



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

JULIANA NEIVA VIEIRA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA

um caminho para a preservação da relação entre pais e filhos

JUIZ DE FORA

2009



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

JULIANA NEIVA VIEIRA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA:
um caminho para a preservação da relação entre pais e filhos

Monografia apresentada ao curso de ciências jurídicas da Faculdade de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Joseane Pepino de Oliveira.

JUIZ DE FORA
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Juliana Neiva Nívia Silva

Aluno

Guarda Compartilhada: um caminho para a
preservação da relação entre pais e filhos.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Joseane Pepino de Oliveira

[Signature]

[Signature]

Aprovada em 26 / 06 / 2009.

AGRADECIMENTO

“Quem ama cuida; cuida de si mesmo, da família, da comunidade, do país - pode ser difícil, mas é de uma assustadora simplicidade e não vejo outro caminho” (Lya Luft)

Agradeço à professora Joseane, orientadora deste trabalho, pela dedicação, paciente escuta, e por ter podido compartilhar de seu conhecimento ímpar.

Agradeço aos meus queridos pais, José Raymundo e Marília, que compartilharam comigo todo seu amor, carinho e dedicação durante todos os dias da minha vida.

Tudo ficará inserido em minha gratidão.

RESUMO

A família contemporânea apresenta novas características, as quais são decorrentes do processo de modernização da sociedade, desencadeado na segunda metade do século XX. Para a criança e o adolescente a união dos pais é necessária, tendo em vista que o vínculo com os genitores é percebido pelos filhos como um sustentáculo em que se apóiam durante toda a vida. O rompimento do vínculo conjugal vem ameaçar a referência de segurança, tão importante para a formação da personalidade que começa a despontar. Desse modo, a ruptura da sociedade conjugal afeta não só o relacionamento dos cônjuges, mas também o relacionamento destes com seus filhos. O art. 1.634 do novo Código Civil, em seu inciso II, dispõe sobre a competência dos pais quanto à pessoa dos filhos menores, devendo os mesmos tê-los em sua companhia e guarda. Estando a família unida, não se questiona sobre o exercício de guarda, que é comum a ambos os pais. Porém com a ruptura da convivência familiar bipartir-se-iam essas funções e as decisões relativas aos filhos seriam tomadas unilateralmente, o que hoje se a guarda for compartilhada, em nada modifica os deveres dos genitores com relação aos filhos, isto é, a responsabilidade será sendo solidaria, uma vez que nada altere. O instituto da guarda dos filhos é de extrema relevância, tendo em vista que se trata de um assunto que envolve os interesses do menor, seu lado emocional e social, o qual necessita de muita atenção e cautela ao ser discutido. Baseados em documentos internacionais e nas legislações mais avançadas, buscou-se por novos modelos de cuidado aos filhos de pais que não convivem e que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis paternos que o texto constitucional definitivamente expurgou, consagrando-se assim a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008. Desse modo, tornou-se necessário dar ênfase à promoção das relações paterno/materno-filiais após a separação, incentivando os genitores a compartilhar direitos e responsabilidades na criação dos filhos. O interesse dos menores e a igualdade dos gêneros levaram os Tribunais a proporem acordos de guarda compartilhada como resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus pais, o que incentiva a participação destes na vida dos filhos. Defini-se guarda compartilhada como sendo um sistema onde os filhos, após a separação dos pais, tem uma residência principal, mas estão sob a responsabilidade conjunta de ambos os pais, que juntos exercem o poder familiar. Por esta razão, um estudo sobre o instituto da Guarda Compartilhada consagrada pela Lei nº 11698 de 13 de junho de 2008 expressamente no código civil brasileiro, é de extrema relevância jurídica e social, a fim de se preservar os interesses dos menores envolvidos, os quais sempre devem ser priorizados.

SUMÁRIO

1 Introdução	7
2 PODER FAMILIAR	8
2.1 – Trajetória Histórica do Poder Familiar	8
2.2 – Poder Familiar no Novo Código Civil.....	11
2.3 – Redefinição dos papéis do homem e da mulher.....	16
3 GUARDA	19
3.1 Conceituação de Guarda.....	19
3.2 Trajetória da Guarda na legislação brasileira.....	21
3.3 A Guarda no Novo Código Civil	24
3.4 Modalidades de Guarda	25
3.4.1 Guarda Comum, desmembrada e delegada.....	25
3.4.2 Guarda originária e derivada	26
3.4.3 Guarda de Fato	27
3.4.4 Guarda Provisória e definitiva.....	27
3.4.5 – Guarda jurídica e guarda material	28
3.4.6 Guarda Alternada.....	29
4 GUARDA COMPARTILHADA.....	30
4.1 A noção de Guarda Compartilhada	30
4.2 Breve histórico da guarda compartilhada	32
4.3 Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008	34
4.4 Análise da convivência ou não do exercício da guarda compartilhada.....	41
CONCLUSÃO	45
BIBLIOGRAFIA	50

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade que deixou de lado a falaciosa “superioridade” masculina, onde a mulher cada dia mais se insere no mercado de trabalho e o homem preocupa-se também com as funções domésticas até então exclusivas da mulher, a guarda exclusiva, que é a um só dos genitores, tem-se mostrado insuficiente para atender aos interesses dos pais e, principalmente, aos dos filhos.

A separação de casais ocorre desde os primórdios dos tempos. Motivos diversos são causa das dissoluções matrimoniais, haja vista o grande número de limitações que rodeiam o ser humano em sua busca de felicidade.

Numa sociedade machista, de costumes que privilegiavam o homem, a mulher era cercada de preconceitos. Nas separações, ela sempre carregava a culpa por ser a parte mais fraca diante da sociedade. O homem que dava casa e comida já fazia o suficiente, e não se admitia razões para separações. Casos de violação aos direitos da mulher como ser humano e de injustiça são relatados fartamente no decorrer da história.

A instituição do casamento civil veio para garantir a subsistência da mulher e dos filhos, já que ela não trabalhava fora e, por conseguinte, não tinha salário com que pudesse se sustentar e aos filhos. Separando, ela e os filhos passavam dificuldades, pois quase sempre o marido, por vingança ou orgulho ferido, não ajudava na manutenção do lar desfeito. Grande número de casamentos não se desfazia porque a mulher, sabendo das privações por que iria passar com os filhos, preferia calada sofrer maus tratos, humilhações e levar adiante uma união sem amor. O preço dos sofrimentos era a vida material dos filhos.

Com o progresso e o desenvolvimento da mentalidade dos povos, a mulher considerou que sua felicidade e bem-estar dependiam da harmonia do casamento. Viu que nem sempre a garantia econômica era garantia também de satisfação emocional. Daí, as separações foram

ocorrendo em maior número, e nas leis foram surgindo transformações em atendimento às novas situações.

Desse modo, o presente estudo tem como objetivo explicitar, de maneira sistemática, as mudanças econômicas e sociais que vêm ocorrendo na sociedade, com reflexos evidentes na organização familiar e, conseqüentemente, nos novos papéis assumidos pelo pai e pela mãe.

Novos modelos de comportamento, em face de separações, continuam surgindo para satisfazer o grande objetivo, qual seja, o de proteger os filhos.

Procurando mostrar a importância da Guarda Compartilhada, bem como seus benefícios para a criança, uma vez que esta tem o direito de ter a participação de ambos os pais em sua criação, e este novo modelo traz segurança aos filhos e preserva as relações de afeto existentes anteriormente.

Foi a partir dessas reflexões que se estruturou este trabalho, procurando demonstrar no seu decorrer, a trajetória histórica do poder familiar até o Código Civil de 2002, além de focar a redefinição do papel da mulher nas diversas esferas da vida pessoal, profissional e social, o que inevitavelmente tem afetado a construção e o desenvolvimento das relações familiares.

Posteriormente abordou-se o Instituto da Guarda, enfocando a sua trajetória na legislação brasileira e as alterações advindas ao instituto com a mudança do Código Civil, como também a consagração da Guarda Compartilhada com a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Em seguida, destacou-se as modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sob o ponto de vista do doutrinador Waldyr Grisard.

Após essa compreensão, foram apresentados os elementos que configuram a guarda compartilhada, elucidando as principais questões que existem sobre o instituto, demonstrando a adoção no Brasil e as inúmeras vantagens proporcionadas aos pais e aos filhos. Há de se ressaltar que cabe aos operadores do direito levar sempre em consideração o interesse do menor, requerendo (como advogado), favorecendo (como membros do Ministério Público), ou concedendo (como magistrado) a Guarda Compartilhada quando não for contra-indicada.

Espera-se que com este estudo colaborar para uma melhor compreensão do que vem a ser a guarda compartilhada, visto que foi alvo de questionamento e de buscas de propostas interventivas, até à sua instituição no Código Civil Brasileiro, a qual servira como referências para reduzir as dificuldades cotidianas, decorrentes do processo de rompimento da relação matrimonial ou convencional, tão presentes na contemporaneidade.

2 PODER FAMILIAR

2.1 – Trajetória Histórica do Poder Familiar

O Poder Familiar, substituto do pátrio poder do revogado Código Civil de 1916, é um sistema de direitos e deveres, limitado pelas normas jurídicas, que permitem a relação entre os pais e seus filhos na qualidade de crianças ou adolescentes, não emancipados ou não sujeitos a outra restrição familiar legal ou judicial.

O pátrio poder encontra sua origem em épocas muito remotas, ultrapassando as fronteiras culturais e sociais. Seu surgimento se dá a partir do momento em que os homens passaram a conviver em grupos, clãs, e outros tipos de sociedade, emergindo assim a necessidade da existência de um “poder familiar” que conseguisse garantir a paz social, ou seja, a harmonia da sociedade.

O “pátrio poder” no direito romano se fundamentava na ilimitada autoridade familiar, com a concentração do poder na figura do pai, o que caracteriza o patriarcalismo. Nesse primitivo regime, em determinadas circunstâncias, o *pater familie* – exercido exclusivamente pelo varão - tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*); de vendê-lo (*ius vendendi*); de abandoná-lo (*ius exponendi*) e até mesmo, de entregá-lo como “paga” à vítima de dano causado por seu dependente (*ius noxae deditionis*). Todos esses poderes, entretanto, foram atingidos pela Lei das XII Tábuas, que veio limitá-los.

Tal poder, concentrado nas mãos do chefe de família, se baseia no princípio da agnação, ou seja, todos aqueles que pertenciam à mesma família estariam sob a dependência

do mesmo patriarca, não sendo necessário o parentesco consanguíneo e sim o civil. Esta autoridade tinha fundamento doméstico, assim como político, religioso e econômico.

De modo geral, a doutrina toma o Direito Romano como ponto inicial para a sua evolução, onde o pátrio era considerado um poder análogo ao da propriedade. Desse modo, o “chefe da família” - o pai - o exercia sobre todas as coisas e os componentes do grupo familiar, incluindo a esposa, os filhos e os escravos. O pátrio poder em Roma era simultaneamente um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, como bem destaca o doutrinador Waldyr Grisard Filho.¹

Com a evolução e grande influência do cristianismo, o direito do *jus vitae et necis*, se transformou em *jus domesticae emendationis*, em que castigar os filhos e entes familiares só seria admitido em faltas graves.

O cristianismo teve uma influência marcante, impondo aos pais o dever e o direito primário de cuidar da educação, tanto física, social e cultural, como moral e religiosa de sua prole.

A idéia de poder familiar está ligada à idéia de poder marital, ou seja, o marido era o chefe da sociedade conjugal, cabendo a ele as decisões sobre a família. A mulher era sua colaboradora.

No Código civil de 1916, já houve transformações, onde buscavam a igualdade entre os cônjuges e seus filhos. Seguindo pelo Estatuto da Mulher Casada, da Lei do Divórcio, Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio da agnação deixou de ser absoluto, à medida que a gentilidade foi enfraquecendo. O parentesco por agnação foi sendo substituído pelo parentesco por cognição.

Já entre os germanos, o pai poderia repudiar o filho apenas no momento do nascimento. Aceitando-o, deveria exercer sobre ele a autoridade paterna como medida de proteção, não podendo assim, como acontecia no direito romano, dispor da vida do filho. Desse modo, não havia o caráter de perpetuidade na relação do pai com sua prole.

Na Idade Média, o direito já se inspirava mais como direito do filho do que como direito do pai, em evidente reação à tradição romana que atribuía ao pai um poder perpétuo sobre seus descendentes. A nova concepção foi adotada pelo modelo germânico.

O Brasil sofreu forte influência do direito português. Na proclamação da independência política, continuaram vigorando as Ordenações Filipinas, leis e decretos

¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

promulgados pelos reis portugueses até aquela data. Assim, os princípios do direito português permanecem entre nós, mesmo depois da renovação das Ordenações.

Dentre as principais características destacam-se, p.

- somente o pai exercia o pátrio poder, cabendo à mãe apenas direitos relativos à obediência filial;
- a menoridade cessava aos vinte e cinco anos e, se o filho fosse ainda dependente economicamente do pai, esta não cessaria;
- estariam sujeitos ao pátrio poder apenas os filhos legítimos e legitimados, não se estendendo aos filhos naturais ou espúrios.

Os pais tinham vários deveres em relação aos filhos, inclusive a obrigação de educá-los e de dar-lhes profissão. Poderia castigá-los moderadamente; e, se o filho fosse incorrigível, poderia entregá-lo ao magistrado da polícia, para que o recolhesse à cadeia a fim de corrigir o desvio, mas o pai tinha obrigação de sustentá-lo enquanto lá estivesse. O pai poderia aproveitar o trabalho do filho, sem lhe pagar salário, desde que previamente combinado.

Ao pai caberia a propriedade e usufruto do pecúlio profectício, dado ao filho em administração; a propriedade, administração e usufruto do pecúlio castrense que são devidos ao filho; em caso de pecúlio adventício, a propriedade seria do filho, mas o usufruto de tal bem seria do pai enquanto o filho estivesse sujeito ao pátrio poder.

Os pais não teriam direito, entretanto, aos bens que os filhos adquirissem com o seu próprio trabalho, ainda que o filho estivesse sob sua dependência.

Após a civilização romana, o instituto somente sofreu alterações consideráveis com o advento do Código de Napoleão, que teve a árdua tarefa de erradicar do instituto o despotismo romano, introduzindo o princípio de que deve prevalecer sempre o interesse do menor. Esse preceito foi introduzido no direito brasileiro tardiamente através do Estatuto da Mulher Casada.

Tal instituto foi, depois, ratificado com a publicação do Código Civil, em 1916, e, posteriormente, com o estatuto da Criança e do Adolescente, datado de 1990, o qual, infelizmente, persistiu com a expressão pátrio poder, que já nessa época era profundamente questionada.

A partir do novo Código Civil, entretanto, a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar, modificação esta muito bem vista pelos estudiosos do direito que não entenderam por que razão essa expressão não fora adotada anteriormente pelo ECA.

Com a extinção da expressão pátrio poder, também há de se extinguir aquele resquício da pátria potestas romana, em que à figura do pai (páter) se dava mais importância que à figura da mãe.

Apesar da considerável mudança, ainda se questiona se essa foi a expressão certa a ser incorporada pelo novo Código Civil, já que ainda permanece a palavra poder, que traz consigo a idéia de dominação. Muitos doutrinadores defendem que a melhor expressão seria “autoridade parental”, a qual é recepcionada por ordenamentos jurídicos alienígenas, entre os quais os da França e dos EUA.

Autoridade, porque, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou múnus, em espaço delimitado fundado na legitimidade e no interesse do menor. Parental, visto que, destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.²

Nesse sentido, podemos observar que o poder familiar foi, ao longo da história, se adequando às mudanças das relações familiares, distanciando-se de sua função originária, que consistia no exercício do poder dos pais sobre os filhos, para construir um múnus, em que sobressaem os deveres. A transformação não se deu apenas em nível de se deslocar o poder do pai (páter) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois atualmente o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação. O exercício desse poder pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição da família.

A seguir veremos como o poder familiar foi abordado no Novo Código Civil.

2.2 – Poder Familiar no Novo Código Civil

O poder familiar, sendo menos poder e mais dever, transformou-se em múnus, compreendido como encargo legalmente atribuído a alguém, em razão de determinadas circunstâncias, a que não pode fugir.

² GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

De acordo com Sílvia Rodrigues, poder familiar é “um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes” (2004, p.356).

Para Washington de Barros Monteiro, “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” (2004, p.348).

Segundo Maria Helena Diniz, pode-se conceituar Guarda compartilhada como sendo

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (2004, p.475).

O poder familiar é exercido pelos pais, quanto à pessoa dos filhos, competindo, enquanto não atingirem a maioridade civil ou por outra causa determinada pela legislação, dirigir-lhes a criação e educação; mantê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimentos para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representa-los até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade até a maioridade ou cessação da incapacidade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O Código Civil de 2002, nos artigos 1630 a 1638, preservou a disciplina normativa do Código de 1916, adaptando-a aos princípios determinantes na Constituição, principalmente no que tange ao exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente já tinha determinado.

Comparando-se o Novo Código Civil e o antigo, pode-se concluir que a estrutura legal do antigo pátrio poder foi preservada, com alterações tópicas de redação. No que tange aos titulares do poder familiar, ao exercício, à suspensão e extinção manteve-se o que já estava previsto, havendo, apenas, duas inclusões: a) outro tipo de extinção do poder familiar (por decisão judicial); b) outro tipo de perda do poder familiar, por ato judicial (incidir reiteradamente, em falta aos deveres inerentes aos pais).

O Estatuto da Criança e do Adolescente se refere ao poder familiar no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, artigos 21 a 24; e no capítulo referente aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do pátrio poder, artigos 155

a 163, que estabelecem regras próprias, tendo em vista que a legislação especial é apenas supletiva.

As regras procedimentais do ECA permanecem, uma vez que o Novo Código não se refere às mesmas e não é com elas incompatível. O Ministério Público ou “quem tenha legítimo interesse”, de acordo com o ECA, são partes legítimas para a ação de perda ou suspensão do poder familiar. O art. 157 prevê a possibilidade de decretação liminar ou incidental da suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado à pessoa idônea. Já o art. 163 determina que a sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor.

Resumindo, não há contradição entre os dois textos legais (ECA e o Novo Código Civil), não se podendo alvitrar a derrogação da lei anterior (ECA), a não ser quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar.

O ECA determina que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, “na forma que dispuser a legislação civil”. O novo Código faz referência apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, sendo silente com relação às outras entidades familiares tutelares explícita ou implicitamente pela Constituição.

O poder familiar, enquanto múnus, é um conjunto de direitos e deveres. Desse modo, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe e a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho, como alude Luiz Edson Fachin.

A convivência dos pais, entre si, não é condição necessária para a titularidade do poder familiar, que só se suspende ou se perde mediante decisão judicial nos casos previstos em lei.

De acordo com o novo Código, no caso de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar continua íntegro, exceto no que tange ao direito de terem os filhos em sua companhia (art. 1631). O artigo 1589 determina que o pai ou a mãe que não tiver a guarda, poderá visitar o filho e fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Nesse sentido, o artigo 1579 estabelece que o divórcio não altera os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

O ECA, quando trata do poder familiar, encarrega aos pais (art.22) “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” e, sempre no interesse destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Tal regra não sofreu alteração, uma vez que aos poderes assegurados pelo novo Código, juntam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição. O dever de guarda não é inerente ao poder familiar, pois pode ser atribuído a outrem.

O novo Código não modificou praticamente em nada as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar. Apenas incluiu as normas de remissão e outras de mesma natureza.

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem uma sanção imposta aos pais por terem ou estarem cometendo alguma infração ao dever do exercício do poder familiar.

A suspensão corresponde a uma sanção mais branda, enquanto a destituição é uma sanção de maior gravidade, sendo que ambas dependem de sentença judicial.

A suspensão implica no impedimento temporário do exercício do poder familiar. De acordo com o artigo 1.637 do novo Código são três as hipóteses de suspensão do poder familiar dos pais, p. a) descumprimento dos "deveres a eles (pais inerentes)"; b) ruína dos bens dos filhos; c) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. É importante ressaltar que as duas primeiras hipóteses caracterizam abuso do poder familiar.

Os deveres dos pais estão previstos na Constituição, no ECA e no Código civil, principalmente no que se refere ao sustento, guarda e educação dos filhos. Além destes, a Constituição prevê os deveres de assegurar aos filhos (deveres positivos) 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) a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A suspensão deverá ser determinada pelo Juiz, no interesses dos filhos e da convivência familiar, quando outra medida não puder produzir o efeito desejado no que tange à segurança do menor. Contudo, a suspensão poderá ser sempre revista, na medida em que forem eliminados os fatores que a ocasionaram.

A extinção é a interrupção definitiva do poder familiar. Os fatos causadores da extinção do poder familiar estão previstos no artigo 1.635 do CC: a) morte dos pais ou do filho; b) emancipação do filho; c) maioridade do filho; d) adoção do filho, por terceiros; e) perda em decorrência de decisão judicial.

A morte de um dos pais implica na concentração do poder familiar no outro sobrevivente. Já a emancipação se dá por concessão dos pais por instrumento público, sem necessidade de homologação judicial, se o filho tiver mais de 16 anos. Na adoção há o desligamento definitivo com a família de origem e implica no desaparecimento do poder familiar.

A destituição do poder familiar é uma medida mais grave e demanda uma análise mais criteriosa por parte do Juiz. No artigo 1638 do Código Civil estão elencadas as hipóteses da perda do poder familiar por decisão judicial: a) castigo imoderado do filho; b) abandono do

filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de faltas ou deveres inerentes ao poder familiar, sendo que esta última não estava prevista no Código anterior.

Com relação à destituição do poder familiar, podemos observar as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul in verbis,

ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. Cabível a destituição do poder familiar quando a mãe não apresenta condições de prestar os cuidados que a filha necessita, por sofrer surtos psicóticos e possuir histórico de vida vinculado ao sofrimento e ao abandono. O interesse a ser preservado é o da criança, que necessita de proteção, carinho e de um ambiente que lhe possibilite crescer de forma saudável e feliz. Apelo desprovido.³

EMENTA, p. ECA. DESTITUIÇÃO DE PATRIO PODER. Ainda que a negligência e a irresponsabilidade dos genitores possa ser, em parte, creditada a situação de pobreza em que estão inseridos, descabe manter a criança submetida aos efeitos nefastos de tal conduta, mormente quando não há qualquer indicativo de que possa vir a melhorar, sob pena de sofrer graves prejuízos em seu desenvolvimento. Apelo desprovido.⁴

Sob influência do antigo pátrio poder, “persiste ainda na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo “moderado” dos filhos.” O novo Código, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado.

Ressalta-se, entretanto, que o artigo 227 da Constituição prevê que é dever da família colocar o filho a salvo de toda violência. Todo castigo configura violência. Desse modo, na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, não há como admiti-lo. Portanto, o poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui a permissão de castigos que venha a violar a integridade do filho.

Contudo, Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta que,

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar deve ser preferida à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade.⁵

³ Apelação cível nº 70007442882, sétima câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 03/12/2003.

⁴ Apelação cível nº 70004192753, sétima câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 12/06/2002.

⁵ LOBO, P. L. N. Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Tais sanções têm por objetivo punir os que, presentemente, desatendem os deveres dos pais pra com os filhos. A lei zela pelo bem estar da criança e do adolescente, não permitindo que estes fiquem com pais descuidados e que não priorizem o melhor interesse dos filhos. Nesse sentido, podemos observar que atualmente, no caso de separação dos genitores, o menor ficará com o pai ou a mãe que tiver melhor condição de atender as necessidades materiais, educacionais e afetivas dos filhos. Face a tal contexto, é importante abordar as novas funções que vêm sendo assumidas pelo pai e pela mãe, o que irá refletir diretamente no modo de organização familiar.

2.3 – Redefinição dos papéis do homem e da mulher

A sociedade vem passando por profundas transformações e com grandes avanços tecnológicos. Com a revolução das comunicações, o processo de globalização tornou-se mais rápido, impulsionando a emancipação da mulher, que disputa em igualdade de condições profissões anteriormente reservadas apenas ao homem. Este, por sua vez, que era provedor da casa, está passando, simultaneamente, por um processo de transformação, libertando-se da tradição patriarcal e assumindo um importante papel na vida dos filhos, uma vez que começou a se interessar por atribuições que eram anteriormente cumpridas pela mulher.

No rastro destas transformações que atravessaram o século XX, as relações homem-mulher sofreram profundas mudanças, alterando de forma significativa a organização familiar. A mulher sai de sua redoma, abdicando do papel de rainha do lar de outrora, e ingressa no mercado de trabalho, alcançando sua autonomia e independência financeira e conquistando naturalmente a igualdade plena de direitos em relação ao homem.

Essa nova mulher com autonomia financeira, garantida por empregos mais bem remunerados, de uma forma geral, acaba tendo dificuldades de manter a relação estável, por

diversos motivos. Tal fato gera um grande e crescente número de rupturas de vida em comum, acabando por criar uma problemática sobre quem deve ficar com os filhos após a separação.⁶

Desse modo, a crescente participação da mulher no mercado de trabalho faz com que as crianças sejam criadas por uma mãe que combina a tarefa de criar os filhos com aquela de trabalhar fora de casa. Tal acúmulo de tarefas desencadeia numa transferência de responsabilidades educativas, tradicionalmente assumidas pela mãe, outros agentes (creches, pais, parentesco, escolas). A mudança que causa mais impacto, no entanto, se refere à responsabilidade parental, a redescoberta do “amor paterno”. Os “novos pais”, envolvidos numa paternidade mais próxima de seus filhos reclamam, a cada dia mais o seu papel nas famílias desunidas, e não se contentem com as “migalhas” que lhe são atribuídas por uma titularidade de autoridade que encontra obstáculos no exercício cotidiano da paternidade.

Nesse sentido, há de se ressaltar grande mudança que pode ser encontrada na evolução do papel social e do movimento feminista, na qual o homem tem buscado assumir papéis que outrora eram restritos às mulheres.

Contudo, tal evolução gerou um grande rebuliço na família moderna, sendo apontado por especialistas como um dos fatores predisponentes ao divórcio. O homem de hoje se vê às voltas com questões complexas para as quais muitas vezes não se vê preparado, sendo que algumas delas se referem ao cuidado a ser dispensado aos filhos. Enquanto alguns se adaptam rapidamente, outros demoram para se adaptar, o que repercute na família de forma contundente. Uma questão atual importante é como adaptar as leis para atender à crescente demanda de pais divorciados quanto à guarda dos filhos. Cresce, sobretudo nas últimas décadas, o envolvimento de pais nos cuidados a seus filhos, levando-os a lutar mais pela possibilidade de estar com eles (lutando pela guarda) e a aceitar compartilhar a guarda com a mãe das crianças.

Na sociedade atual já não se justificam as pretensões dos ex-cônjuges de, sozinhos, exercerem as funções de pai e mãe. Busca-se levar em consideração a vontade e o direito dos filhos de conviverem com ambos os pais, tendo desta forma a função parental preenchida, de modo igualitário pelos genitores.

O tempo em que a mulher se dedicava apenas aos filhos e o homem ao trabalho, afastado da convivência familiar, não existe mais. Atualmente, a visão social, em relação à criação de filhos propaga que os mesmos devem ter seus ideais identificados, tanto com a mãe

⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental*. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 88/89.

quanto com o pai, pois assim crescerão com maiores possibilidades de vivência sadia e completa na sociedade da qual farão parte.

As mudanças no instituto da família, frente à sociedade, são céleres e ocorrem na medida em que novas formas de conduta surgem. Com a sociedade e o direito colocando o interesse do menor acima de outros interesses, a evolução social e jurídica no Brasil atingiu um grande patamar de aceitação da Guarda Compartilhada como o melhor caminho, quando há a separação dos pais.

O Novo Código Civil que entrou em vigor em 11/01/2003, ainda que tardia e timidamente, sinaliza para uma compreensão voltada ao interesse do menor, rompendo com princípios ultrapassados de ceder a guarda dos filhos automaticamente à mãe com o término do matrimônio, mas sim a quem tiver “melhores condições de exercê-la”, como se extrai do “caput” do artigo 1584 do Novo Código, não mais prevalecendo a preferência materna consolidando assim o entendimento do artigo 21 do ECA.

Antes de adentrar propriamente na questão da Guarda Compartilhada, faz-se mister conceituar o Instituto da Guarda, traçando a sua trajetória histórica.

3 GUARDA

3.1 Conceituação de Guarda

Como já mencionado, o poder familiar é integrado por diversos atributos que, se considerados isoladamente, poderão ser conferidos a outrem que não sejam os pais, embora a potestas jamais seja delegável ou renunciável.

O vocábulo “guarda” significa proteção, observância, vigilância ou administração. Guarda dos filhos é locução indicativa, seja no direito ou no dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges de ter em sua companhia ou de protegê-los. Neste sentido, significa custódia – proteção de vida aos filhos pelos pais.

Guarda, também, compreende vigilância, o direito de ter os filhos consigo. É um direito dos filhos de viverem na casa dos pais e responsabilidade pelos danos causados. Em sentido jurídico conviver efetivamente com o menor, debaixo do mesmo teto, com o dever de assistência material para a sobrevivência física e moral e para o desenvolvimento psíquico.

De acordo com Waldyr Grisard Filho:

Guarda compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda na qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. (2000:79)

As relações jurídicas em Direito de Família situam-se em três níveis diferentes. Ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, entre estes e seus ascendentes e descendentes; ora regulam as relações patrimoniais que surgem e interessam ao grupo familiar; ora regulam as relações assistenciais ou de proteção que substituem as familiares.

Estas relações que estão presentes em todas as organizações familiares, como se vê no artigo 226 da CF, compreendem-se na lição de Clóvis Beviláqua, quando conceitua o direito de família como “o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela⁷”.

Segundo De Plácido e Silva, .

O vocábulo guarda é derivado do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração.⁸

Dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda dos filhos enseja, é tarefa difícil conceituar o que vem a ser guarda. O autor supra citado diz ser a guarda dos filhos,

locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.⁹

Para José Antônio de Paula Santos Neto “guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”. (SANTOS NETO apud GRISARD FILHO, 2002, p.49). Já Guilherme Gonçalves Strenger entende que “a guarda dos filhos é poder dever de mantê-los no recesso do lar” (STRENGER apud GRISARD FILHO, 2002, p.50). Mário Aguiar Moura assevera que “em sentido jurídico, representa a convivência dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico” (MOURA apud GRISARD FILHO, 2002, p.50). Para Karen

⁷ LOBO, P. L. N. Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁸ DE PLACIDO E SILVA, apud GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

⁹ Idem

Ribeiro Pacheco Nioac de Salles, a guarda “é um instituto pelo qual alguma pessoa, quer seja parente ou não, assume a responsabilidade sobre um menor de dezoito anos, devendo dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade”. (SALLLES, 2002, p.19).

O Projeto de Revisão do Código de Menores, em seu artigo 21, definia guarda, ao contrário do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dizia o projeto o seguinte

Entende-se por guarda a responsabilidade assumida sobre o menor por qualquer pessoa, entidade pública ou particular que obrigue a prestação de assistência material, moral, educacional, e espiritual, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.¹⁰⁷

O importante é observarmos que a guarda não se define por si mesma, mas através dos elementos que asseguram. Conectada à autoridade parental, por força dos artigos 1.634, II, do novo CC, 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia de posse, conforme o artigo 33, §1º do ECA, surgem, através dos artigos 1.566, IV, 1.630 a 1.633 do novo CC, como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no artigo 1.634, II, do novo CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas elencadas no referido artigo 1.634.

3.2 Trajetória da Guarda na legislação brasileira

No Direito brasileiro o tema da guarda teve importância em duas hipóteses distintas e sujeitas, cada qual, a um ordenamento jurídico e peculiar, p. na dissolução da sociedade conjugal, ou de qualquer outra forma de união, e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A primeira regra versa sobre o destino de filhos de pais que não vivem sobre o mesmo teto, Dec. 181, de 1890, artigo 90, o qual preconizava que os filhos comuns e menores ficariam com o cônjuge inocente no divórcio, devendo o outro prestar assistência para a educação deles, bem como o marido deveria sustentar a mulher, se esta fosse inocente e pobre.

¹⁰ Projeto de Revisão do Código de Menores

No que tange à dissolução da sociedade conjugal e à proteção da pessoa dos filhos, o Código Civil de 1916 distinguiu as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal em dissolução amigável e dissolução judicial, mandando na primeira hipótese observar o que os cônjuges acordaram sobre a guarda dos filhos (art.325), e na segunda a existência de culpa de um ou ambos os cônjuges na ruptura da vida conjugal, o sexo e a idade dos filhos (art.326).

O Decreto-lei 3.200/41, em seu artigo 16, regulamentou a guarda do filho natural, ficando este com o genitor reconhecente e, se o fossem ambos, sob o poder do pai, a não ser o juiz decidisse de modo diferente, conforme o interesse do menor.

A Lei 4.121/62 fez mudanças na separação litigiosa, mas manteve as disposições da separação amigável referente à guarda dos filhos. Desse modo, o Código Civil passou a dispor que os filhos ficariam com o cônjuge inocente; sendo ambos culpados, os filhos menores ficariam com a mãe; e no caso de ambos os pais não terem condições de assumir a guarda, o Juiz poderia entregar-lhes a uma pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto o direito de visita.

A Lei 5.582/70 alterou o artigo 16 do Decreto-lei 3.200/41, determinando que o filho natural, reconhecido por ambos os genitores ficasse sob a guarda da mãe, salvo se tal decisão causasse prejuízo ao menor. Também previu a hipótese de colocação dos filhos sob a responsabilidade de pessoa idônea, preferencialmente da família de qualquer dos pais, sempre no interesse do menor.

A Lei 6.515/77 instituiu o divórcio no Brasil e regularizou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, combinando o princípio do desfazimento por culpa, pelo artigo 5º, caput, com as hipóteses de dissolução sem culpa, previstas no art. 5º, §§1º e 2º, revogando as disposições atinentes do Código Civil. Manteve, portanto, em suas linhas gerais, o sistema vigente, com adaptações. Assim, na dissolução consensual observa-se o que os cônjuges acordaram sobre a guarda dos filhos; na separação não consensual o destino dos filhos obedecerá às peculiaridades de cada uma de suas modalidades, p. ficariam com o cônjuge que não deu causa à separação, ou com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum, ou ainda com cônjuge que estivesse em condições de assumir a guarda e educação dos filhos. Na separação não consensual em que ambos os cônjuges foram por ela responsáveis os filhos menores ficariam com a mãe; quando ambos os cônjuges não possuísem condições de ficar com os filhos, estes ficariam sobre a guarda de uma pessoa idônea da família de qualquer um dos dois.

Há de se ressaltar que todos esses critérios são gerais e abstratos. O legislador partiu do princípio de que seriam os mais adequados para atender os interesses dos filhos menores, que são o eixo de todo problema.

O Decreto 17.493, que instituiu o Código de Menores de 1927, o primeiro da América Latina, limitou-se a um único artigo (27), que dizia que o “encarregado da guarda” seria qualquer pessoa que, não sendo pai, mãe ou tutor, tinha por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação do menor, ou voluntariamente o trazia em seu poder e companhia. Em 1979 surgiu a Lei 6.697, que em seu artigo 2º, § único, substituiu esse conceito pelo de “responsável” pela guarda, já disciplinando o instituto de maneira mais completa, admitindo-o como forma de colocação em família substituta (artigos 17, 19, 24 e 25).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, assegurou à criança, como dever da família, da sociedade do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

O instituto da guarda, à luz da Lei 8.069/90, apresenta-nos como uma das formas de colocação da criança e do adolescente em família substituta, que assegurará a convivência familiar e comunitária (artigo 19). A colocação em família substituta se dá quando não é possível ao menor ser criado no seio de sua família natural. Desse modo, a guarda apresenta-se como uma das modalidades legalmente previstas para satisfazer, mesmo que provisoriamente, os propósitos da lei (artigo 28).

A guarda vem disciplinada no Estatuto nos artigos 33 a 35. Uma vez estabelecida, obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais (artigo 33). Tem como objetivo regularizar a posse de fato, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela ou adoção, exceto naquela feita por estrangeiro (artigo 33, §1º).

O Estatuto prevê duas modalidades de guarda, p. definitiva e provisória. A guarda definitiva regulariza a posse de fato do menor, podendo ser definida cautelar, preparatória ou incidentalmente, nos processos de tutela e adoção. Já a guarda provisória se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção e até que sejam tomadas as medidas necessárias para defesa de seus interesses (artigo 33, §2º). A definitividade da guarda é relativa, uma vez que pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado (artigo 35), pois sua concessão não faz coisa julgada.

A guarda, diferentemente da tutela e da adoção, não afeta o poder familiar, uma vez que não afasta o dever material dos pais de assistência, mesmo estando o guardião obrigado à prestação de assistência material, moral e educacional.

Cabe-nos ressaltar a divergência que existe no que se refere à interpretação do § 3º do artigo 33 do Estatuto. Nele se inscreve que à criança ou adolescente se confere a condição de dependente, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciários. Recente legislação, por um lado, retirou o menor sob guarda judicial da proteção previdenciária estatal (Decreto 2.171/97). Por outro, equiparou o enteado e o menor sob tutela a filho (Lei 9.528/97). Para Luiz Edson Fachin esta exclusão é inconstitucional e vai de encontro aos princípios do ECA. Todavia, há doutrinadores como J.M. Leoni Lopes de Oliveira, que se manifestam contrariamente à guarda previdenciária, pois entendem que a única finalidade é possibilitar ao menor usufruir os benefícios previdenciários do guardião.¹¹

Em relação à legislação civil anterior, a grande inovação referente à guarda foi a outorgada do direito de representação concedido ao guardião, o que só era permitido para os pais, tutores ou curadores, a teor do que preserve o artigo 84 do CC de 1916.

3.3 A Guarda no Novo Código Civil

A Declaração Universal dos Direitos da Criança veio complementar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que a criança, em função de sua imaturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, antes e depois de seu nascimento.

Desse modo, a Declaração dos Direitos da Criança preconiza, em seu artigo 6º, o seguinte princípio,

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, p. salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra

¹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda social e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.¹²

Como já mencionado, o poder familiar tem vários tributos, entre os quais está a guarda dos filhos. Conforme o artigo 1.634, II, do novo Código Civil, compete aos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda. O poder familiar gera um complexo de direitos e deveres, sendo a guarda um de seus elementos.

O instituto da guarda que compete ao Direito de Família é o proveniente da separação, judicial ou de fato, ou divórcio dos pais. Aqui não há a figura da família substituta como no Estatuto da Criança e do Adolescente, que se contrapõe ao conceito de família natural.

Durante a vigência da união, os filhos provenientes desta relação vivem em companhia de ambos os pais, ou seja, a guarda dos filhos menores é por eles exercida em igualdade de condições. Esse é o regime vigente, como depreendemos do texto constitucional, p. os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art.226, § 5º).

Contudo, quando surgem os conflitos na vida conjugal, acontece a cisão da guarda comum, passando os filhos a conviverem com um só dos genitores, que com eles exercerá uma relação mais estreita. Mas ao genitor que não exercerá a guarda o direito assegura a manutenção das relações paterno-filiais através do sistema de visitas e fiscalização, como limitações à guarda do outro.

É importante destacar que a cisão da guarda não implica na perda da titularidade do poder familiar, pois a separação do casal não afeta os vínculos jurídicos entre pais e filhos. A seguir abordaremos algumas modalidades de guarda.

3.4 Modalidades de Guarda

3.4.1 Guarda Comum, desmembrada e delegada

¹² ONU Convenção sobre os Direitos da Criança, 02 set. 1990.

Durante o casamento, tanto na família legítima como em outras formas de família, o exercício da guarda é dividido igualmente entre o pai e a mãe. É o que denominamos guarda comum, que consiste na convivência e na comunicação entre pais e filhos, cotidianamente, pressupostos essenciais para educar e formar a criança e o adolescente. A guarda integrada ao poder familiar não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei, senão preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício.

Sua origem é antes de tudo natural, decorrente da paternidade e da maternidade, razão pela qual deve ser mantida no caso de cisão, através do compartilhamento. Nas situações de conflito entre os pais, quando estes se separam, é necessária a atribuição judicial da guarda.

Nos casos de menor abandonado ou em situação de perigo o Juiz atua em virtude da função social. Trata-se da guarda desmembrada do poder familiar, intervindo o Estado, através do Juizado da Infância e Juventude, delegando a guarda a quem não detém o poder familiar a fim de se proteger o menor. É, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial.¹³

3.4.2 Guarda originária e derivada

A guarda originária corresponde aos pais integrados ao poder familiar, como um direito-dever de plena convivência com o menor, e vice-versa, que viabiliza o exercício de todas as funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a correção e a representação. Sua origem, por ser natural, é originária dos pais.

Já a guarda derivada surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social (art.30 ECA).

¹³ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 70/71.

3.4.3 Guarda de Fato

É quando a pessoa toma a decisão de cuidar do menor, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais e tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação.

Tendo em vista que não há controle nem avaliação sobre o guardião e nem sobre o menor, é desmembrada, mas não delegada. O vínculo jurídico que assim se estabelece, portanto, só será desfeito por decisão judicial em benefício do menor.

3.4.4 Guarda Provisória e definitiva

A guarda Provisória ou temporária surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores que estão em processo de separação ou de divórcio, a fim de organizar a vida familiar. É uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva, depois da análise minuciosa dos critérios para atribuição da guarda ao genitor que reúne melhores condições para atender ao filho, ficando este sob o regime da guarda única.

A partir da sentença que homologa ou decreta a dissolução do vínculo conjugal, que o tema adquire um grau de definitividade – guarda permanente –, impropriamente, porém. Na realidade, a guarda nunca é definitiva, pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz (artigos 35 e 149, parágrafo único do ECA), pois sua concessão não faz coisa julgada.¹⁴

¹⁴ Revista dos Tribunais, v. 596, p. 262; v. 628, p. 106; v. 637, p. 52; v. 733, p. 284.

3.4.5 – Guarda jurídica e guarda material

Ambos os genitores devem participar do processo evolutivo dos filhos. Durante o casamento o poder familiar, e nele a guarda, concentra-se nas pessoas dos pais, conforme os artigos 16.34 do novo CC e 21 do ECA, o mesmo acontecendo na união estável, como dispõe o artigo 2º da Lei 9.278/96, que regula o §3º do artigo 226 da CF/88. com a separação, nenhum dos pais perde o poder familiar referente aos filhos menores, como asseguram os artigos 1.632 do novo CC e 27 da Lei do Divórcio. Desse modo, a separação dissolve a sociedade conjugal, mas não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem. Contudo, há um desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visita ao outro, por força do artigo 15 da Lei do Divórcio. Tal desdobramento enfraquece o poder familiar do genitor não-guardião, o qual fica impedido do amplo exercício do seu direito, com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardião. Nesse viés, são naturais os conflitos relativos à guarda dos filhos.

Orlando Gomes destaca que o genitor a quem é atribuída a guarda, tem-na não apenas material, mas também jurídica, isto é, que tenha o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, sendo que ao outro cabe o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor guardião.¹⁵ Assim, observa-se que a guarda jurídica é exercida a distância pelo genitor não-guardião e a guarda material prevista no artigo 33, § 1º, do ECA configura-se pela convivência cotidiana do genitor com o filho, monoparentalmente, encerrando a idéia de posse ou cargo. Na verdade, o genitor que obtiver a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua plenitude.

¹⁵ GOMES, O. *Direito de família*. P. 281.

3.4.6 Guarda Alternada

Segundo Amaral

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período, os papéis invertem-se.¹⁶

Neste modelo de guarda, há alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais, tanto a guarda jurídica quanto a material, é atribuída aos dois genitores. No entanto, esta modalidade fere o princípio da continuidade, que deve ser respeitado em prol do bem-estar físico e mental da criança.

A guarda alternada não se confunde com o aninhamento ou nidação. Neste são os pais que se revezam em períodos alternados de tempo, mudando-se para a casa onde moram os filhos. Tais acordos de guarda não perduram pelas dificuldades impostas na locomoção dos pais e pelos altos gastos com a manutenção de três residências a do pai, a da mãe e a dos filhos.

Observa-se que as separações dos casais, sejam consensuais ou litigiosas, estão se tornando cada vez mais freqüentes entre nós. Por esta razão é importante examinar minuciosamente uma das questões decorrentes da separação, a guarda dos filhos. Enfocaremos, a seguir, a guarda compartilhada que é a responsabilidade civil dividida, compartilhada por ambos os genitores. Diferentemente da prática tradicional, na qual a guarda é outorgada pelo juiz de preferência à mãe no caso de crianças de até doze anos, salvo indicações em contrário, a guarda compartilhada vem se delineando como uma nova modalidade possível e que, portanto, requer maior análise.

¹⁶ AMARAL, J. P. apud CAHALI YUSSEF, Said. Divórcio e Separação. São Paulo: RT, 1987, p.168

4 GUARDA COMPARTILHADA

4.1 A noção de Guarda Compartilhada

De acordo com Waldyr Grisard Filho e partindo do conceito de guarda, entende-se o conceito de guarda compartilhada como

um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mas equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. (2000, p.79)

Quando há separação ou divórcio, era comum a entrega da guarda a um só dos genitores, critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito sem contestações.

Diante dessa situação apareceu outra corrente que refuta esse princípio afirmando a necessidade de envolvimento de todos os personagens do conflito como asseguram a psicologia e sociologia, visando ao bem estar psicológico e social do filho.

A Guarda Compartilhada surgiu do desejo de ambos os pais de compartilharem da criação e educação dos filhos e assegurar a comunicação com eles.

Com o aporte de outras doutrinas e ciências, a jurídica buscou novos meios para determinar a responsabilidade na Guarda Compartilhada, consagrando-a expressamente no ordenamento jurídico nacional, com o advento da Lei nº 11.698/2008.

Para maior interesse dos filhos, propõe-se o acordo da guarda conjunta como uma resposta mais eficiente à continuidade das relações da criança com os dois genitores, e assim, guardando a família intacta.

Somado a tal fato, o desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais também motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.

A outorga da guarda então completou o seu ciclo de evolução, com o surgimento dessa nova lei. Anteriormente a lei privilegiava o pai como guardião exclusivo da guarda e após um período passou a privilegiar a mãe. Com o aporte doutrinário, aplicação na prática pela jurisprudência e agora, reconhecimento legislativo da guarda compartilhada, o direito implica uma nova forma para determinar a responsabilidade parental compartilhada.

Assim o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros levaram os tribunais a propor acordos e a instituir a guarda compartilhada, conjunta, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com ambos os genitores na família pós-ruptura, garantindo, assim, o direito dos pais de participar das decisões importantes que dizem respeito aos filhos.

Nesse sentido, a guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício do poder familiar, que os almejam continuar exercendo em comum quando ocorre a separação.

Para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta,

a guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualitariamente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças tem a residência principal e eu define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos¹⁷.

¹⁷ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada: uma solução possível. Revista Literária do Direito. São Paulo, ano 2, n. 9. 1996.

Nesse sentido, observa-se que a guarda compartilhada busca atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre pais e filhos, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

4.2 Breve histórico da guarda compartilhada

O movimento pelo direito da criança continuar tendo atenção do pai e da mãe em condições semelhantes, após a separação dos pais, começou na década de 1970, com destaque para a França e para os Estados Unidos.

Em consequência dos movimentos sociais liderados por associações de muitos países, estudos e pesquisas foram realizados e comprovam que a participação efetiva do pai e da mãe, em condições semelhantes, no desenvolvimento dos filhos de pais separados evitava, em grande parte, os desvios comportamentais decorrentes da falta de um genitor e reduzia os conflitos provenientes da disputa pela guarda dos filhos.

Tal contexto motivou a instituição da guarda compartilhada como solução adequada ao melhor desenvolvimento dos filhos e, devido ao sucesso dessa medida, os países foram adaptando, paulatinamente, suas leis a esta mudança requerida pela sociedade.

A guarda compartilhada surgiu inicialmente na Inglaterra e posteriormente se desenvolveu na França, Canadá e Estados Unidos da América onde alcançou grande repercussão, gerando muitos estudos e intensas pesquisas. Atualmente, a guarda compartilhada desenvolve-se na Argentina, no Uruguai e agora, no Brasil, a ocorrência do instituto foi consagrada pela Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008.

Ressalta-se, inicialmente, que os sistemas inglês, francês, americano e canadense constituem a vanguarda inquestionável na implantação do estudo da guarda compartilhada como um modelo de cuidado parental que garante aos dois genitores um papel mais ativo em relação aos filhos do divórcio.

Os Tribunais portugueses passaram a admitir a Guarda Conjunta, mesmo antes de possuir previsão legal para a mesma, recomendando-a como a mais adequada ao interesse do

menor. Com a entrada em vigor da Lei 84/95, no Direito português, a mesma facultou aos pais acordarem sobre o exercício da guarda comum de seus filhos.

No Direito Espanhol, em caso de separação, a guarda deverá ser deferida ao cônjuge com quem conviva o menor, porém, caso solicitado pelo outro genitor e havendo interesse do menor, poderá o juiz atribuir àquele que solicitou a guarda conjunta, de acordo com o artigo 156, §5º do CC.

No Direito alemão, antes da lei do divórcio de 1977, a guarda era definida pelo critério da culpa na separação. Com o advento da lei sobre guarda em 1979, a definição da guarda passou a se basear no interesse do filho, devendo predominar a guarda unilateral. Essa regra foi considerada inconstitucional e a Corte Constitucional entendeu que o Estado não pode intervir, quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes e estão dispostos a exercer a Guarda Conjunta de seus filhos. Desse modo a nova lei suprimiu a necessidade de uma decisão sobre a guarda em caso de divórcio. O Tribunal só se manifesta se um dos pais apresenta um pedido de ser ele só o encarregado da guarda.

A Legislação Argentina adotou, como regime básico, o exercício compartilhado, correspondendo-o ao pai e à mãe, conjuntamente, sejam os filhos matrimoniais ou não de acordo com o artigo 264, § 1º do CC.

No Canadá a Guarda Compartilhada é conferida quando os pais optam pela mesma. Os Tribunais procuram garantir-lhes, por entenderem ser emocionalmente mais benéfico a todos os envolvidos, além de tomar o relacionamento entre pais e entre pais e filhos melhor.

O Parlamento Inglês, no século XIX, alterou a norma de que o pai era proprietário dos seus filhos, concedendo-lhe a guarda e, atribuindo à mãe a possibilidade de ter a guarda de seus filhos. Posteriormente, os Tribunais passaram a atribuir a guarda somente à mãe, injustificando o pai. Face a tal contexto, a guarda compartilhada foi instituída na Inglaterra com o objetivo de minorar os efeitos de injustiça provocados pela guarda única. Com isso, os Tribunais começaram a impedir uma ordem de fracionamento, o chamado split order, do exercício desse direito entre ambos os genitores, com o objetivo principal de garantir o interesse do menor.¹⁸

A noção de guarda compartilhada veio a ser incorporada pela França a partir de 1976, a fim de minorar as injustiças que a guarda isolada provoca. Formou-se uma jurisprudência favorável à guarda compartilhada que resultou na Lei 87.570/87, Lei Malhuret, que alterou os

¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

textos do Código Civil francês acerca do exercício da autoridade parental, tornando-a harmônica com a referida jurisprudência.

O direito Americano incorporou a nova tendência de guarda compartilhada. Tal modelo é amplamente discutido, debatido e pesquisado, o que dá a idéia de sua relevância, havendo um crescimento do número de pais envolvidos nos cuidados com seus filhos. Há uma intensa divulgação aos pais das características desse tipo de guarda. De acordo com a ABA – American Bar Association – existem aproximadamente quatrocentos programas de educação para os pais em quarenta estados americanos.

É crescente o número de casais separados ou divorciados que aceitam a guarda compartilhada sugerida pelos juizes, entendendo que essa escolha baseia-se no melhor interesse das crianças.

A maioria dos Estados americanos tem leis que incluem a guarda conjunta no leque de opções de custódia e outros, como a Califórnia, cuja legislação prefere esse tipo de arranjo. Como cada Estado americano tem suas próprias leis, há uma dificuldade de aplicação uniforme do tema em questão, o que leva a uma busca para uniformizar a legislação a respeito.

Logo, é relevante atentar para a realidade brasileira, nossas leis e nossos costumes, onde incorporamos da experiência estrangeira aquilo que é útil à sociedade e principalmente às partes envolvidas no conflito acerca da guarda, respeitando seus interesses.

4.3 Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008

No Brasil o movimento começou em 1997 com a criação da APASE – FLORIANÓPOLIS – Associação de Pais Separados de Florianópolis, que se expandiu e transformou-se em APASE – Associação de Pais e Mães separados, atualmente com representações e unidades autônomas em vários estados. Em 2000 foi constituída em Belo Horizonte, Minas Gerais, a “Associação de Pais para Sempre”.

As modificações sociais e familiares ocorridas nos últimos tempos trouxeram mudanças significativas, inclusive, no Brasil o que se refere à questão da guarda de filhos, uma vez que atingiu o direito como um todo e inclusive o direito civil.

Nesse sentido, em se tratando da guarda, faz-se necessário que a solução encontrada venha a beneficiar a família e a sociedade. No caso de ruptura do vínculo existente entre os pais, o tipo mais comum de autoridade parental era aquele que seguia a jurisprudência dominante, qual seja, a guarda única, exclusiva um dos genitores, geralmente à mãe, e visitas quinzenais a serem realizadas pelo pai em finais de semana alternados. No entanto, esse tipo de guarda priva a criança do contato com um dos genitores, pois quinze dias para uma criança é muito tempo, e, como se sabe, o tempo cronológico da criança não é igual ao tempo de um adulto.

Porém, a guarda do menor deve atender ao interesses dele, sendo abstraída a vontade dos genitores. Assim, profissionais como juristas, psicólogos, assistentes sociais; entre outros, a fim de garantir ao menor uma boa qualidade no relacionamento com ambos aos genitores, têm buscado uma nova modalidade de guarda que privilegie a comunicação entre os dois, enfatizando o exercício compartilhado da autoridade parental tendo em vista sempre o melhor interesse do menor; modalidade esta que tem sido bastante utilizada no direito estrangeiro e que foi alvo de intensos estudos aqui no Brasil.

Buscou-se, então a substituição do modelo tradicional. Pretendia-se um modelo que tivesse o interesse no equilíbrio dos direitos parentais e nas relações dos genitores com o menor, de modo que o mesmo conquistasse uma boa formação intelectual e moral.

Desta forma, a guarda compartilhada mostrou-se bastante interessante, pois reserva a cada um dos genitores o direito de participar das decisões importantes que dizem respeito à criança e na medida em que valoriza o convívio da mesma com ambos, de modo que continuem a exercer a autoridade parental conjuntamente.

A Constituição Federal de 1988 vislumbra a possibilidade de utilização da Guarda Compartilhada, no momento em que prevê no artigo 226 § 5º, a consagração do princípio da igualdade entre o homem e a mulher nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Ainda, em seu artigo 229, estatui que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e essa assistência independe do fato de estarem morando juntos ou separados.

O Estatuto da Criança e do adolescente estabelece no artigo 4º que, p. "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”. Dispõe no artigo 16, inciso V que o menor tem a liberdade de participar da vida familiar e em seu artigo 19 que “toda criança tem o direito de ser criado no seio de sua família”. Já no artigo 21 que “o Pátrio Poder, hoje denominado Poder Familiar, será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe”.

Desse modo, entendem-se que lei do menor acolheu a guarda compartilhada, pois prioriza o desenvolvimento da criança e do adolescente de forma a preservar-lhes o relacionamento com ambos os genitores.

Destaque-se que a Declaração Universal dos Direitos da Criança assegura o direito que a criança tem de ser cuidada pelos pais, sem restrições.

Com relação à possibilidade jurídica da guarda compartilhada na Lei 6.515, Lei do Divórcio, pode-se destacar o seu artigo 13, p. “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos anteriores a situação deles com os pais.”

No que tange ao Dec-lei 3.200/41, os §§1º e 2º do artigo 16, de forma expressa autorizam o juiz a decidir sobre a guarda de modo a atender o critério geral do melhor interesse do menor.

A Lei de Introdução ao Código Civil vigente, por outro lado, em seus artigos 4º e 5º estabelece, respectivamente, que, “quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” e “na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Dos vários dispositivos legais apontados, pode-se constatar que, antes de impedir, o ordenamento jurídico pátrio favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariedade do juiz nessa matéria. Utilizando-se dessa prerrogativa, alguns juízes vêm fixando a divisão igualitária de direitos e deveres de pai e mãe com relação aos filhos menores, em casos especiais. Sabe-se que em muitos lares, pais e mães passaram a dividir de forma igualitária a responsabilidade pela formação pessoal, psicológica e emocional de seus filhos, conforme mencionado anteriormente. Já que as leis devem acompanhar a mudanças na sociedade, tornaram-se necessárias alterações na legislação brasileira, que se mostrava inadequada à nova realidade.

Destaca-se que ante a Lei nº 11.698 de 2008, existiram dois projetos de lei visando a alterar artigos no Código Civil, para a expressa consagração da Guarda Compartilhada.

O projeto n. 6.350/02, de autoria do então Deputado Federal Tilden Santiago, propõe o acréscimo de dois parágrafos ao art. 1583, objetivando prever a possibilidade de fixação da guarda compartilhada dos filhos menores entre pai e mãe. O referido projeto propõe ainda,

que, em ações judiciais envolvendo definição da guarda, os juízes esclareçam os pais sobre as vantagens da guarda compartilhada e, no caso de acordo entre as partes, estabeleçam esse sistema.

Já o Projeto de autoria do Deputado federal Feu Rosa pugna pelo acréscimo de um parágrafo único no qual se permite, expressamente, a guarda compartilhada, se houver acordo dos pais neste sentido.

Assim, a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, veio consagrar, expressamente, no Código Civil Brasileiro, o tão elogiado instituto da guarda compartilhada. Não obstante tal instituto já fosse amplamente aceito pela doutrina e aplicado na prática pela jurisprudência, certo é que o reconhecimento legislativo pacificou as discussões acerca da existência do mesmo.

Embora sancionada em 13 de junho de 2008 e publicada no Diário Oficial da União em 16 de junho do mesmo ano, a referida lei somente entrou em vigor no país 60 (sessenta) dias após a citada publicação, por força da *vacatio legis* instituída no seu art. 2º.

Desse modo, as atenções da comunidade jurídica nacional se voltam para a análise dos aspectos positivos e negativos do regramento dado pela lei à guarda compartilhada.

Sem dúvida alguma, a guarda compartilhada, é a forma de guarda que melhor resguarda o interesse do menor, evitando-se os efeitos nefastos da guarda unilateral, tais como a diminuição do contato do filho com o genitor não guardião.

Primeiramente, a lei acrescenta o § 1º ao art. 1583 do Codex, trazendo no seu bojo o conceito de guarda compartilhada, nesses 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”.

Não obstante, o conceito legal possui uma falha que merece ser apontada, ainda que de passagem: ele restringe o exercício da guarda compartilhada aos pais, vedando a utilização deste instituto por outras pessoas que, eventualmente, venham a cuidar dos menores, vedação esta que se distancia do conceito moderno de família, em que os vínculos de parentesco são muito menos jurídicos e muito mais afetivos (parentesco sócio-afetivo).

Para que não seja afastada a possibilidade de guarda compartilhada ora em apreciação, não deve ser feita uma interpretação restritiva, taxativa do art. 1.583, § 1º, do Código Civil, e sim extensiva, permitindo-se, portanto a participação de terceiros nesta modalidade de guarda. Com esse fim, o dispositivo em questão deve ser lido ao lado do teor do art. 1.584, § 5º (antigo art. 1584, parágrafo único), segundo o qual, “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”.

Prosseguindo na análise da novel legislação, verifica-se que o art. 1.584 do Código foi profundamente alterado por ela. Primeiro, afirmando que a guarda compartilhada (ou unilateral também) pode ser decretada por requerimento consensual dos pais ou de qualquer deles (inciso I, “requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar”) ou ainda judicialmente (inciso 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”).

Não há que se olvidar que a tarefa de aplicação da guarda compartilhada torna-se muito mais fácil quando há consenso entre os pais a respeito deste instituto. Para tanto, eles devem estar, completamente, cientes das responsabilidades que irão cumular e, principalmente, dos benefícios que a medida trará aos filhos menores. Atento a tudo isso, o art. 1.584, § 1º, passa a estatuir que, “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”.

No trilhar da falta de consenso entre os pais a respeito de adotar tal instituto, diante da existência prévia de litígio entre os pais dos menores, não seria recomendável a fixação desta espécie de guarda, sob pena não só de frustração de medida, mas, sobretudo, de violação do melhor interesse dos filhos, motivo pelo qual parte da doutrina critica o teor do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, que assim dispõe, “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

No entender dessa corrente, tal dispositivo, ao estabelecer como regra geral a guarda compartilhada na hipótese de inexistência de acordo entre os pais (por determinação judicial, portanto), implicaria em um franco retrocesso, pois o art. 1.584, no seu caput, antes da alteração feita pela lei, determinava que, nesse caso, a guarda dos filhos será “atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”, o que resguardaria com mais eficiência o melhor interesse do menor.

De fato, a redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, é, sem dúvida alguma, a maior inovação trazida pela Lei nº. 11.698/2008. Em verdade, tal dispositivo pretendeu afastar a guarda unilateral (mesma aquela exercida por “quem revelar melhores condições”, como afirmava o artigo art. 1.584, parágrafo único) como regra geral, substituindo-a pela guarda compartilhada.

Essa mudança da regra geral de estipulação da guarda judicial deve ser intensamente comemorada, pois, como já visto ao longo deste trabalho, a guarda compartilhada, por diversos motivos, é aquela medida que mais coaduna com o princípio do melhor interesse do menor.

A existência de litígio entre os pais não prejudicará o sucesso da guarda compartilhada. Apenas e tão-somente no caso de insucesso da medição, algo que, na prática, se verifica pouco provável, é que se recorrerá à medida excepcional da guarda unilateral, desde que com os parâmetros definidos no art. 1.584, § 5º (será atribuída a quem revelar compatibilidade com a natureza da medida), tudo em proteção ao melhor interesse do menor.

É com esse raciocínio que deve ser lida a expressão “sempre possível” indicada no art. 1.584, § 2º, ou seja, em caso de inexistência de acordo entre os pais sobre a guarda do filho, valerá a regra geral da guarda compartilhada, sempre que a medição previamente feita conseguir semear terreno fértil para a consecução, conseguir que o conflito existente entre os genitores, se não for solucionado, pelo menos não interfira no cumprimento conjunto do poder familiar; em não acontecendo tal êxito, aí sim a guarda compartilhada não será possível, devendo ser aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, com os ditames estipulados pelo já citado § 5º do art. 1.584.

Nesse sentido, vale a pena noticiar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recentemente, já sob a égide da Lei nº. 11.698/2008, entendendo não haver harmonia suficiente entre os pais que permitisse o sucesso da guarda compartilhada, exarou a seguinte decisão,

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA – PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO – A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº. 11.698/2008, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre a sua convivência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, Agravo de Instrumento nº. 70025244955, 7ª C.Cív., Rel. André Luiz Planella Villarinho, J. 24.09.2008, Publicado em 01.10.2008)

Constata-se que, com a finalidade de reforçar o posicionamento ora exposto, o art. 1.584, § 3º, assevera que, p. “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”. Assim, na hipótese do art. 1.584, § 2º, antes da aplicação da guarda compartilhada, deve ser realizada, necessariamente, a medição interdisciplinar. A nosso ver, quando o dispositivo afirma que o juiz poderá, na verdade, está a criar um poder-dever para ele, ou seja, desde que imprescindível (caso do art. 1.584, § 2º), o Magistrado tem o dever de determinar a prática da medição interdisciplinar, tanto assim que é possível a sua atuação de ofício, sem qualquer tipo de violação ao princípio da inércia.

Em síntese, “é positiva a modificação patrocinada pela Lei nº. 11.698/2008 ao substituir a regra geral de guarda unilateral a quem revelar melhores condições para exercê-la (antigo art. 1.584, parágrafo único) pela guarda compartilhada (atual art. 1.584, § 2º), por ser essa medida a que mais atende ao princípio do melhor interesse do menor”. Na hipótese de não haver acordo entre os pais sobre tal medida, ela será aplicada “sempre que possível”, ou seja, sempre que for proveitosa a mediação interdisciplinar, a qual deverá ser determinada pelo magistrado. Entretanto, se não houver sucesso na mediação, será aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, obviamente a quem revelar compatibilidade com a natureza desta medida, nos termos do art. 1.584, § 5º, tudo em atenção ao melhor interesse do menor.

Embora, portanto, a lei em análise deva ser comemorada pela comunidade jurídica nacional; de outro lado, ela comete um grave erro ao determinar que o art. 1.584, § 4º, tenha a seguinte redação: “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 quando ao número de horas de convivência com o filho”. Ora, esse dispositivo fere de morte o princípio do melhor interesse do menor, pois se preocupa muito mais em punir uma conduta irregular dos pais do menor, ignorando que essa punição, na verdade, prejudicará sensivelmente o desenvolvimento do filho, que perderá tempo precioso de convívio com seus genitores.¹⁹

Concluindo, não obstante suas falhas, as quais devem ser apontadas para aprimoramento da sua aplicação, a Lei nº. 11.698/2008, por tudo quanto discutido neste trabalho, deve ser bem recebida pela comunidade jurídica nacional.

¹⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira – A Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698/2008, RDF nº 51, Dez-Jan/2009 - Doutrina

4.4 Análise da convivência ou não do exercício da guarda compartilhada

Um dos principais motivos para a grande aceitação da guarda compartilhada em todo o mundo se deve ao fato de permitir a continuação do relacionamento da criança ou do adolescente com seus genitores, após a separação ou divórcio.

Mas existem outros também relevantes: 1) ela não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o preterido; 2) possibilita o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e união estável, a saber, guarda, sustento e educação da prole²⁰; 3) diminui os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião pela ausência de cuidados em relação aos filhos; 4) com as responsabilidades divididas, as mães, que originalmente ficam com a guarda, têm seu nível de cobrança e responsabilidade em relação à educação dos filhos diminuídos, seguindo seus caminhos com menores níveis de culpa; 5) aumenta o respeito mútuo entre os genitores, apesar da separação ou divórcio, porque terão de conviver harmonicamente para tomar as decisões acerca da vida dos filhos; desta maneira a criança ou adolescente deixa de ser a tradicional moeda usada nos jogos que envolvem as decisões sobre o valor da pensão alimentícia e outras questões patrimoniais.

Com a guarda compartilhada, a posição do genitor frente à prole é totalmente modificada. De mero visitante volta a ser, efetivamente, pai. Fazendo o caminho inverso, isto é, analisando a separação do ponto de vista do genitor que não mais convive diariamente com sua prole, de uma hora para outra, ele “passa a ser considerado ‘visita’, o que no mínimo, no recôndito do seu ser, o fará sentir-se inabilitado para o exercício da função parental que até aquele momento exercia sem nenhum questionamento, que por direito lhe cabia e era deferida de forma integral”.²¹

Isto é especialmente relevante porque a Psicologia endossa o que se constata com a militância na advocacia familiarista acerca dos efeitos que a separação ou o divórcio causam ao homem o afastamento dos pais em relação aos filhos é um freqüente recurso que aqueles encontram para se preservar da separação ou divórcio. A afirmação, num primeiro momento, pode soar como um absurdo, porque existe um senso comum de que os pais que “abandonam”

²⁰ CF, art. 229 e NCCB, art. 1566, IV

²¹ SANTOS, Lia Justiniano dos. Guarda Compartilhada. In, p. Revista Brasileira de Família, n. 8, p. 158.

seus filhos não têm qualquer vínculo afetivo ou sentimento de bem querer em relação a eles. Mas não procede totalmente este modo de pensar.

Maria Antonieta Pisano Motta, Stuart e seus colaboradores,

tiveram resultados em suas pesquisas que contrariam essa visão dos fatos, ao constatar que os pais que não detinham a guarda sofriam muito mais de depressão e ansiedade e tinham maiores problemas de ajustamento do que aqueles pais que detinham a guarda ou que eram 'recasados'. Greif verificou que os homens freqüentemente expressavam grande tristeza e depressão a respeito da perda de seus filhos e sentiam que se afastar era a única maneira de conseguirem lidar com esses sentimentos.²²¹³

Entendemos ser, no mínimo, temerário taxá-los de egoístas ou irresponsáveis quando, de fato, estão buscando uma forma de sobrevivência. Devemos consignar que, de forma alguma aprova-se essa conduta como modelar. O que se busca é mostrar que o ser humano, por vezes, adota essa postura sem a intenção deliberada de punir a prole ou o outro cônjuge.

Ainda sob este prisma devemos ressaltar a importância da convivência da criança ou adolescente com o pai e mãe, essencial para o seu desenvolvimento como ser social.

O aspecto parental do casal é requerido para o exercício das funções paterno-maternas propostas para a resolução das demandas somáticas e emocionais com o objetivo de permitir que os filhos obtenham a maturação física e psíquica. É um vínculo assimétrico que propulsiona e sustenta o crescimento e desenvolvimento. Permite a metabolização emocional; é responsável pelos processos de humanização e individuação.²³

Além disso, favoravelmente à guarda compartilhada, lembre-se o fato de que a criança ou adolescente não ficam privados da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores. Essa convivência, prevista constitucionalmente no art. 227, é absolutamente saudável, especialmente quando se tratam de avós, tios e primos.

²² MOTTA, op. cit., p. 90.

²³ NAZARETH, Eliana Riberti – Com quem fico, com papai ou com mamãe? Direito de Família e Ciências Humanas. Cadernos de Estudos Brasileiros, n.1, p.80.

Os agrupamentos contrários ao exercício da guarda compartilhada também são sensíveis. São eles: apresentação de sinais de insegurança pela criança; a exploração, normalmente, da mulher quando a guarda compartilhada é usada como um meio para negociar valores menores de pensão alimentícia; necessidade de constante adaptação por parte dos pais e dos filhos; a necessidade dos genitores de terem um emprego com horário flexível para o atendimento da prole.

Contudo, o que mais nos preocupa é a adoção da guarda compartilhada por pais que vivem 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.

Nesses casos, as crianças ou adolescentes são usados como verdadeiros mísseis lançados para detonar, ainda mais, a auto-estima do outro genitor, que não é mais visto pelo ex-cônjuge como pai ou mãe de seu filho e, por tudo isto, pessoa digna de respeito. O outro genitor passa a ser inimigo de guerra, devendo ser derrotado custe o que custar, ainda que seja a infância inocente ou a saúde emocional de seu filho.

Antes, quando a guarda ficava com um dos cônjuges, os filhos sofriam duplo impacto, o da separação e o da não convivência. A nova situação causava grande dor e insegurança, o que preocupou a Justiça, acentuando a necessidade de se adotar outros meios de proteção e amparo.

A Guarda Compartilhada veio para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após a separação, visando reequilibrar as relações entre pais e filhos. A Guarda Compartilhada atribui aos genitores a guarda jurídica, isto é, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos aos filhos. Pressupõe-se uma ampla colaboração entre os pais, e as decisões são tomadas em conjunto. Quando os pais cooperam entre si, não expõem os filhos a seus conflitos, diminuindo, assim, a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais e ajuda a diminuir os sentimentos de perda e rejeição, tornando-os mais ajustados emocionalmente.

A Guarda Compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles.

Qualquer que seja o modelo de guarda tem-se fatores favoráveis e desfavoráveis. Todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas, pois o que funciona bem para uma família pode não funcionar bem para outra.

A maioria dos juristas reconhece que a guarda conjunta é uma situação nova e benéfica quando ambos os pais são cooperativo, e mesmo para aqueles que não mantêm bom diálogo com o outro cônjuge, mas são capazes de isolar os filhos da situação conflituosa. Muitas vezes essa situação nova tem sido adotada de forma errônea por casais amargos e que não sabem sublimar os conflitos em favor da felicidade do filho.

CONCLUSÃO

O crescente número de rupturas das relações conjugais culmina com o surgimento de conflitos relacionados à guarda dos filhos provenientes destas uniões. Embora atualmente aceitas com mais naturalidade pela sociedade, os desentendimentos em relação à guarda de filhos de pais que não mais convivem, independentemente de terem sido casados ou não, movimentam grande número de ações em nossos Tribunais. Na contramão desta realidade, são escassas as regras legais a respeito, cabendo à doutrina e à jurisprudência solucionar estes conflitos. Contudo, tais soluções devem seguir critérios que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os filhos a seus pais, tendo estes igualdades de condições, seguindo o disposto pela Constituição Federal de 88, em seu art 226 § 5º.

O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres dos pais para com os filhos, no que se refere à educação, saúde, alimentos e guarda. Os pais deverão criar e educar seus filhos, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo responsáveis pelos atos dos filhos menores que estiverem em sua companhia.

Enquanto casados ambos os pais detêm a guarda dos filhos e por eles são responsáveis, conjunta e igualitariamente. Com a ruptura conjugal, no caso da ainda guarda única, a responsabilidade é de quem detém a guarda.

Já não é mais uma verdade absoluta a questão cultural de que o filho deve ficar sempre com a mãe. Uma das grandes mudanças de paradigmas está na concepção de guarda dos filhos e convivência familiar. O comum era os filhos ficarem sob a guarda da mãe e os pais os visitassem. Esse pensamento teve que ser remodelado.

O contexto acima retratado mudou com a evolução, a compreensão de afeto e do verdadeiro sentido da maternidade e paternidade, associado ao aspecto econômico, que é a divisão sexual do trabalho. Hoje vemos pais verdadeiramente comprometidos e

compromissados com a criação dos filhos. Eles não têm mais aceitado o lugar de pai de fim-de-semana, porque a educação se faz no dia-dia. A separação é dos genitores, os filhos não têm que se separar dos pais. Se estes pensarem nos interesses dos filhos eles encontram a forma da convivência familiar mais saudável, que é exatamente compartilhar direitos, responsabilidades, obrigações, o dia-a-dia, enfim. Entretanto, isso nem sempre é possível porque em nome desse dito interesse das crianças está em jogo as questões de amor e ódio mal resolvidos entre os pais e até mesmo uma questão de poder.

Nesse sentido, na atualidade questiona-se o instinto maternal, sendo assumido pela mulher, a partir da segunda metade deste século, outras funções, possibilidades e inquietações, paralelamente ao descobrimento, por parte do homem, de seu instinto paternal, tornando-se mais responsável e envolvido no cotidiano dos filhos, sem perder sua masculinidade. O que se verifica, na modernidade, é uma tendência em se estabelecer a corresponsabilidade na parentalidade, uma parceria que visa reaproximar, após um contexto de ruptura, a situação que o antecedeu, visando proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, trazidos pela desunião. Mesmo sabendo que não são a causa desta situação, crianças e adolescentes vivenciam os efeitos da mesma.

Desta forma, cabe ao legislador estabelecer um equilíbrio entre os direitos e as obrigações de cada genitor, tendo sempre em vista o princípio do melhor interesse da criança. Com a ruptura da relação conjugal, vê-se alterada, diretamente, a vida dos filhos menores, haja vista a modificação da estrutura familiar, atingindo a organização de um de seus subsistemas, o parental. Daí emanava a questão de quem deverá assumir a guarda, p. o pai ou a mãe.

Não tivemos a pretensão de esgotar o tema, considerando-se a sua riqueza, delicadeza e, também a divergência de opiniões emanadas destas características. Todavia, buscamos ampliar os nossos horizontes de conhecimentos acerca do instituto da guarda compartilhada, hoje expresso no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 11.698/2008, como uma nova possibilidade de se preservar o direito da criança e do adolescente de conviver com ambos os genitores, diante dos rompimentos das relações afetivo-conjugais.

Por fim, ressaltamos que o ordenamento jurídico é uma constante em toda sociedade e deve ser submetido a interpretações que visem conferir sua aplicabilidade às relações sociais que o originaram, e estender o sentido às relação que forem surgindo para que corresponda às necessidades reais e atualizadas. O convívio íntimo de um menor com seu pai e sua mãe, de forma completa, gerarão aos filhos de pais separados, maioria do mundo atual, condições de

se tornarem adultos capazes como cidadãos, como mães e pais presentes e responsáveis, com consciência de seus deveres e direitos frente ao Estado, a Sociedade e a Família.

Sendo a guarda compartilhada, em nada modifica os deveres dos genitores com relação aos filhos, isto é, a responsabilidade continuará sendo solidária, uma vez que nada altera. E os filhos têm o direito de usufruir a presença deles, tão necessária ao seu equilíbrio e formação de valores.

Os deveres e obrigações dos pais ultrapassam a existência ou não do casamento, sendo os pais sujeitos ativos no exercício do poder familiar.

Não há motivos, para se temer o advento da Lei nº. 11.698/2008, muito antes pelo contrário, o reconhecimento expresso da guarda compartilhada no ordenamento jurídica nacional vem a ampliar os esforços para a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, haja vista os seus naturais benefícios.

Nesse sentido, o risco de insucesso do uso deste instituto no caso de não existir acordo entre os pais do menor a respeito dessa medida é apenas aparente, sendo absolutamente contornável pela prévia prática da mediação interdisciplinar, conforme permitido pelo recente art. 1.584, § 3º, do Código Civil.

Por consequência, é salutar que o art. 1.584, § 2º, estipule a guarda compartilhada como regra geral, inclusive quando não houver acordo entre os pais do menor acerca da mesma, sendo ela aplicável “sempre que possível”, ou seja, sempre que frutífera a mediação familiar anteriormente realizada.

Não havendo sucesso na mediação, hipótese pouco provável, como vem se constatando empiricamente, é que se deve recorrer à excepcional guarda unilateral.

Por ora, as preocupações dos operadores do direito não devem mais se voltar à disciplina legal da guarda compartilhada, mas sim à sua efetivação na prática, sendo imprescindível, para esse fim, o aprimoramento do instituto da mediação familiar, daí porque cresce a importância da aprovação do Projeto de Lei nº. 505/2007, apresentado ao Congresso Nacional pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que visa a implementá-lo, acrescentando um § 3º ao art. 1.571 do Código Civil, o qual determinará que “na separação e no divórcio deverá o juiz incentivar a prática de mediação familiar”.

Após a realização deste trabalho, conclui-se que a Guarda Compartilhada é uma forma de proteger os filhos em face da separação dos pais. Embora existam outros tipos de guarda, esta tem sido uma forma equilibrada de preservar os filhos e lhes garantir segurança emocional, social e psicológica.

Todo o tipo de guarda admite prós e contras, pois nada substitui a presença dos pais juntos, debaixo do mesmo teto, em clima de paz e felicidade. Mas não sendo possível, procura-se uma forma que fira menos a alma dos filhos.

Àqueles que refutavam a tese da Guarda Compartilhada argumentando ser enriquecedor a criança (ou jovem) conviver em dois lares, a resposta é dada pelas jurisprudências, e hoje pela sua consagração através da Lei nº 11.698 de 2008, como forma de aceitação em nossos tribunais.

Quando o casal se separa em tranqüilidade, sabendo que é o melhor a fazer diante da impossibilidade de estar juntos e lembrando que os filhos não têm culpa, a Guarda Compartilhada é a melhor opção. Só não recorrem a esse tipo de guarda, os cônjuges que querem, antes de tudo, ferir o outro, vingar ou se digladiar.

Desse modo, não há uma regra quanto à questão da guarda dos filhos. Ao aplicador do direito recai o dever de analisar cada caso separadamente, procurando sempre lhe dar um desfecho que seja favorável principalmente ao menor. E, para isso, é importante a realização de um trabalho de conscientização dos pais para que tenham como finalidade primordial o melhor interesse de seus filhos, e não o conflito de interesses a respeito da guarda.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira – A Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698/2008, RDF nº 51, Dez-Jan/2009 - Doutrina
- AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. A Guarda Compartilhada. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textocompleto.asp?>
- BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. Guarda e tutela na prática forense. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 2002.
- BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. Jus Navigandi, Teresina, out. 2003. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>.
- BRANDÃO. Débora. Guarda compartilhada: só depende de nós. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto436.doc>.
- BRUNO, Denise Duarte. Guarda Compartilhada. In: Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAHALI, Yussef Said, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. Código Civil Anotado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARDOSO, Ofélia Boisson. Psicologia das relações familiares. Rio de Janeiro: Conquista, 1981.
- CARVALHO, João Andrades – Tutela, Curatela, Guarda, Visita e Pátrio Poder. Rio de Janeiro, 1995.
- CURY, Augusto – Pais Brilhantes e Professores Fascinantes – Rio de Janeiro 2007
- DE SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac – Guarda Compartilhada – Rio de Janeiro, 2001
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.v.5.
- FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. Guarda no estatuto da criança e do adolescente: questões controvertidas. Curitiba: Juruá, 2002.

- FILÓ, José Luiz. (org). O novo Código Civil de 2002. Lei 10.406/2002. São Paulo: Fleming Editora, 2002.
- FIUZA, Ricardo (coord.). Novo código civil comentado:. Lei 10.406 de 10-01-2002. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Daniela de Mendonça Tapajós. Guarda Compartilhada. Disponível em http://www.emerj.rj.gov.br/bibliote/resenhas/2000/daniela_m.html.
- GONTIJO, Segismundo. Guarda de Filho. Belo Horizonte:. Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontinjo, 2002. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>.
- GRISARD FILHO, Waldyr. A Guarda Compartilhada no novo código Civil. disponível em <http://www.gotijo-famila.adv/escritorio/outros199.html>.
- _____. Guarda Compartilhada - Quem melhor para decidir a respeito?. São Paulo.
- _____. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Quem é melhor para decidir a respeito? Revista Jurídica, São Paulo, v.47, n.268:..28-31, fev. 2000.
- JURISÍNTESE. Doutrina, Poder Familiar. São Paulo, 2004, CD.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A Guarda Conjunta:. Famílias Monoparentais. Revista dos tribunais: São Paulo, 1997.
- LOBO, P. L. N. Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org). Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LOPES, Cláudia Baptista. Guarda Compartilhada valoriza papel do pai e da mãe. Disponível em www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=757791949.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004. vol 2
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada. Uma solução possível. Revista Literária do direito, São Paulo, ano 2, n.9, p. 19, 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANTOS NETO, José A. de P. Santos – Do Pátrio Poder. São Paulo, 1994.
- NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. Disponível em: <http://www.apasepr.com.br/guardacomp.asp>.
- PENNA. André José. Guarda compartilhada. Caratinga, FIC, 2004.
- _____. Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2004. vol 6.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha – Família e Dignidade Humana. ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família.
- PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>.
- RODRIGUES, S. Direito Civil: direito de família. vol. 6, 27º ed. São Paulo:. Saraiva, 2002.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac. Guarda compartilhada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SANTINI, José Raffaelli. Adoção e guarda. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, Evandro Lins e. A separação do casal e a consequência da guarda na vida dos filhos. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp>.

SILVA, Marcos Alves da. Do pátrio poder à autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Euclides. Estados Unidos incentiva a adoção da guarda compartilhada. Disponível em <http://pailegal.net/TextoCompleto.asp?Textold=10048699339&IsTextoTipo=Justica>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.v.6