. 283), discorrendo sobre o assunto, leciona: “Outrora, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje, é uma servidão do pai para tutelar o filho.”

No Brasil, a primeira regra a disciplinar a matéria referente à proteção da pessoa dos filhos, foi o decreto 181, de 1890, onde o art. 90 estabelecia que, no caso de ruptura da relação conjugal, o Juiz, na sentença, deveria, desde logo, não só entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente, como também fixar a cota com que o genitor culpado deveria concorrer para a educação deles, e finalmente, a contribuição do marido para o sustento da mulher, se essa fosse inocente e pobre.

O Código Civil de 1916 definia o casamento como indissolúvel, cabendo ao homem o lugar de chefe de família, indicando-se que as mulheres deveriam ser responsáveis pelo cuidado com a prole.

De acordo com a lição da professora Leila Maria Torraca de Brito (2004, p. 360):

Assim, não se pode desprezar o fato de que, na sociedade ocidental, os estudos iniciais sobre a relação materno-infantil indicavam que as mulheres seriam portadoras do instinto materno, determinismo biológico que fixava lugares e atribuições e forjava estereótipos. Definia-se, ainda, que só a expressão do amor materno saberia dosar os cuidados e carinhos necessários ao adequado desenvolvimento infantil. Quanto aos homens, eram preparados para zelar pela honra da família, ao mesmo tempo em que eram afastados das tarefas domésticas. Como demonstram os estudos sobre o gênero, as desigualdades em relação aos direitos e deveres entre homens e mulheres eram naturalizadas e legitimadas culturalmente. Dessa forma, a fiscalização, prevista inicialmente na legislação como prerrogativa do pai visitante, retratava o mesmo como figura de autoridade, afastado do contexto diário com os filhos e a quem caberia avaliar o desempenho da ex-mulher na promoção do desenvolvimento infantil.

A princípio, o Código de 1916 cuidou dessa matéria basicamente em dois dispositivos, onde estatuiu, no art. 325, que na dissolução amigável, prevaleceria o

que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos. No art. 326, o Código estabelecia que na separação com culpa obedecer-se-ia o seguinte esquema: 1) ao cônjuge inocente caberia a guarda dos filhos menores; 2) na hipótese de culpa de ambos os cônjuges, a guarda dos filhos ficaria: I – com a mãe, no caso das filhas menores e dos filhos homens até 06 anos de idade; II – com o pai, no caso dos filhos do sexo masculino após completarem 06 anos de idade; III – havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regularia de maneira diferente o exercício da guarda; 3) no caso de anulação do casamento e, havendo filhos comuns, deveriam ser aplicadas as regras antes mencionadas.

A partir do Decreto-lei 3.200/41 o instituto da guarda desenvolve uma nova característica e passa a observar o interesse do menor, deixando-o sempre sob os cuidados do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso.

Neste sentido, ao decorrer dos anos, outras normas foram surgindo no ordenamento jurídico brasileiro conferindo cada vez mais um caráter de proteção ao interesse do menor, uma vez que, ainda que de forma tímida, deixaram de atender o interesse dos pais e passaram a atender o interesse do filho.

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu uma nova ordem jurídica constitucional, dando início ao um novo período Democrático Social.

Em consonância com este período de mudança, a nova Constituição trouxe também os Princípios básicos da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança e do Adolescente e inseriu na sua esfera de proteção a porção da sociedade constituída pelas crianças e adolescentes. Estendendo a eles os direitos fundamentais relativos a qualquer pessoa humana.

Desde então, crianças e adolescentes foram elevado à condição de cidadãos, não pelo aspecto político-jurídico, mas sob o ponto de vista social. Em decorrência dessas conquistas, crianças e adolescentes devem, hoje, ser subjetivamente respeitados, pois deixaram de ser objetos da aplicação do direito para se transformarem em sujeitos de direitos.

Com as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea, foi percorrido um longo caminho visando ao estabelecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres – um novo *status* foi conquistado pelas mulheres, que já não querem mais ser identificadas apenas como cuidadoras de crianças, o que exigiu também um novo tipo de contrato conjugal. Assim, cada vez mais, o casal contemporâneo é levado a compartilhar as tarefas domésticas e a educação dos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.069/90, trouxe em seu corpo esse novo tratamento referente às crianças e aos adolescentes, concretizando não só os direitos fundamentais definidos pela Constituição, mas também ressaltando o valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano, além do respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Ainda neste sentido, o legislador estatutário inseriu em seu texto a Doutrina da Proteção Integral, que em função de sua abrangência, por se aplicar a todas as crianças e adolescentes, independentemente de sua condição financeira, religião, cor e sexo, acabou incorporando o Princípio do Melhor Interesse da criança, já existente em nosso Direito anterior.

Além disso, na composição do estatuto, a guarda foi elencada como uma das formas de colocação em família substituta, disciplinando-a de modo pormenorizado, dando a ela *status* de instituto autônomo ao desvinculá-la da separação dos pais.

Assim, com o este novo tratamento, o estudo da guarda passou a ser analisado sob dois aspectos: o do Direito de Família, como um direito-dever natural e originário dos pais, e o do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, tendo por objetivo regularizar a posse de fato do menor em relação a pessoa diversa dos pais deste, sem que ocorra necessariamente a perda ou a suspensão do poder familiar.

Não obstante o Princípio do Melhor Interesse da Criança estar presente em nosso sistema jurídico desde 1941, o interesse do menor em si somente passou realmente a sobressair aos interesses dos pais a partir de 1977 e, ainda assim, de maneira contida, dentro da separação consensual, uma vez que apenas nessa hipótese a Lei facultava ao magistrado não homologar o acordo estabelecido pelos pais, se ficar convencido de que ele poderá trazer sérios prejuízos para a criança ou adolescente.

Em relação às outras hipóteses de separação, a Lei traçava as diretrizes a serem seguidas, sempre prevalecendo os interesses dos pais sobre os filhos.

Tal condição só se modificou com a promulgação da Constituição Federal e do advento da Lei 8.069/90, quando a criança deixou de ser vista como um ser em que faltam os atributos dos adultos, para ser tratada como uma pessoa que se encontra numa etapa do desenvolvimento pessoal, momento em que se vislumbram as melhores qualidades do homem.

Em razão dessa evolução, as crianças e adolescentes passaram a ser consideradas como sujeito de direitos. Deste modo, num conflito de seus direitos com os direitos de um adulto, prevalecerá sempre o delas.

O novo Código Civil, que teve por objetivo atualizar a legislação então vigente, dotando-a de novos institutos, reivindicados pela sociedade atual, deixando a cargo da legislação extravagante situações que ainda são questionáveis. Assim, de acordo com seu propósito, o legislador civilista, ao regulamentar a matéria relativa à proteção da pessoa dos filhos, buscou incorporar à Lei os princípios da evolução ocorrida, nos últimos anos, tanto no campo legislativo como no campo social, colocando os filhos, e não seus pais, como prioridade no ordenamento jurídico.

Em 13 de junho de 2008, o Código Civil sofre alterações em seus artigos 1583 e 1584, trazendo para o seu texto, expressamente, a guarda compartilhada.

4 ESPÉCIES DE GUARDA

Ângela Maria Silveira dos Santos (2002, p. 148), citando Antônio Luís Chaves de Camargo, define o instituto da guarda da seguinte forma: “Guarda é o instituto que obriga o responsável à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

Não obstante o instituto da guarda estar intrinsecamente ligado ao do poder familiar, não se esgota neste nem com ele se confunde, podendo existir com ou sem o poder familiar, por onde se conclui que da mesma maneira que não cessa o poder familiar para o cônjuge que não ficou com a guarda de seus filhos, também não há perda de poder familiar sobre o filho, quando a guarda é conferida a terceiros, por ordem judicial ou não.

Na seara do direito de família, a guarda, por se encontrar intimamente ligada ao poder familiar, sofreu influência direta da nova concepção deste instituto, pois, enquanto anteriormente o conceito de poder familiar estava estreitamente vinculado ao conjunto de direitos dos pais sobre os filhos, hoje esse conceito está limitado a um conjunto de deveres dos pais sobre os filhos.

Deste modo, em razão desta evolução deste instituto, a guarda passou a constituir-se num dever dos pais e não mais num direito destes em relação aos filhos, e por via reflexa, o dever de guarda se ampliou, passando a consistir na obrigação do pai ou da mãe em prestar assistência material, moral e educacional, ou seja, na obrigação de ter consigo o filho menor, reger-lhe a conduta e ainda protegê-lo.

A concepção de família também evoluiu ao longo desses anos, como fruto direto das mudanças ocorridas na sociedade, tanto que hoje o conceito de família não mais está jungido ao conceito antigo de família tradicional, ou seja, daquela formada pela união de pais e filhos, ligados em função do casamento ou do companheirismo, e sim ligado ao conceito de família moderna, que é de maior abrangência, pois além de englobar o grupo familiar antigo, envolve também a família formada pela comunidade do pai ou mãe e seus filhos, surgindo então a chamada família monoparental.

O instituto da guarda, por estar ligada ao conceito de poder familiar e ainda ao conceito de família propriamente dita, seguiu também o mesmo ritmo da evolução destes institutos, e como consequência, possibilitou à doutrina e à jurisprudência a criação de outras espécies de guarda, surgindo, então, as denominadas compartilhada ou conjunta, dividida, aninhamento ou nidação e alternada, sobre as quais discorreremos mais adiante.

Se questionarmos o que motivou a criação dessas modalidades de guarda, chegaremos à seguinte conclusão: como é sabido, a guarda exclusiva sempre teve guarida num contexto histórico-social em que o homem era o único responsável pelo sustento da família, cabendo à mulher tão-somente a administração do lar, sob o comando do marido, chefe da sociedade conjugal.

Assim, neste cenário de privilégio para o homem, era perfeitamente razoável a aplicação de norma relativa à proteção da pessoa dos filhos menores ou incapazes, através da qual cabia ao pai a guarda destes nas hipóteses da ruptura da sociedade conjugal.

Com o passar dos anos, esta obrigação passou às mães e, hoje, em face do Princípio do Melhor Interesse dos Filhos, pode ficar a cargo de um ou de outro cônjuge, admitindo-se, até mesmo, que fique o filho sob a guarda de terceiro, desde que comprovado que a companhia dos genitores traz reais prejuízos ao desenvolvimento psicossocial dos filhos.

Atualmente, em razão de várias conquistas adquiridas pela mulher no campo constitucional, dentre elas a equiparação de seus direitos com os direitos dos homens, ocorreu uma profunda transformação na economia doméstica, a ponto de as mulheres estarem, sob o aspecto financeiro, a cada dia que passa, assumindo integralmente a liderança do lar.

Esta transformação acabou por provocar o rompimento da tradicional estrutura familiar, produzindo reflexos no comportamento dos filhos menores e incapazes – que se constituem na parcela mais frágil e vulnerável da família – especialmente diante da ausência diurna da mãe.

Os efeitos na família moderna não se limitaram somente a alcançar a pessoa dos filhos, de vez que, a partir de então, se iniciou uma série de questionamentos quanto ao conceito tradicional do instinto maternal e paternal e quanto ao modelo tradicional da guarda exclusiva, que, na maioria das vezes, se concentrava na pessoa das

mães e, mesmo assim, já vinha apresentando sintomas de fragilidade, mostrando-se algumas vezes falho e insuficiente.

O legislador constituinte, atento a esta transformação da família hodierna, sensível à evolução social, ampliou o conceito de poder familiar, determinando que ele será exercido em igualdade de condições, tanto pelo homem quanto pela mulher. Deste equilíbrio de obrigações surgiram dois princípios: da paternidade responsável e da corresponsabilidade entre os pais na criação dos filhos.

Diante destes princípios e até mesmo em razão do novo texto constitucional, que ampliou o poder familiar, foram criadas novas modalidades de guarda, também ligadas à proteção da pessoa dos filhos. Seu objetivo consiste em possibilitar aos pais o exercício do poder familiar em igualdade de condições, diferentemente do propósito da guarda exclusiva, ainda muito utilizada nos dias de hoje, em que aquele que detém a guarda do filho retém todos os direitos em relação a este, enquanto que aquele que não é o detentor da guarda, detém tão somente os direitos de visita e fiscalização, além da obrigação alimentar.

4.1 Exclusiva ou única (ou monoparental)

Antes do advento da guarda compartilhada, no nosso sistema jurídico vigente não existia um modelo de guarda que o magistrado devia primeiramente adotar, como em algumas legislações alienígenas. Inobstante isso, nos casos de ruptura conjugal, na maioria dos casos, o juiz optava pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges/parceiros era nomeado o guardião, detentor, portanto, da guarda material, enquanto o outro era considerado não guardião. No entanto, a legislação recente, que instituiu a guarda compartilhada, pretende que este modelo de guarda seja o adotado prioritariamente.

Apesar dessa nomenclatura “guardião” e “não guardião”, continuarão ambos a exercerem a guarda jurídica. A diferença no exercício da guarda jurídica é que o guardião tem a imediatividade dessa guarda, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de

fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho.

Assim, o não guardião exercerá a guarda jurídica, mesmo que de uma forma indireta, através da fixação de visitas, onde poderá fiscalizar se o guardião vem corretamente prestando assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente.

Além do direito de visitas, o genitor não guardião poderá exercer o direito de ter os filhos, temporariamente, em sua companhia, como no período de férias. Esses direitos não podem sofrer privações da parte do cônjuge guardião.

O direito de visita se estende aos avós dos menores, ainda que se oponham os pais.

A desvantagem desse modelo é que um dos genitores será sempre a “visita”, geralmente em finais de semanas alternados, e o genitor que detém a guarda será considerado “o mais importante”, já que ele tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo essa situação induzir a criança ao afastamento do outro, que se torna o mero “pagador” de alimentos.

4.2 Aninhamento ou nidação

Por este modelo, os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, os pais são quem a ela mudam-se, segundo um ritmo periódico, em revezamento.

É um modelo pouco prático, e até, bastante exótico, por isso, pouco defendido.

4.3 Dividida

Este modelo é chamado de sistema de visitas. O menor permanece sob a guarda de um dos genitores, recebendo a visitação periódica do outro genitor.

Apesar de alguns autores, considerarem a guarda dividida como a hipótese que se apresentava mais favorável ao menor, enquanto viva em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda, não se deve admiti-la como um novo instituto.

A guarda dividida em muito se assemelha com a guarda exclusiva, ficando a cargo dos pais acordarem acerca do regime de visitação e residência do filho. A diferença entre eles é que a visitação, neste modelo, pode ocorrer até diariamente.

4.4 Alternada

É aquela em que a guarda do filho é detida por cada um dos genitores alternadamente, de acordo com o que foi preestabelecido entre o casal, sem que haja intervenção de um ou outro dos pais no momento que não lhe foi estipulado, ou seja, cada um dos pais exercerá a guarda com todos os atributos desta no período que lhe couber. Este período poderá ter o tempo que for, dependendo do acordo entre os pais.

Deve ser questionado o sucesso dessa espécie de guarda. Inicialmente porque a alternância não atende ao Princípio do Melhor Interesse da criança, nem o da continuidade do lar. Além disso, essa inconstância na vida do filho irá refletir-se na sua educação, prejudicando a aquisição de bons hábitos, valores sociais e culturais.

Vale ressaltar, ainda, que para que a guarda alternada efetivamente tenha sucesso é necessário que o casal parental possua similar padrão de vida, tanto do aspecto financeiro quanto moral, de modo que os filhos possam experimentar continuamente, estejam sob os cuidados de um ou outro dos pais, as mesmas experiências.

4.5 Compartilhada ou conjunta

Relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada é aquela que tem por propósitos possibilitar aos pais, em relação aos filhos, a manutenção dos vínculos de afinidade e afetividade existentes antes da ruptura do

relacionamento do casal, pois, através deste modelo, os pais, mesmo separados, continuam detendo a guarda simultânea do filho, dividindo os deveres na criação deste, sem que haja imposição de um sobre o outro. Desta forma, o exercício do poder familiar competirá ao casal parental, visto que o casal conjugal deixou de existir.

Se os dois têm a mesma responsabilidade, é natural que ambos compartilhem das mesmas obrigações. Assim, por exemplo, como os filhos necessitam de uma referência para a sua própria segurança e formação, os pais deverão estabelecer residência fixa para o filho, podendo ser a casa da mãe ou pai, no entanto, persistirão as obrigações rotineiras em relação a ele. Em certos casos, pode até ocorrer a alternância de morada do filho entre os lares do pai ou da mãe, mas recomenda-se, nestes casos, que as residências dos pais sejam próximas e que não haja divergência de valores sociais, culturais e até religiosos, para que a criança ou o adolescente não perca a referência.

Os pais irão tomar em conjunto decisões importantes quanto ao bem-estar dos filhos, educação e criação. No tocante à visitação, os pais deverão regulamentá-la, podendo ser estipulada livremente, visando a adequar as suas disponibilidades à do filho, sempre observando o melhor interesse da criança.

O instituto da guarda compartilhada tem por escopo tutelar, não somente o direito do filho à convivência assídua com o pai, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina/paternal. Visa também o direito do pai de desfrutar da convivência assídua com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural, axiológico, e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

Importante destacar a diferença entre a guarda alternada e a guarda compartilhada ou conjunta. A primeira tem como requisito básico a alternância de residência dos pais, por certos períodos. Mas as decisões são tomadas unicamente por aquele genitor que estiver na posse do filho, naquele momento, de forma isolada. A

segunda baseia-se no compartilhamento dos direitos e deveres entre os pais, podendo ou não ocorrer a alternância de residências.

Ângela Maria Silveira dos Santos (2002, p. 162), citando estudo do psicanalista Sérgio Eduardo Nick (1997, p.137), sobre as vantagens e desvantagens desta modalidade de guarda, informa o seguinte:

As principais vantagens da guarda conjunta, segundo Arditti, são três: ela promove um maior contato com ambos os pais após o divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles (Greif, 1979); o envolvimento do pai no cuidado dos filhos após o divórcio é facilitado (Bowman & Ahrons, 1985); e as mães são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos de vida (Rothberg, 1983). Quanto às desvantagens, ainda segundo Arditti, elas se centram na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais (Goldstein, Freud e Solnit, 1979; Johnson, Kline e Tschann, 1989); na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como meio para negociar menores valores de pensão alimentícia (Weitzman, 1985); na viabilidade da guarda conjunta para as famílias de classe socioeconômica mais baixa (RICHARDS; GOLDENBERG, 1985).

As vantagens da guarda compartilhada são maiores que as desvantagens, basicamente em função de uma melhora na auto-estima do filho, melhora no rendimento escolar (enquanto na guarda exclusiva decai), diminuição do sentimento de tristeza, frustração, rejeição e do medo de abandono, já que permite o acesso sem dificuldade a ambos os pais.

Existem algumas desvantagens que ainda impedem a aplicação deste instituto de forma mais abrangente: quando a separação ocorre de forma litigiosa, os magistrados vêem certa dificuldade em construir um acordo de guarda compartilhada. Outra dificuldade é a obrigação de solicitar, dos pais, o consentimento para prática de quaisquer atos que digam respeito à vida do menor. Todavia, tratando-se de pessoas amadurecidas, esses obstáculos poderão ser removidos sem maiores conseqüências e com muita ponderação pelos genitores guardiões. Os pais devem ter em mente apenas o bem estar do filho. O poder unipessoal peca pelo exercício isolado das decisões.

5 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

A guarda, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 28), constitui-se na primeira forma de colocação em família substituta, e como tal, tem por objeto ou finalidade regularizar a posse de fato de uma criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a quem quer que seja, inclusive aos pais, não suprimindo, no entanto, o poder familiar daqueles.

Com efeito, na guarda regida pelo estatuto, algumas prerrogativas próprias do poder familiar são transferidas para outra pessoa. Entretanto, os direitos dos pais devem ser, sempre que possível e conveniente, preservados, regulamentando-se o direito de visitas.

Assim, sob a ótica do Estatuto, se a guarda visa a proteger a criança ou o adolescente em manifesto estado de abandono, tal medida pode ser concedida de ofício ou a requerimento de qualquer interessado.

A guarda destinar-se-á à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, sob pena de incorrer em infração administrativa prevista no art. 249 daquele diploma legal, quem descumprir estes deveres.

O Estatuto prevê três modalidades de guarda: provisória, que se subdivide em liminar ou incidental, podendo ser concedida no curso dos procedimentos de tutela e adoção, exceto na adoção por estrangeiros; definitiva, que resulta de sentença que põe fim a processo, e, por fim, peculiar, que visa a prevenir situações peculiares ou a falta eventual dos pais.

O legislador estatutário, consciente das dificuldades enfrentadas pela autoridade competente no momento da apreciação do pedido de guarda, em face do insuficiente posicionamento legal objetivando evitar ou minorar as conseqüências disso, traçou algumas linhas mestras a serem observadas no momento da colocação em família substituta, dentre elas o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade.

A guarda coloca a criança ou o adolescente na condição de dependente do guardião, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, embora já exista lei previdenciária em sentido contrário.

Destaque deve ser feito ao § 1º do art. 28 que recomenda que a criança ou o adolescente seja ouvido previamente e que sua opinião seja considerada. Trata-se de direito à manifestação e expressão que é preservado para o menor, como sujeito de direitos.

Uma vez conferida a guarda a alguém, tido como idôneo, não se admitirá a transferência do menor a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial. Mas, apesar disso, a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Em decorrência dos princípios norteadores do Estatuto e da adoção da Doutrina da Proteção Integral, as normas previstas na Lei 8.069/90 deverão ser seguidas por todas as autoridades competentes, inclusive os Juízes da Vara de Família, sempre que estiverem decidindo quanto ao futuro de alguma criança ou adolescente.

Enfim, não se confunde a guarda deferida em processo judicial em que litigam os pais (objeto do nosso estudo), com a regulamentação da guarda para colocação em família substituta (regida pelo ECA).

6 A POSIÇÃO INTERNACIONAL

A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada, da manutenção da coparentalidade, de modo que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles. Neste sentido, o “direito à companhia” é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ter assegurado o direito à companhia do pai ou mãe que não seja o guardião. Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos.

A guarda conjunta surgiu na Inglaterra na década de 1960, tendo se expandido para o restante da Europa e posteriormente para o Canadá e os Estados Unidos.

Na Inglaterra, precursora na introdução da guarda compartilhada, houve a iniciativa de romper com o tradicional deferimento da guarda única que sempre tendia para a mãe, passando assim os tribunais a, dividir, os direitos e obrigações dos cônjuges sobre seus filhos. Deste modo, as decisões destes tribunais passaram a observar sempre o interesse do menor e a igualdade entre os pais, extinguindo definitivamente a expressão direito de visita, permitindo assim maior contato entre pai, mãe e filho.

Aos poucos, este instituto ganhou repercussão na Europa, e na década de 1970 foi assimilado, também, pelo direito francês.

Depois de ser respaldado na França, o modelo de guarda compartilhada foi adotada pelo Canadá, possuindo presunção de que é a melhor forma de resguardar o interesse do menor.

No entanto, o país onde instituto mais se desenvolveu foi nos Estados Unidos, ganhando grande adesão por parte da população.

Naquele país, a guarda compartilhada é conhecida como *joint custody* ou *shared parenting*, e se subdivide em guarda compartilhada jurídica (*joint legal custody*), em que os pais dividem o direito de tomar decisões quanto ao melhor para os filhos, e em guarda compartilhada física (*joint physical custody*), em que os pais dividem não só o direito das decisões, mas também a presença física dos filhos.

A princípio, os tribunais norte-americanos somente adotaram a guarda compartilhada jurídica. Mas, aos poucos, compreendeu-se que esse sistema não satisfazia totalmente os cônjuges que não detinham a guarda material. A partir dessa compreensão passou-se também a ser adotado a guarda compartilhada física, com o objetivo de suprir essa carência.

A guarda compartilhada, nos Estados Unidos, é a regra, e a exceção deve ser muito bem fundamentada.

O Japão e a Suécia também adotaram o modelo de guarda compartilhada.

Já o direito de família italiano confere ao juiz o poder de atribuir o exercício da autoridade parental ao genitor que convive com o filho, sem prejuízo de mecanismos de controle sobre a educação e instrução dos filhos por parte do outro, destituído do respectivo exercício.

7 A POSIÇÃO NACIONAL: A GUARDA COMPARTILHADA E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Com a promulgação, em 2002, do Código Civil, não havia texto expresso de lei regulamentando a guarda compartilhada.

A omissão do legislador civilista foi tão marcante, que em janeiro de 2002, o Deputado Federal Tilden Santiago divulgou projeto de lei nº 6.350/02 que teve por objeto definir a guarda compartilhada, bem como estabelecer os casos em que será possível.

No entanto, a adoção do instituto não era vedada. 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 no princípio da dignidade humana e paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo.

Já o art. 229 da Carta Magna impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar. O Estatuto da Criança e do Adolescente confirma o preceito maior ao incumbir aos pais o dever do sustento, guarda e educação de seus filhos, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores.

O Código Civil de 2002 absorveu toda a matéria relativa à dissolução da sociedade conjugal, disciplinada na Lei do Divórcio, incluindo a proteção da pessoa dos filhos (Livro IV, Título I, Capítulo XI).

Quanto a este tema, especificamente, o texto legal inovou profundamente o Direito de Família, ao afastar a preferência da mãe pela guarda dos filhos em ações de separação judicial (art. 1.584), mas não mencionou expressamente a guarda compartilhada.

No entanto, há uma característica da nossa legislação que tem implicações importantes sobre a guarda dos menores: o poder familiar. Ele é exercido igualmente por pai e mãe (se capazes), e a separação judicial ou de fato ou o divórcio não interferem neste atributo.

Assim, mesmo que o genitor não detenha a guarda, continua com o poder familiar, devendo exercê-lo, sob pena de perdê-lo (art. 1638, II do CCB). E o poder familiar é compartilhado.

Hoje, esta omissão foi sanada, através da lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que modificou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil, estabelecendo tanto a guarda compartilhada quanto a unilateral como regras gerais a serem aplicadas, inclusive, nas separações litigiosas, quando não houver acordo entre os pais (art. 1584, § 2º).

No entanto, apesar de hoje já haver previsão expressa quanto à utilização da guarda compartilhada, esta ainda não tem sido a realidade brasileira.

8 GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS PRÁTICOS

Ainda de forma muito tímida, o melhor interesse dos menores pode levar os tribunais a propor a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor. A questão da guarda,

porém, nesse aspecto, a pessoas que vivam em locais separados não é de fácil deslinde. Dependerá muito do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação. Sobre o assunto, Venosa (2003, p. 242), citando Waldyr Grisard Filho, afirma o seguinte:

A custódia física, ou custódia partilhada, é uma nova forma de família na qual os pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões.

Com a alteração da nossa legislação, hoje em dia, nada impede ao juiz que defira a guarda a ambos os cônjuges, mormente se existe acordo entre eles. O difícil, justamente, é chegar-se a um acordo no calor de uma separação. A guarda, porém, pode ser alterada no futuro, quando os espíritos estiverem mais pacificados. Não resta dúvida de que a solução da guarda compartilhada é um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente. Não resta dúvida, também, de que essa modalidade de guarda representa uma nova faceta do direito de visita, que poderá ficar dispensado quando se acorda pela guarda conjunta.

De todo modo, a guarda compartilhada, *prima facie*, é a que mais atende aos interesses dos filhos, pois é exercida como se os pais ainda permanecessem na constância da relação conjugal. Entretanto, chegamos à conclusão de que, para que essa modalidade venha efetivamente a ser aplicada, há que existir por parte dos pais, no momento imediato à ruptura do relacionamento, um grau de amadurecimento muito grande.

É notório que, na maior parte das vezes, os pais se tornam tão insatisfeitos com a separação que não conseguem desvincular os problemas oriundos do fim do relacionamento das questões que envolvem os filhos, especialmente no que dizem respeito à guarda e alimentos. Rompem o vínculo conjugal e, por equívoco, acabam por atingir o elo estabelecido com os filhos.

A guarda compartilhada refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, têm os pais efetiva e equivalente autoridade

legal para tomarem decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e, frequentemente, mantêm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única. Dessa forma, a criança quase não sofrerá com os traumas e conseqüências da separação de seus pais.

No entanto, há que se observar o grau de maturidade dos pais. Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.

Tais considerações não pretendem desestimular os esforços da doutrina e da jurisprudência para o estabelecimento de uma co-responsabilidade, sempre que possível, da guarda. O estudo da guarda compartilhada faz-se relevante e deve ser intensificado, à medida que contribui para a recuperação de uma apreciação ética das relações de filiação, de modo absolutamente necessário e complementar ao exercício conjunto da autoridade parental, pois é necessário que a criança ou o adolescente conheça intensamente seus pais, independente da opinião que um tenha sobre o outro. E para isso, não basta algumas horas de visitas, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada a compromissos, fazer as tarefas escolares etc.

Não obstante haver litígio entre os cônjuges, a guarda dos filhos poderá ser compartilhada ainda que seja necessária a interferência da equipe multidisciplinar (psicólogos e assistentes sociais judiciais) para que se chegue à maturidade no desempenho da função parental.

A guarda compartilhada física também é possível, principalmente quando os pais residem próximos, de forma a não prejudicar o desenvolvimento escolar e social da criança.

A evolução do direito de família é um reflexo da evolução da sociedade. Se a legislação tende a adotar o modelo da guarda compartilhada como o melhor para a proteção da pessoa dos filhos, é que a sociedade já o adotou como tal. O receio de

certos juristas e doutrinadores de que talvez não haja sucesso quando existir litígio entre os cônjuges, só poderá ser dissolvido na prática.

9 CONCLUSÃO

Hoje, percebe-se que o significado do nascimento engloba, além do nascimento de um filho, o nascimento dos genitores nos lugares estruturais de pai e mãe, papéis que devem ser bem desempenhados. Tal condição pode ser enfraquecida, porém, quando a educação da criança passa a ser encaminhada, prioritariamente, pelo genitor responsável pela guarda. Atribuir ao genitor classificado como visitante o lugar prioritário de fiscal contraria as indicações atuais tanto dos documentos internacionais quanto dos ensinamentos das Ciências Humanas, que recomendam uma ampla aproximação e participação de ambos os pais no desenvolvimento dos filhos, sendo que o lugar e as funções dos genitores devem ser referendados pelos textos jurídicos.

A guarda compartilhada, sem sombra de dúvida, aparece como o instrumento de realização dos princípios do melhor interesse da criança, da realização pessoal dos cônjuges, e, por conseguinte, da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Compreende-se, entretanto, que a guarda conjunta não pode ser reduzida em sua explicação a arranjos concretos referentes às atividades do cotidiano infantil. Seu sentido ultrapassa, em muito, a distribuição de tarefas, uma vez que garante o duplo vínculo de filiação apesar da inexistência de um casal. Esta modalidade de guarda funciona como um sólido suporte, uma ancoragem social para o exercício da paternidade. Portanto, sua prática deve ser estimulada tanto no litígio quanto no consenso, até porque, muitos litígios acontecem em razão da contrariedade de os pais serem colocados como visitantes.

A guarda compartilhada foi recebida com frieza no Brasil. No entanto, algumas famílias que optaram por este modelo de arranjo familiar estão tendo resultados

positivos, conforme se depreende da leitura de artigos de revistas e jornais sobre esta matéria e em conversas nos corredores dos fóruns.

A separação dos casais não necessita ser traumática para os filhos, o desafio para os pais é dissolver a sociedade conjugal e manter a sociedade parental funcionando de modo adequado.

O que se deve ter em conta é que este tipo de partilha – a vida e o bem-estar do menor – requer negociações sólidas e sensatas entre os ex-parceiros e a superação de alguns obstáculos. Às vezes, será necessária a ajuda de um especialista – psicólogo ou assistente social.

É justo que a criança não perca a boa imagem que tenha sobre seus pais. A forma como o relacionamento se rompeu não pode interferir no relacionamento dos pais com seus filhos.

A guarda física compartilhada também dependerá do arranjo dos pais para dar certo. Dever-se-á observar a idade da criança, a distância em que vivem os pais, e que esta enxergue os dois lares como seus, e não se sinta um mero visitante em alguma das duas casas. Deve haver também regras únicas de educação e convívio, ou seja, o que é regra em uma casa, também deve ser na outra. Isso tornará as relações do filho com os pais mais seguras, porque a criança entenderá que os pais valorizam as mesmas coisas.

Para os rompimentos litigiosos, os tribunais de família já oferecem o sistema de mediação, que é um método de negociação assistida, com o objetivo de alcançar soluções que tragam benefícios para todos e garantam que as partes se envolvam profundamente nas decisões.

Com tantas vantagens e tanto aparato para que se conquiste a verdadeira utilização deste instituto, resta saber por que a guarda compartilhada, na prática, ainda é pouco utilizada. Esta questão, ainda sem resposta, deve ser um ponto de reflexão não só para a sociedade, mas principalmente para os operadores do direito.

Talvez por ser, entre nós, um instituto ainda muito novo, o receio de se aplicar ainda impera no seio da Justiça.

No entanto, apesar de tímidos, os números estão crescendo. Segundo o IBGE, dos 145 mil divórcios e separações concedidos em 2003 a casais com filhos menores de idade, apenas 2,7% (dois vírgula sete por cento) terminaram em guarda compartilhada. Já em 2008, esse percentual subiu para 4% (quatro por cento).

O que se deve ter em mente, neste momento, é que o tradicional sistema de visitas quinzenais não é suficiente para as famílias atuais. Porque família é dinâmica e se modifica rapidamente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. Anais do IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2004.

BRASIL. Constituição (1998) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

BRASIL. **Código civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002.

BRITO, Leila Maria Torraca. **Guarda conjunta**: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. Anais do IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2004.

COMPORTAMENTO. **Revista Istoé**. Edição 24/01/2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.5**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.13, n.67, p.19-28. ago./set. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, v.2: direito de família**. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NICK, Sérgio Eduardo. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SANTOS, Ângela Maria Silveira. **Da proteção das pessoas dos filhos: o novo Código Civil: do direito de família, v.5**. Coordenadora: Heloísa Maria Daltro Leite. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. Anais do IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2004.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.6: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2003.