

FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO

GILBERTO DIAS DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE PARENTAL: GUARDA
COMPARTILHADA**

**RUBIATABA-GO
2007**

FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER

CURSO DE DIREITO

GILBERTO DIAS DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE PARENTAL: GUARDA
COMPARTILHADA**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Sérgio Luiz Oliveira dos Santos.

RUBIATABA-GO

2007

GILBERTO DIAS DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE PARENTAL: GUARDA
COMPARTILHADA**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRADUADO PELA FACULDADE
DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador _____

Especialista em Direito Privado/ Sérgio Luiz Oliveira dos Santos

2º Examinador _____

Especialista em Direito Civil e Processo Civil/Samuel Balduino Pires da Silva

3º Examinador _____

Mestre em Sociologia/ Geruza Silva de Oliveira

Rubiataba, 16 de janeiro 2008.

DEDICATÓRIA

A Deus, ser maior e onipotente que em toda sua generosidade, nos dou o dom da sabedoria e perseverança para que se chegasse aqui e findasse mais um ciclo da minha existência com realização deste.

AGRADECIMENTOS

Àquele que nunca vemos ou ouvimos, mas podemos sentir ao nosso lado. Que nos dá forças nos momentos de fraqueza e desânimo; saúde e inteligência nos momentos de escolha e possibilidade de completarmos mais uma etapa de nossa existência. Aos familiares que de perto ou de longe estiveram nos acompanhando nesta caminhada acadêmica. Aos nossos amigos e colegas que souberam compreender nossos objetivos, acreditando em nosso potencial.

“Daqui a duzentos ou trezentos anos, ou mesmo mil anos – não se trata de exatidão – haverá uma vida nova. Nova e feliz. Não tomaremos parte nessa vida, é verdade... Mas é para ela que estamos vivendo hoje. É para ela que Trabalhamos e, se bem que soframos, nós a criamos. E nisso está o objetivo de nossa existência aqui”

(Tchekhov, *Três irmãs*)

RESUMO

O tema ora proposto foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica realizada em doutrinas e revistas. Porém, em que pese, o assunto abordado seja ainda pouco difundida no meio doutrinário do país, a internet, foi instrumento de grande valia para a reunião de informações que pudessem proporcionar o enfoque necessário a esse novo modelo de guarda. Procura-se abordar o tema de maneira sucinta, elucidando as consequências, os problemas, os benefícios da guarda compartilhada. O enfoque almejado foi o de levar ao conhecimento o novo instituto, não somente daqueles que possuem o saber jurídico, mas, principalmente daqueles que enfrentam a dura realidade de uma separação conjugal, e como consequência, vivenciam também o distanciamento dos filhos. É nessa problemática que a guarda compartilhada se apresenta, não como a única saída, mas sim, com a finalidade de se tornar uma opção a mais na solução de problemas dessa natureza. A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, Estabilidade Emocional, Desenvolvimento Físico e Moral.

ABSTRACT

The issue now proposed was developed from bibliographic research conducted in doctrines and revistas. Porém, which weighs, the subject is still somewhat widespread in the country's doctrinal, the internet, was instrument of great value for the meeting of information that they could provide the necessary focus to this new model of care. It seeks to address the issue so suCódigo Civilinctly, elucidando the consequences, problems, the benefits of shared custody. The focus was aimed to bring to the attention the new institute, not only those who have the legal knowledge, but mainly those who face the harsh reality of a conjugal separation, and as a result, also live remoteness of the children. And it is this issue that shared custody presents itself, not as the only way out, but, with the aim of becoming an option for more in the solution of problems of this nature. The guard shared aims to ensure the interests of the child in order to protect it, and enable their development and their emotional stability, making it suitable for training of their balanced personality. Search is diversifying the influences that act often in children, expanding its range of physical and moral development, the quality of its relations affective and its inclusion in the social group. Search - if, indeed, the complete and efficient socio-psychological training, environmental, affective, and spiritual education of the child whose custody is shared.

Words-key: Guard Shared, Stability Emotional, Physical and Moral Development.

LISTA DE SIGLAS

APASE – Associação de Pais Separados

CC – Código Civil

CP – Código Penal

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

RT – Revista dos Tribunais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O PODER FAMILIAR	13
1.1 Conceito.....	14
1.2 Natureza Jurídica.....	15
1.3 Conteúdo do Poder Familiar.....	16
1.3.1 O Exercício do Poder Familiar Quanto a Pessoa dos Filhos na Esfera do Dever legal e Moral.....	16
1.3.2 Na Esfera Legal e Patrimonial, no Exercício do Poder Familiar, Incumbe aos Pais.....	19
1.4 Suspensão do Poder Familiar.....	22
1.5 Extinção do Poder Familiar.....	23
2. GUARDA	25
2.1 Evolução Histórica do Instituto Guarda na Legislação Brasileira.....	25
2.2 Definição de Guarda.....	27
2.3. Importância do Instituto.....	28
2.4 Critérios de Determinação da Guarda.....	29
2.4.1 Interesse do Menor.....	30
2.4.2. Idade e Sexo.....	30
2.4.3. Irmãos Juntos ou Separados.....	31
2.4.4. A Opinião do Menor.....	31
2.4.5. Comportamento dos Pais.....	32
2.5 Modalidade de Guarda.....	32
2.5.1. Guarda Comum.....	32
2.5.2 Guarda Originária e Derivada.....	33
2.5.3 Guarda de Fato.....	33
2.5.4. Guarda Provisória e Definitiva. Guarda Única. Guarda Peculiar.....	33

2.5.5. Guarda por Terceiros, Instituições e para fins Previdenciários.....	34
2.5.6 Guarda Jurídica e Guarda Material.....	34
2.5.7 Guarda Alternada.....	35
2.5.8 Aninhamento ou Nidação.....	35
2.5.9 Guarda Jurídica e Material Compartilhada ou Conjunta.....	35
3. GUARDA COMPARTILHADA.....	37
3.1 A Ruptura dos Laços Familiares e o Surgimento do Problema.....	37
3.2. Guarda Compartilhada.....	38
3.2.1. Breve Histórico.....	38
3.2.2. Conceito.....	39
3.3 A Guarda Compartilhada no Direito Comparado.....	41
3.4 Posição do Direito Brasileiro quanto à Guarda Compartilhada.....	43
3.5 Projetos de Inserção da Guarda Compartilhada no novo Código Civil.....	46
3.6. Jurisprudência.....	49
4. A MODERNA VISÃO DA AUTORIDADE PARENTAL NOS FATOS DE PATRÍCIA PIMENTEL DE O. CHAMBERS RAMOS.....	55
4.1 A Realidade Como Ponto de Partida.....	56
4.2. Conceito de Autoridade Parental.....	59
4.3 O Princípio da Igualdade	62
4.4 A Importância da Guarda Compartilhada.....	65
4.5 A Ética no Exercício da Autoridade Parental.....	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

INTRODUÇÃO

Muitos autores escreveram sobre a guarda compartilhada, trabalhando o seu conteúdo de forma didática, objetivando alcançar a melhor compreensão do seu sentido jurídico. Por outro lado, esses mesmos autores contemplaram o lado afetivo, no sentido de focalizar a parte emocional tão inerente à questão da guarda.

Nos casos concertos são infinitivos as situações de dissolução do casamento, e para os casais que tem filhos, a questão da guarda sempre gerou discussões.

No discorrer do trabalho nota-se a como a sociedade se transformou em conceitos familiares, Mostra-se a como a questão cultural, como fonte histórica, é primordial à família e à guarda, demonstrando-se essa transformação com doutrinas e leis.

A guarda compartilhada é um instituto novo no Direito brasileiro. Tudo que é novo assusta e esbarra em resistências. É mais cômodo ficar paralisado em velhas fórmulas do que se arriscar em algo novo. “Afasto o que não conheço / e quem vem de outro sonho feliz de cidade / aprende depressa a chamar-te de realidade”. Estes versos de Caetano Veloso, de sua música “Sampa”, ajuda-nos a fazer a melhor tradução da dificuldade que todos nós temos ao depararmos com o novo, pois significa romper com as velhas e cômodas formulas estabelecidas. Em outras palavras, a guarda compartilhada significa romper paradigmas e instalar uma nova concepção para a criação e educação de filhos e pais separados.

Considerando como um ramo do direito civil, o direito familiar está ligado a todos os cidadãos, sendo visto como a exteriorização de seus anseios frente à sociedade, no qual as suas normas podem ser consideradas como um recorte da vida privada.

Assim, o instituto da guarda compartilhada vem à baila para socorrer as deficiências que os outros modelos de guarda principalmente o da guarda dividida – onde há o tradicional sistema de visitas – possuem. Tais modelos ao privilegiar sobremaneira a mãe, na maioria dos casos, levam a profundos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social, no seu desenvolvimento. Estes revezes atingem também o pai, cuja falta de convivência mais íntima

leva fatalmente a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o do desejo de perpetuação de seus valores e culturas.

O recurso metodológico a ser utilizado é a pesquisa bibliográfica, que permite fazer um estudo recapitulativo a analítico do tema em pauta, além de revistas, jornais, internet e projetos de lei em andamento no Congresso Nacional, para alcançar tais objetivos, realizarei uma pesquisa histórico-descritiva, visando dar uma resposta ao problema formulado.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos, para melhor entendê-los.

No primeiro capítulo fala-se do poder familiar na guarda compartilhada do poder dos pais sobre os filhos decorre da própria natureza humana, seu conceito e natureza jurídica.

No segundo capítulo aborda-se o tema de Guarda, a evolução histórica do instituto guarda na legislação brasileira, definição de guarda, Critérios de Determinação da Guarda, modalidades de guarda e muito mais.

No terceiro capítulo veremos sobre guarda compartilhada, a ruptura dos laços familiares e o surgimento do problema, e um breve histórico sobre guarda compartilhada.

Finalizando com o quarto capítulo sobre a moderna visão da autoridade parental nos fatos de Patrícia Pimentel de o. Chambers Ramos.

1. O PODER FAMILIAR

O Poder Familiar, denominação adotada pelo Código Civil 2002, em substituição à expressão pátrio poder, tem origem tão remota que transcende as fronteiras das culturas mais conhecidas, visto que a autoridade dos pais sobre os filhos decorre da própria natureza humana, pois o homem é uma das raras espécies do reino animal que nasce com a mínima ou nenhuma condição de sobrevivência, necessitando de cuidados especiais nos primeiros anos de vida.

Dessa forma, o poder familiar, como é denominado no Código vigente, trata-se um direito natural, isto é, fundado na própria natureza humana. A doutrina e os juristas, de um modo geral, coloca o direito romano como ponto de partida para seu estudo evolutivo, uma vez que é na civilização romana que se encontra forte regulamentação da matéria.

Conforme ensina Magalhães (2002) “o poder familiar que hoje conhecemos, nem de longe se assemelha à criação romana *pátria potestas*, que também não era original”.¹

Há resquícios nítidos do instituto na Lei Mosaica, principalmente no Decálogo que mandava ao filho homem pai e mãe. Na Lei mosaica, os pais não tinham o poder de morte sobre o filho, como ocorria no direito romano, essa decisão cabia ao Conselho de Anciãos, sendo uma espécie de julgamento a que se submetia o filho que atentasse contra o pai ou mãe, ou que lhe faltasse com dever de obediência comportando-se de forma indócil e rebelde.

No direito Romano, apesar dos resquícios, o instituto da *pátria potestas* foi diferentemente estruturado sofrendo profundas modificações daquilo que era conhecido pelo povo hebreu, a começar, uma vez que não se reconhecia a mãe qualquer poder sobre os filhos, mesmo porque ela mesma se subordinava à autoridade do *pater familias* (MAGALHÃES, 2002, p. 204).

Pode-se resumir a *pátria potestas*² romano como o poder incontestável do chefe de família sobre todos os membros da família.

¹ Rui Ribeiro Magalhães. **Direito de Família no novo Código Civil Brasileiro**. 2002, p. 903 e 204.

² <http://www.apase.org.br/81014-umefetivo.htm>

O pátrio poder, na forma como foi instituído em Roma, tem um fundamento político e religioso que lhe explica os aparentes exageros. O *pater* não é só sacerdote do culto familiar, como o chefe de um pequeno agrupamento humano, a família, que constitui a célula em que se baseava toda a organização política do Estado. Através da sua autoridade se estabelecia a disciplina e assim se consolidava a vida dentro do lar e da sociedade.

Com o passar do tempo essa concepção rigorosa de pátrio poder se abrandava. A época de Justino já não se demitia o *jus vitae et necis*³, nem o *jus exponendi* que só aos pobres se conferia a prerrogativa de vender os filhos.

Na Idade Média ocorreu um conflito entre a orientação romana, que prevalecia nos países de direito escrito e manifestada na forma da legislação justinianéia, e a orientação germânica vigente nos países de direito costumeiro, inspirada mais no interesse do filho do que do pai. (PEREIRA, 1910)⁴.

O Código Civil de 1916 acompanhou a linha do direito lusitano, passando por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos, que consagraram as idéias de igualdade entre os cônjuges, entre filhos, bem como entre estes e os pais. O quadro legislativo logo absorveu as mudanças, vinda à baila, confiando a ambos os pais a regência dos filhos menores e no interesse desses – o Estatuto da Mulher Casada, a lei do Divórcio, A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, o Código Civil de 2002, atribuindo a ambos os pais, em unidade substancial, a guarda da criação e da educação dos filhos (artigos 1631 e 1634).

1.1 Conceito

Com o declínio e a morte do pátrio poder romano surge nas legislações modernas vigentes o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo. 21).

³ Direito de vida e morte. Disponível no site: jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/23808

⁴ Lafayett Rodrigues Pereira. **Direito de Família**. 1910, p. 234.

Rocha (1984, p. 153)⁵, tratou das relações entre pais e filhos sob a denominação de poder paternal. J.V. (1978, p. 153)⁶ apresenta as expressões que pretendem substituir tradicionalmente utilizada: autoridade parental.

Já Leite (1997) prefere:

*O termo autoridade parental ao tempo pátrio poder, de conotação romana que privilegia a potestas masculina, inadmissível no atual estágio de evolução do Direito brasileiro. Na realidade, hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só pátrio na ótica do constituinte de 1988, mas sim parental, isto é, dos pais, do marido e da mulher, igualados em direitos e deveres, pelo artigo. 226, parágrafo 5º, da nova Constituição.*⁷

Bittar (1991, p. 25) elegeu a expressão poder parental para denominar o instituto, entendendo ser mais consentânea com o seu sentido atual, em que se integram ambos os genitores, no mesmo usado pelo Código Civil português.⁸

Diante dessas discordâncias, Fachin (1996), sugere uma expressão conciliadora e não discriminatória “poder e dever parentais” pois na sociedade familiar, com a estrutura e a composição atuais (família nuclear, de base igualitária), acentua-se, dentre outros princípios, o da correspectividade de direitos e deveres entre pais e filhos.⁹

1.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do poder familiar, de acordo com Santos Neto (1994), apresenta enfoque diverso, dependendo da ótica pela qual é visto.

⁵ Manuel Antonio Coelho da Rocha. **Instituição de Direito Civil**. 1984, p. 153.

⁶ J.V. Castelo Branco. **O Pátrio Poder**. 1978, p. 153.

⁷ Eduardo Oliveira Leite. **Famílias Monoparentais**. 1997, p. 92.

⁸ Carlo Alberto Bittar. **Direito de Família**. 1991, p. 25.

⁹ Luiz Edson Fachin. **Da Paternidade**. 1996, p. 593.

Se em relação ao Estado ou a terceiro, o poder familiar é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração, guarda), um officium, supervisionado pelo Estado a fim de que no seu exercício, sejam evitados os abusos. Em relação aos pais em face de terceiros, trata-se de um verdadeiro direito subjetivo, um atributo pessoal, uma faculdade de agir legitimidade pelo texto legal.¹⁰

Outras teses procuram explicar a natureza jurídica do poder familiar, ora como função, reflexos dos deveres dos pais de educar, manter e proteger os filhos, em todos os seus interesses enquanto incapazes, ora como um direito natural. Há, portanto, um desencontro das diversas posições que procuram evidenciar as características do poder familiar. Contudo, hoje, prevalece a idéia segundo a qual, no poder familiar o que importa é a proteção do filho menor, seu beneficiário essencial.

1.3 Conteúdo do Poder Familiar

O poder familiar, conforme explica Rodrigues (1987) “engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados”.¹¹

1.3.1 O Exercício do Poder Familiar Quanto a Pessoa dos Filhos na Esfera do Dever legal e Moral

1. Dirigir-lhes a criação e educação (Constituição Federal, artigo. 229; Lei nº 8.069/90, artigos. 4º, 19, 53 e 55), provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes ainda dirigir espiritualmente e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa.

¹⁰ Jose Antonio de Paula Santos Neto. **Do Pátrio Poder**.1994, p. 40.

¹¹ Silvio Rodrigues. **Direito Civil**. 1987, p. 157.

Cumpra-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade (ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos, 1º, 3º, 4º e 15). A norma jurídica prescreve que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, mas nada dispõe sobre o modo como devem criá-los e muito menos como devem executar aos encargos parentais. Isto é assim porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros, e pela convivência das decisões tomadas.

Podem, ainda, usar, moderadamente, seu direito de correção, como sanção do dever educacional, pois o poder familiar não poderia ser exercido, efetivamente, se os pais não pudessem castigar seus filhos para corrigi-los. Todavia, é preciso esclarecer que embora os pais estejam legitimados a castigá-los, no exercício de seu poder disciplinar não estão autorizados os castigos imoderados; assim os genitores que abusaram dos meios corretivos poderão ser destituídos do poder familiar, além de incorrerem em responsabilidade criminal (Código Civil, artigo. 1.638, I; Código Penal, artigo. 136).

Se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar (CÓDIGO CIVIL, artigo. 1.638, II) e sofrerão sanções previstas no Código Penal (artigos. 244 e 246) para o crime de abandono material e intelectual dos menores.

Tê-los em sua companhia e guarda, pois esse direito de guarda é, concomitantemente, um poder-dever dos titulares do poder familiar. Dever porque os pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

Se confiarem a guarda de seus filhos a pessoa que sabem que os prejudicará material ou normalmente cometerão o direito previsto do Código Penal, artigo. 245. Como os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor. Além do mais, como os pais têm direito de ter a prole em sua companhia, com eles vivendo, fixam o domicílio dos filhos menores.

Se os pais estiverem separados de fato, os direitos de ter os filhos em sua companhia e guarda da mãe, há ofensa ao poder familiar, porque o direito de guarda é da natureza, e não da essência, do poder familiar, podendo até ser confiado a outrem (Revista dos Tribunais. 78:162).

3. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, pois se não o derem o magistrado poderá supri-lo (Código Civil, artigos. 1.517, 1.519 e 1.550, II; Lei nº 8.069/90, artigo. 148, parágrafo único, c).

4. Nomear-lhes tutor; por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver; ou o sobrevivente não puder exercitar o poder familiar; pois ninguém melhor do que o genitor para escolher a pessoa a quem confiar a tutela dos filhos menores. Trata-se da tutela testamentária cabível, ante o fato de que a um consorte não lícito privar o outro do poder familiar, apenas quando o outro cônjuge já tiver falecido ou for incapaz de exercer o poder paternal ou maternal, sob pena de nulidade (RT - Revista dos Tribunais, 153:136).

5. Representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partir, suprindo-lhes o consentimento (Código Civil, artigos. 1.690, 3º e 4º; Código de Processo Civil., artigo. 8º; Consolidação das Leis do Trabalho, artigos. 792 e 439; Lei nº 8.069/90, artigo. 142).

6. Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, por meio da ação de busca e apreensão. O magistrado, ao receber o pedido de busca e apreensão, se convencido da ilegalidade da detenção do menor feita pelo réu que, por exemplo, o raptou ou o subtraiu em desobediência à decisão judicial, ordenará a expedição de mandado liminar, sem audiência do referido réu. Monteiro ensina-nos que não poderá exercer o direito de reclamar o filho o pai ou mãe que descuida inteiramente dele ou que o mantém em local prejudicial a sua saúde.

7. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, sem prejuízo de sua formação. Os menores deverão não só respeitar e obedecer aos seus pais, mas também lhes prestar serviços compatíveis com sua situação, participando da manutenção da família, preparando-se para os embates da vida. A fim de proteger o menor, a Consolidação das Leis do Trabalho proíbe que trabalhe fora do lar até os 12 anos (artigo. 403) e à noite até os 18 anos (artigo. 404). E a Lei nº 8.069/90, por sua vez, no artigo. 60, Veda

qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, repetindo o artigo. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988. O menor entre 2 e 14 anos, para que possa trabalhar, precisará cursar escola, sendo-lhe assegurada a bolsa de aprendizagem (Lei nº8.069/90, artigo. 64). E será proibido ao menor aprendiz não só o trabalho noturno, realizado perigoso, insalubre ou penoso e o realizado em local que lhe seja prejudicial ou que não lhe permitia freqüência à escola (Lei nº 8.069/90, artigo. 67).entre as vinte e duas horas de um dia e às cinco horas do dia seguinte.

1.3.2 Na esfera legal e patrimonial, no exercício do poder familiar, incumbe aos pais:

Administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados (Código Civil, artigo. 1.689, II: Revista dos Tribunais, 456:76), ou seja, a prática de atos idôneos à conservação e incremento desse patrimônio, podendo celebrar contratos, como o de locação de imóveis (Revista dos Tribunais 182:161), pagar impostos, defender judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens, aliená-los, se móveis. Contudo não poderá dispor dos imóveis pertencentes ao menor, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, pelo fato de que esses atos importam em diminuição patrimonial.

Se provar a necessidade, a vantagem econômica ou a evidente utilidade da prole, poderá o pai vender, hipotecar, gravar de ônus real os seus imóveis, desde que haja prévia autorização do juiz competente (Código Civil, artigo. 1.691; artigo. 145:1 08, 168:732, 506:122), sem necessidade de hasta pública, embora o magistrado possa ordená-la, se suspeitar simulação concernente ao preço (Revista dos Tribunais. 165:317). Os pais não responderão pela administração dos bens do filho, a não ser que ajam com culpa, não estando, ainda, em regra, obrigados a prestar caução, nem a lhe render contas, mas só poderão reter quantias de dinheiro pertencentes ao filho se houveram garantindo sua gestão com hipoteca legal (Revista dos Tribunais. 147:257). Se fizerem depósitos bancários em nome dos filhos menores podem movimentá-los e até liquidá-los, independentemente de autorização (AJ, 118:194) A renda em caderneta de poupança pertencente a menor pode ser levantada para atender a gastos com instrução, alimentação e de outra natureza (Revista dos Tribunais; 527:81).

A administração dos bens pertencentes aos filhos do devedor não é atingida pela falência (Decreto. - Lei nº 7.661/45, artigo. 42). Excluam-se da administração paterna e materna ações de companhia de seguros e bancos, pertencentes a menores sujeitos ao poder familiar de pessoa estrangeira, pois pelo Decreto-lei nº 23, de 24/03/1965. e pelo Decreto-lei nº 3.182/41, artigo. 3º, § 2º, essas ações só poderiam ser administradas por brasileiros (DINIZ, 1995, p. 480-483).¹²

Pela administração os genitores que exercem o poder familiar não tem qualquer direito à remuneração.

Sempre que, no exercício do poder familiar, colidirem os interesses dos pais com os filhos, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial (Código Civil. artigo. 1.692; Lei nº 8.069/90, artigos. 142, parágrafo único, e 148 parágrafo único, *f*), para que fiscalize a solução do conflito de interesses de pais e filho: zelando pelo menor (RT 106:126), recebendo em seu nome doação que os pais irão fazer-lhe; concordando com a venda que os genitores efetuarão a outro descendente; intervindo na permuta entre o filho menor e os pais; levantando a inalienabilidade que pesa sobre bem de família.

Havendo infração das normas acima mencionadas poderá opor nulidade dos atos dela resultantes (a) o filho, após sua maioridade ou emancipação; (b) os herdeiros e o representante legal do filho, se durante a menoridade cessar o poder familiar (Código Civil, artigo. 1.691, parágrafo único), ou seja, havendo falecimento do menor ou sucessão do pai da mãe na sua representação.

2. O usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob o seu poder (Código Civil, artigo. 1.689, I). Usufruto é inerente ao exercício do poder familiar, cessando com a inibição do poder paternal ou materno constitui razão de imposição legal, dependendo de registros e recair sobre imóvel (Código Civil, artigo. 1.391), sendo um direito irrenunciável. Os pais usufrutuários dos bens dos filhos menores não são obrigados à caução (Código Civil, artigo. 1.400), uma vez que os filhos muito dificilmente a exigirão.

¹² Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1995, p. 480-483.

Os pais podem reter as rendas dos bens dos filhos menor sem prestar contas, podendo consumi-las, legitimamente, uma vez que a lei autoriza-os a fazê-lo como compensação dos encargos decorrentes com a criação e educação do filho, embora possam, eventualmente, ser compelidos a prestar conta dos rendimentos dos bens sujeitos ao seu usufruto. Os pais não estão, obviamente, obrigados a consumir tais rendas; poderão conservá-las acumuladas ou reinvesti-las em proveito do filho. O usufruto legal recai sobre todos os bens do filho menor, exceto (a) nos bens deixados ao filho, para fim certo e determinado (Código Civil, artigo. 1.897), P.ex., para educação do menor; assim, se houver desvio da renda, impossível atingir o objetivo almejado pelo testador.

Segundo Rodrigues (1987)

*O direito de usufruto em regra, está associado ao de administração, pois o genitor que detém o poder familiar percebe os frutos do patrimônio administrado, embora seja possível existir um sem o outro. Pode haver administração sem usufruto, e usufruto sem administração, hipótese em que aos pais assiste tão-somente uma prestação de entrega dos frutos contra o administrador. E, finalmente, há bens excluídos tanto do usufruto como da administração paternal ou maternal, cabendo sua gerência a um curador especial nomeado pelo juiz.*¹³

É o que ocorre (Código Civil, artigo. 1.693, I a IV) como (a) os bens adquiridos pelo filho havido fora do matrimônio, antes do reconhecimento, para evitar que o pai ou a mãe o reconheça com o único propósito de se beneficiar com a administração e usufruto de seus bens (RT, 455:159); (b) os valores auferidos pelo filho maior de 16 anos, no exercício de atividade profissional e os bens adquiridos com tais recursos (c) os deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos ou administrados pelos pais, como é o caso de pais separados que testam bens aos filhos, com cláusula de que não serão administrados pelo genitor sobrevivente (Código Civil, artigo. 1.848; Revista dos Tribunais, 160:214; 152:637); e (d) os bens que o filho couber na herança (artigo. 1.599) quando os pais forem excluídos da sucessão (artigos. 1.814, 1.816, parágrafo único, 1.961, 1.962 e 1963), pois se o indigno, ou o deserdado, pudesse administrar ou usufruir os bens havidos por seu filho, em sucessão de que foi excluído, a pena a ele imposta não teria sentido, perderia sua eficácia parcialmente.

¹³ Silvio Rodrigues. **Direito Civil**. 1987, p.368.

1.4 Suspensão do Poder Familiar

O poder familiar deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar. Sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação. Na suspensão, o exercício do poder familiar privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de artigo e deles, referindo-se a um dos filhos ou alguns, P.ex., poderá o juiz privar o pai da administração do patrimônio do filho, se lhe está arruinando os bens, restaurando-se a expiração do prazo. Deveras, desaparecendo a causa que deu origem à suspensão, o pai poderá retornar ao exercício do poder familiar.

Nesse sentido, Rodrigues (1987, p. 112) afirma “é, pois, uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a Lei”.¹⁴

As causas determinadas da suspensão do poder familiar estão arroladas, genericamente, no Código Civil, artigo. 1.637 (abuso do poder por pai ou mãe; falta aos deveres paternos – se deixa o filho em estado habitual de vadiagem, libertinagem, criminalidade; se o privam de elementos, pondo em perigo sua saúde ou se o maltratam; a dilapidação dos bens do filho), para que o juiz, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, possa adotar medida que lhe pareça mais conveniente à segurança do menor e seus haveres, suspendendo, até quando convenha, o poder familiar.

Também a Lei nº 8.069/90, artigos. 24 e 129, X, diz que a autoridade judiciária poderá decretar a suspensão do poder familiar do pai ou mãe que der causa a situação irregular do menor. Suspende-se, igualmente, o exercício do poder familiar, se o pai ou a mãe sofrer condenação por sentença irrecorrível, por ter cometido crime cuja pena exceda de 2 anos de prisão (Código Civil, artigo. 1.637, parágrafo único).

¹⁴ *Ibid.* p. 112.

O Código de Processo Civil, em seu artigo. 888, V, inclui entre as medidas cautelares o depósito, por determinação ou autorização judicial, de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, por eles induzidos á prática de atos contrários à lei ou à moral.

Como medida cautelar, demonstrada a gravidade do fato (P.ex., maus-tratos, opressão ou abuso sexual), poderá ser, liminar ou incondicionalmente, decretada pelo juiz, ouvido o Ministério Público, até o julgamento definitivo, a suspensão provisória do poder familiar, da função de tutor ou da de guardador, ficando o menor confiado à autoridade administrativa competente ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade, até a decisão final, afastando, assim, o agressor da moradia comum (Lei nº 8.069/90, artigos. 139 e 157).

O Código Penal (artigo. 92, II e parágrafo único) inclui entre os efeitos da condenação a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício do poder familiar. “Percebe-se, por esses dispositivos legais, que ficará suspenso do poder familiar o genitor que, por maus exemplos, crueldade, exploração ou perversidade, comprometer a saúde, a segurança e a moralidade do filho” (MONTEIRO, 1995, p. 285).¹⁵

O juiz, para evitar prosseguimento de uma situação deplorável, poderá ordenar como medida provisória, a remoção do menor da guarda dos pais, até decisão final. Se a pena de suspensão for imposta ao pai, a mãe assumirá o exercício do poder familiar; se já tiver falecido ou for incapaz, o magistrado nomeará um tutor ou menor. A suspensão do poder familiar acarreta ao pai perda de alguns direitos em relação ao filho, mas não o exonera ao dever de alimentá-lo (RODRIGUES, 1987, p. 172).¹⁶

1.5 Extinção do Poder Familiar

A extinção do poder familiar opera-se *ipso iure*,¹⁷ a (sentença) ferida de morte por alguma impossibilidade quando (Código Civil, artigo. 1.635) houver:

¹⁵ Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 1995, p. 285.

¹⁶ Silvio Rodrigues. **Direito Civil**. 1987, p. 172.

¹⁷http://br.answers.yahoo.com/question/index;_ylt=A0geumgqOZdHqnQBEELz6Qt.;_ylu=X3MTExbTV0dDR1BHNIYwNzcRwb3MDMQRjb2xvA2FjMgR2dGlwRsA1dTMQ--?qid=200610140859AA2Frgv

- Morte dos pais ou do filho, pois a morte de um deles não extingue o poder familiar, visto que outro o exercerá sozinho; cessando apenas quando ambos os genitores falecerem, colocando-se os filhos menores não emancipados sob tutela. Se houver morte do filho, elimina-se a relação jurídica, por não haver mais razão de ser do poder familiar.
- Emancipação do filho, ou seja, aquisição da capacidade civil antes da idade legal nos casos do Código Civil, artigo. 5º parágrafo único, equiparando-se a pessoa maior, deixa, então, de submeter-se ao poder familiar.
- Maioridade do filho, conferindo-lhe a plenitude dos direitos civis, fazendo cessar a dependência paterna, uma vez que há presunção legal de que o indivíduo, atingindo 18 anos, não mais necessita de proteção.
- Adoção, que extingue o poder familiar do pai ou mãe carnal, transferindo-o ao adotante; se falecer o pai adotivo, não se restaura o poder familiar do pai ou mãe natural, nomeando-se tutor ao menor (RT, 141: 621; AJ, 70: 185; em contrário, RT, 529: 219) (RODRIGUES, 1987, p. 375).¹⁸
- Decisão judicial decretando a perda familiar pela ocorrência das hipóteses arroladas no artigo. 1.638 do Código Civil.

¹⁸ Silvio Rodrigues. **Direito Civil**. 1987, p. 375.

2. GUARDA

2.1 Evolução Histórica do Instituto Guarda na Legislação Brasileira

No direito brasileiro, o tema da guarda é abordado pelos estudiosos sob duas hipóteses distintas e sujeitas, cada qual ligada a um ordenamento jurídico específico. A primeira veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A primeira regra do direito brasileiro sobre o destino de filhos cujos pais não convivem veio com o Decreto nº 181, de 1890, artigo. 90, que estabelece a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação dele, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

O Código Civil, de 1916, cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, distinguiu a dissolução judicial e amigável, e determinava em seu artigo 325, observar na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” e na última, na previsão do artigo 326, distintamente conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos. De acordo com Grisard Filho (2006), era assim o esquema:

Havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; sendo ambos culpados, com a mãe ficariam os filhos enquanto menores e os filhos até seis anos de idades, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai; os filhos maiores de seis anos eram entregues à guarda do pai; havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso, e a bem dos filhos regulava de maneira diferente o exercício da guarda.¹⁹

O Decreto-Lei 3.200/1941, pelo artigo 16 disciplinou a guarda do filho natural, determinando que este ficasse com progenitor reconheceste, se o fossem ambos, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor.

¹⁹ Valdire Grissard Filho. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2006, p. 56.

A Lei nº 4.121/1962 promoveu alterações no desquite litigioso, mas conservou as disposições do desquite amigável relativamente à guarda de filhos.

O Decreto-Lei nº 9.701/1946, dispondo sobre a guarda de filhos no desquite judicial, quando não entregues aos pais, mas a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, assegurava ao outro o direito de visitas aos filhos. A Lei 5.528/1970, modificou o artigo 16 do Decreto-Lei nº 3.200/1941 e lhe acrescentou parágrafos determinando que o filho natural, quando reconhecido por ambos os genitores ficasse sob o poder da mãe, salvo se tal solução trouxesse prejuízo ao menor.

Esse quadro permaneceu até o advento da Lei nº 6.515/1977, que ao instrutor o divórcio no Brasil e regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, combinando o princípio do desfazimento por culpa, pelo artigo 5º, *caput*, com hipóteses de dissolução sem culpa previstas no artigo 5º, § 1º e 2º, revogou as disposições atinentes ao Código Civil vigente. Entretanto, conservou, em suas linhas gerais, o sistema vigente.

Na Separação não consensual em que fossem por ela responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores, independentemente de sexo e idade, ficariam com a mãe (artigo. 10, § 1º).

O § 2º do artigo 10 reservava ao juiz deferir a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, quando verificasse que os filhos não deviam permanecer em poder da mãe nem do pai. A lei especial conferiu, assim ao juiz, como dispõe seu artigo 13, função de grande responsabilidade: a de afastar as regras ordinárias sobre guarda, podendo regular de maneira diversa, o bem do menor e sempre que houver motivo grave.

A Constituição Federal de 1988, por seu artigo 227m assegurou à criança, como dever primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

No Código Civil 2002, as regras não se alteram, conforme se pode depreender dos artigos 1583 a 1590, conservando-se o espírito do sistema até então vigente com vistas à preservação do maior interesse do menor, obedecendo ao Princípio 2º da Declaração

Universal dos Direitos da Criança. Entretanto, acaba com o anacrônico regime de perda de guarda do filho pela culpa do cônjuge na separação.

No direito pátrio, a guarda de filhos menores advém de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas, que aproveitam, entretanto, o mesmo conceito: em decorrência da separação ou do divórcio dos pais e da que cuida do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme foi visto, a guarda embutida no pátrio poder, é normalmente exercida pelos pais, seja na constância ou não do casamento ou de outra forma de união entre um homem e uma mulher, sobre pessoa dos filhos enquanto menores.

2.2 Definição de Guarda

A guarda dos filhos no Direito brasileiro, tem previsão legal na Lei nº 6.515/77, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme foi visto anteriormente.

Silva (1995, p. 365) define assim o termo guarda. Derivado do antigo alemão *wartigoem garde* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warde* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w pelo g, é empregado, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.

E, com os sentidos assinalados, é empregado na composição de várias locuções em uso na linguagem jurídica.

Mais adianta, o autor define a expressão guarda de filhos “guarda de filhos é locução indicativa seja de direito ou de dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil” (SILVA, 1995, p. 365).¹⁹

¹⁹ Palácio Silva. **Vocabulário Jurídico**.1995, p. 365.

Por sua vez Borda (1993, p. 148) compreende no estudo da guarda “a vigilância, o direito de reter consigo os filhos menores, correlatamente à obrigação de estes viverem na casa de seus pais e a responsabilidade por danos causados”.

Reconhecendo a difícil tarefa de conceituar a guarda, dada a multiplicidade de fatores que tal instituto enseja, Strenger (1998, p. 31) afirma “a guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los na recesso do lar”.

Grisard Filho (2006, p. 55) comentando sobre o conceito de guarda explica que a guarda não se define por si só, mas através dos elementos que a asseguram. “Conectada ao poder familiar pelos artigos 1.634, II do Código Civil e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente com forte assento da idéia de posse, como consta no artigo 33, § 1º, dessa lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do Código Civil.

2.3. Importância do Instituto

Até a metade do século XX, a jurisprudência proclamava o caráter quase que absoluto do “direito de guarda” sobre os filhos, nos moldes do pátrio poder de feição romana, sem nenhuma consideração ao interesse do menor.

O direito regulador das condutas humanas apresenta um suporte físico que resulta imprescindivelmente tomar em consideração o tempo de seu tratamento normativo, daí o poder familiar, nele incondicionado o “direito de guarda”, passou a experimentar uma revisão do conceito e nova orientação foi se consolidando, visando à melhor formação do menor, perdendo sua característica de intangibilidade – agora sob o controle do Estado – subordinado à ordem social.

Na verdade, toda a legislação aqui alencada; Lei de Divórcio, Decreto-Lei nº 3.200/1941 e o antigo Código Civil priorizam a guarda à figura materna, negando a igualdade constitucional que a guarda compartilhada, tema central deste estudo, almeja assegurar a ambos os pais na conduta dos filhos.

Sua importância decorre da multiplicidade de problemas que envolvem esse ramo do direito, que deve ser constantemente aprimorado, caminhando no sentido da proteção dos filhos, para tornar efetivo seu direito fundamental à convivência familiar e.

Comunitária e assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.

2.4 Critérios de Determinação da Guarda

As questões relativas à guarda de filhos menores só são evocadas quando há desunião física e espiritual da família. Os direitos e deveres que se estabelecem nas relações parentais são exercidos conjuntamente pelo pai e pela mãe em igualdade de condições, conforme já foi observado. De acordo com Grisard Filho (2006, p. 388) “ele não se altera com o advento da separação ou divórcio dos genitores, para os quais não há ruptura ou limitações de direitos ou de deveres”²⁰. Nesse sentido, Pontes de Miranda (1959, p. 388) em lição que permanece atual afirma: “a natureza da relação entre os filhos e os pais casados é tal que, no caso do desquite, se põe o problema de saber qual o destino que se há de dar aos filhos comuns. Enquanto juntos a lei regula os direitos, os deveres e os poderes dos cônjuges”.²¹

Entretanto, quando há ruptura dos laços matrimoniais ou de outra forma qualquer de conjugabilidade, na família, nasce grave e intrigante problema no que diz respeito à guarda dos filhos, que a partir desse momento, não mais continuarão a viver com ambos os pais sob um regime igualitário. Decreta da a separação judicial ou o divórcio, sem que haja acordo entre os artigos à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem tiver melhores condições de exercê-la. Nesse momento, o juiz deverá priorizar o bem-estar dos filhos menores, de modo que os seus interesses sobreponham-se aos de seus pais.

²⁰ Valdir Grisard Filho. **Guarda Compartilhado**. 2006, p.388.

²¹ Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. **Direito de Família**. 1959, p. 257.

2.4.1 Interesse do Menor

O objetivo da lei é proteger o interesse de forma geral. Existem interesses individuais e concretos sobre os quais se precede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda dos filhos, sendo o juiz o intérprete dos interesses particulares, materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais dos filhos.

Esse princípio no direito positivo é afirmado pelo artigo 1.586 do Código Civil facultando ao juiz dispor sobre a guarda de maneira que julgar mais conveniente. O fundamento desse critério é o caráter de sujeito de direito que tem o menor, que não é objeto de direito dos pais, senão uma pessoa que tem direito à proteção, assistência e educação. Essa faculdade vem sendo repetidamente confirmada pela jurisprudência.

É inquestionável que o legislador brasileiro, para atribuir a guarda de filho menor ao pai ou à mãe, tomou como critério legal e universal o favor filial, ou seja, o interesse dos filhos. Na atribuição da guarda, respeita-se o direito dos pais que, entretanto, não pode chocar-se com os dos menores.

2.4.2. Idade e Sexo

Com a revogação dos artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916, Lei do Divórcio e desta pelo novo Código Civil 2002, essa questão foi suprida do debate pela determinação da guarda, pois, o que se busca é o bem-estar do menor e ao seu melhor interesse, que podem não estar relacionado com a idade e o sexo desse. Entretanto, a idade do menor tem incidência na medida em que esta faz variar suas necessidades.

De acordo com Leite (1994), a legislação brasileira não leva em conta “o gênero dos filhos como critério determinador da guarda, repetindo aqui que o que interessa é o bem-estar do menor, independente de seu sexo”.²²

²² Eduardo Oliveira Leite. **Famílias Monoparentais**, 1994, p. 200.

2.4.3. Irmãos Juntos ou Separados

De acordo com a lição de Leite (1997):

Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já alquebrada. A convivência de não separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido que resta da família. (LEITE, 1997, p. 202.

Entretanto, quando há grande diferença de idade este critério perde a razão, presumindo-se que cada qual destina num tempo diverso às suas diferentes atividades. Quando for impossível manter os irmãos unidos, recomenda-se um amplo regime de visitas.

2.4.4. A Opinião do Menor

A legislação civil brasileira silenciou quanto à ouvida do menor nos processos de separação e divórcio, só no caso em que o menor será colocado em família substituta, independente de ser criança ou adolescente.

Na separação consensual, o juiz acolhe o que os pais decidirem sobre a guarda dos filhos, militando em favor dos pais a presunção de serem os melhores e naturais educadores dos filhos.

Favorável à ouvida do menor, assim se expressa Leite (1997):

Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento da criança, nada impede sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias assim a exigirem, não obrigatoriamente, mas como elemento investigatório sobre o ambiente moral e afetivo vivenciado pelo menor. (LEITE, 1997, p. 209)

2.4.5. Comportamento dos Pais

O interesse do menor constitui, conforme já foi afirmado, o princípio básico informador para a atribuição da guarda, com toda a carga de subjetividade que carrega.

Entretanto, sua determinação não dispensa a pesquisa de outros princípios como a idade e o sexo do menor, a irmandade e a opinião do menor. Dentre esses a conduta dos pais.

Os pronunciamentos judiciais sobre a guarda de menor devem atender a diversos elementos, quais sejam: o interesse da criança, as condições e o comportamento dos pretendentes à guarda, para mais adiante afirmar: “não podem ser investidos nem mantidos na guarda do menor o pai, a mãe ou terceiro de comportamento irregular e censurável”.

Na atribuição da guarda, segundo Grisard Filho (2006, p. 80) deve-se levar em conta o artigo 227 da Constituição Federal que preceitua: “pais e filhos devem ser considerados em suas necessidades, direitos e limitações”.²³

Nesse sentido, é preciso que a decisão judicial busque a solução mais justa e que priorize o interesse da prole.

2.5 Modalidade de Guarda

A doutrina conhece várias modalidades de guarda, conforme a origem e seus fins.

2.5.1. Guarda Comum

Na Constância do casamento, tanto na família legítima, como em outra de suas formas, o exercício da guarda é dividido de forma igualitária entre os genitores, como decorrência do poder familiar. É a denominada guarda comum, que consiste na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, visando a educação e formação dos filhos.

²³ Valdire Grisard Filho, Guarda Compartigoihada,: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental, 3º, São Paulo, Ed. RT, 2006, p. 80

Sua origem não é legal, mas natural, decorrente da maternidade e da paternidade. A atribuição judicial da guarda só ocorre em situação de conflito, quando os pais não convivem, cabendo ao juiz o uso de suas faculdades jurisdicionais.

2.5.2 Guarda Originária e Derivada

A primeira é aquela que corresponde aos pais, tal como foi visto no item anterior, integrada ao poder familiar, como um direito-dever de plena convivência com o menor e que possibilita o exercício de todas as funções parentais.

Guarda derivada é a que surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor, de forma legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.5.3 Guarda de Fato

É a que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém, todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação.

2.5.4. Guarda Provisória e Definitiva. Guarda Única. Guarda Peculiar

É, na primeira figura, também chamada temporária, a que surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como modo primeiro de organizar a vida familiar. Trata-se, obviamente, de uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornado-se definitiva, após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto. O menor, então, confiado à guarda de um só dos pais, ficará sob o regime da guarda única. (GRISARD FILHO, 2006, p. 87).²⁴

²⁴ Valdir Grisard Filho. **Guarda Compartilhada**. 2006, p.87.

2.5.5. Guarda por Terceiros, Instituições e para fins Previdenciários

Na guarda deve-se distinguir a que se cumpre por particular, mediante prévia designação, e a que se efetiva por órgãos técnico-administrativos de proteção.

Já dispunha o artigo 327 do Código Civil de 1916, revogado pela Lei do Divórcio sobre a possibilidade de o juiz, em havendo motivo grave e em qualquer caso, regular a situação dos filhos para com os pais, entregando-os a terceiras pessoas. No mesmo sentido, o § 1º do artigo 16 do Decreto-Lei nº 3.200/1941: “verificando que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores”.

Essa possibilidade foi mantida na Lei do Divórcio em seu artigo 10, 2º, com ligeira modificação redacional. Não só a parentes, podendo ser também deferida a estranhos, como facultaram os artigos 13 e 15, dessa mesma lei. No Estatuto da Criança e do Adolescente a figura do terceiro consubstancia-se na família substituta.

Na vigência do novo Código Civil enfatiza-se o resguardo dos superiores interesses do menor.

2.5.6 Guarda Jurídica e Guarda Material

O processo formativo dos filhos requer a concordância de ambos os genitores. Na constância do casamento o poder familiar, e nele a guarda, concreta-se nas pessoas dos pais, conforme os artigos 1.634 do Código Civil e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O mesmo se dá na união estável pelo que dispõe o artigo 2º, III, da Lei nº 9.278/1996. Com a separação, garantem os artigos 1.632 do Código Civil e 27 da Lei do Divórcio que nenhum dos pais perde o poder familiar relativamente aos filhos menores, mas a guarda dissocia-se, debilitando-o. Por certo, a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afetos, direitos e deveres recíprocos subsistem apenas modificados quando necessário para atender-se à separação dos cônjuges.

Embora não afetando os direitos e deveres recíprocos, há um desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visita ao outro, como previsto no artigo 1.589 do Código Civil. Tal desdobramento enfraquece o poder familiar do genitor não-guardador – uma vez estabelecida a igualdade conjugal (artigos 226, § 5º, e 6º, da Constituição Federal), que fica impedido do amplo exercício do seu direito, com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador. Nesse viés, são naturais os conflitos relativos à guarda de filhos.

2.5.7. Guarda Alternada

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direito-deveres que intrinsecam o poder parental. Esta modalidade de guarda apõe-se fortemente ao princípio de continuidade, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

2.5.8 Aninhamento ou Nidação

No aninhamento ou nidação, são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivam os menores, em períodos alternados de tempo. Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos.

2.5.9. Guarda Jurídica e Material Compartilhada ou Conjunta

A 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 igualmente. 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 mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetam os filhos.

Nesse contexto, os pais podem planejar a guarda material compartilhada (acordos de visita ou acesso). Implica a divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais, que é flexível.

A guarda material compartilhada é acompanhada quase sempre pela guarda judiciária compartilhada.

No próximo capítulo, será abordada a guarda compartilhada.

3. GUARDA COMPARTILHADA

3.1 A Ruptura dos Laços Familiares e o Surgimento do Problema

Enquanto a família legítima ou natural, permanece física e efetivamente unida, a criança desfruta da presença de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família mono parental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel secundário (visita, alimentação, fiscalização.)

Na realidade presente começa-se a questionar o denominado instinto maternal, quando a mulher deixou de ser apenas mãe e dona de casa e passou a reconhecer para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu instinto paternal, sem perder sua masculinidade, tornando-se mais presente e responsável no cotidiano da parentalidade.

Nesse sentido, Grisard Filho (2005, p. 119) explica que “atualmente, procura-se estabelecer a co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incertezas, que lhe submete a desunião”.

Essas mudanças comportamentais provocaram o surgimento de novas fórmulas de guarda capazes de assegurar a pais separados o exercício da parentalidade em igualdade de condições. Uma dessas formas é a guarda compartilhada.

3.2. Guarda Compartilhada

3.2.1. Breve Histórico

A fim de melhor compreender o assunto do qual se passa a tratar, necessário se faz uma análise do envolver histórico que ensejou o instituto, de modo que se perceba as origens da tradicional ideação ora arraigada na cultura jurídica nacional.

No alvorecer do século XIX, era atribuição do pai deter a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos, enquanto a mãe se submetia às suas determinações. Tal era a decorrência de uma ideologia cristalizada numa legislação que considerava a mulher relativamente incapaz para exercer os atos da vida civil; conseqüentemente, era ela inibida, legalmente, de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial.

Com a industrialização, e a passagem da família dita extensa para a família nuclear, onde só havia o casal e filhos, o pai passa a trabalhar, e despender a maior parte do tempo fora do lar. Somando isto ao advento da capacidade plena da mulher, passou a ser ela a considerada mais apta a guarda dos filhos, em casos de separação, porque, entendia-se, por natureza, o amor aos filhos, e a inata capacidade de bem deles cuidar, entendia-se, por natureza, o amor aos filhos, e a inata capacidade de bem deles cuidar. Ao pai, então, coube a incumbência de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mulher se dedicava às prendas do lar.

Todavia, a revolução sexual, a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, e a divisão mais equânime das tarefas de educação de filhos, levaram a uma mudança na estrutura familiar e no próprio entendimento que confere primazia à mãe na atribuição da guarda. A mudança social ocorrida selou o alicerce para a construção de novas teorias sobre a guarda, buscando, sempre, um exercício mais equilibrado, onde a manutenção do contato do filho com ambos os pais deve continuar tal qual o era antes do rompimento.

Assim, hoje, já percebe que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe atende ao melhor interesse da criança. Neste contexto, surgiram fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Psicanálise, Sociologia e, como não poderia deixar de ser, do Direito, a teorizar

acerca da guarda compartilhada, de modo que, em muitos países, já é comumente aplicada, e concebida como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

3.2.2 Conceito

Por guarda compartilhada, também identificada por guarda conjunta (*joint custody*²⁵, guarda conjunta de menores - no direito anglo-saxão), entende-se um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao seu bem-estar, educação e criação. É tal espécie de guarda um dos meios de exercício da autoridade parental, quando fragmentada a família, buscando-se nesta situação – às relações mantidas antes da dissolução da convivência o tanto quanto possível.

Com bem coloca Grisard Filho (2005, p. 140):

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato. (Grisard Filho, 2005, p. 140).

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

²⁵ <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextId=1302617033>

Para um melhor entendimento acerca deste conceito jurídico, que , não há que se negar está ainda em consolidação, mister se faz proceder-se a uma distinção entre a guarda compartilhada e outras modalidades, a fim de evitar confusões, tanto na correta aplicação dos institutos, quanto na sua precisa compreensão, o que leva alguns a direcionar a uma espécie críticas cabíveis apenas contra outra. É o que afirma Gontijo (2002), em suas severas palavras direcionadas ao que ele crê seja guarda compartilhada:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma os filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio o materno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc. (GONTIJO, 2002, p. 148).

Equivoca-se o ilustre mineiro, ao tomar por guarda compartilhada, o que na verdade, seja outra modalidade de guarda, conforme veremos a seguir:

a) Guarda Alternada: Conhecida no Direito anglo-saxão sob a denominação de *joint physical ou residential joint custody*, (guarda física)²⁶ é aquele modo que possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos. Caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao termo do período, os papéis invertem-se. É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem-estar da criança. Objeta-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. Esta é a modalidade a que se refere, equivocadamente, o eminente advogado supracitado. Suas críticas podem ser pertinentes, como visto, à guarda alternada, nunca à compartilhada.

²⁶ <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextoId=1007082973>

b) Aninhamento ou Nidação: por este modelo, os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, os pais são quem a ela mudam-se, segundo um ritmo periódico. É a *birds nest theory*²⁷ (onde a criança fica na casa e os pais moram alternadamente com ela) do Direito Americano, que, por ser pouco prático, bastante exótica, e levar a prejuízos semelhantes aos já descritos no modo anterior, é muito pouco defendida.

c) Guarda Dividida, Guarda Única, ou Guarda Exclusiva: É o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro. É bastante criticada, tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique o fenecer da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor.

Isto posto, vale ressaltar que na guarda compartilhada, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham equitativamente sua guarda jurídica, esta chamada por *joint legal custody* no sistema da *common law*. Assim, o genitor que não mantém consigo a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, mas participa ativamente de sua construção. Decide ele, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos caros ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho.

Tal modelo, ao passo que possibilita ao menor manter o contato com ambos os pais, o que se afigura como de suma importância para seu desenvolvimento regular e saído, não traz o inconveniente da instabilidade familiar verificado na guarda alternada, bem como na aninhamento; tampouco leva ao rompimento de relações parentais, como no obsoleto modelo de guarda dividida.

3.3 A Guarda Compartilhada no Direito Comparado

A guarda compartilhada já é utilizada há bastante tempo no direito alienígena, como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos. Passa-se agora, por legislações internacionais que nortearam o desenvolvimento do tema.

²⁷ *Ibid*

Na França, tal surgiu em 1976. O Código Civil Francês estabeleceu, com a inovação trazida pela Lei Malhuret, que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo guarda), de acordo com interesse e necessidades dos filhos, e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda.

Para o Direito Canadense, a separação dos genitores não deve gerar um sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, seja mãe, pai, ou filho. Esta idéia é a pedra de toque para a adoção da guarda compartilhada por este ordenamento, do qual resulta uma presunção de guarda conjunta, como melhor interesse do menor.

Já no Direito Inglês busca-se distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os filhos – *careand control*²⁸ – resgatado ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos menores *custody*.

Mas foi o direito estadunidense que mais se aplicou a este estudo, e a maioria de seus estados já adota francamente a guarda compartilhada. Inúmeras juristas americanos estão dedicando-se a pesquisar e discutir uma aplicação cada vez mais uniforme em todo o país. A *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, chegou a criar uma comissão especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores o *Child Custody Committee*²⁹.

Aqui não se deterá em maiores considerações acerca deste instituto no direito estrangeiro. No entanto, deixa-se o alerta, no sentido de que, tendo em mente as diferenças entre o nosso sistema e o anglo-saxão, deve-se ter cautela ao tentar transpor seus institutos ao Direito Brasileiro. Só assim, pode-se extrair daquelas experiências algo útil e plausível.

²⁸ noticias.linuxplace.com.br/squish_place/1091218314/1107061018/1156901610/index.html

²⁹ *Ibid*

3.4 Posição do Direito Brasileiro quanto à Guarda Compartilhada

Não há, no direito positivo brasileiro, norma expressa que autorize a aplicação do modelo em tela, na seara do Direito de Família. No entanto, tal adoção não é vedada: ao revés, deve ser estimulada, para melhor atender a seus princípios.

A Constituição Federal, em seu artigo. 5º, I, Prevê a igualdade entre o homem e a mulher, bem como o faz seu artigo.; 226, § 5º, no estatuir que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Com base nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo. Deste modo, consoante estabelecia o artigo. 10, § 1º, da Lei nº 6.515/77, a Lei do Divórcio, bem como do artigo. 16 do Decreto-Lei nº 3.200/44.

Hoje, já é sabido que inexistente qualquer razão, seja de cunho biológico, seja psicológico, ou mesmo jurídico, que justifique referido privilégio. A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, tem igual importância para o saudável desenvolvimento do menor, salvo em situações excepcionalíssimas, como, por exemplo, na fase da amamentação, por óbvio.

Assim, é de se concluir que os dispositivos que tratavam da preferência materna na guarda dos filhos não foram recepcionados pela ordem constitucional vigente. Ademais, a própria Lei do Divórcio traz uma disposição que autoriza ao juiz determinar diversamente: o artigo. 13, *in verbis*: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”. Ora, entendemos que cabe dar interpretação extensiva a tal disposição, entendendo-se com maior flexibilidade o conceito de motivo grave. Afinal, a procura do bem-estar da criança e seu melhor interesse amoldam-se perfeitamente a tal situação.

Ainda a mesma Lei nº 6.515/77 traz outras disposições que autorizam a efetivação do compartilhamento da guarda, a saber: O artigo. 9º estabelece que “no caso da dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual (artigo. 4º) observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos”. No entanto, entendemos que, guarda, deverá ser

observado o entendimento dos pais, como uma interpretação mais consonante com os princípios trazidos pela Carta Constitucional de 1988.

Traz ainda a Lei do Divórcio, em seu artigo. 27, que “o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos”, o que vem a reafirmar a plausibilidade da adoção da guarda conjunta em nosso país, bem como sua recomendação.

A Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, traz, por sua vez, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada por um magistrado nacional, a saber: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária”. O artigo. 5º assim se manifesta “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. Coloca o artigo. 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. O artigo. 16, *cuput*, traz: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...). já o artigo. 19, aduz: “Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família (...)”. Por sua vez, ao artigo. 27 transmite: “aos pais incumbe o dever de sustentar, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Lançadas sobre estas disposições as luzes do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, iluminar-se-à um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.587 à 1.594, capítulo XI, referente a Proteção da Pessoa dos filhos, nenhuma modificação de monta apresentou ao existente no arcabouço legislativo em vigor.

Mas há uma característica da nossa legislação que tem implicações importantes sobre a guarda de menores: é o Patrício Poder, agora, com o Novo Código Civil chamado Poder Familiar. Ele é exercido igualmente por pai e mãe (se capazes), e a separação (judicial ou de fato) ou o divórcio não interferem neste atributo. O artigo 384 do diploma revogado explicitava com clareza seus atributos, os quais foram integralmente mantidos pelo novo Código, em seu artigo. 1.634, a saber, *in verbis*:

Artigo. 1.634. Compete aos pais, no exercício do Pátrio poder:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder;

V – representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem artigos, suprimindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Assim, tem-se que mesmo o genitor que não detém a guarda continua com o pátrio poder, devendo exercê-lo sob pena de perdê-lo, como regia o Código Civil de 1916, no seu artigo 395, II, repetido no artigo. 1.638, II, do Novo Código Civil. A questão é que este artigo é pouco aplicado, nestes casos. A guarda compartilhada vem oferecer um grande instrumental para que se garanta a efetividade do exercício do pátrio poder, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, ou união estável.

Ainda há muitos outros dispositivos legais que poderiam aqui ser trazidos à colocação e mais exaustivamente examinadas; no entanto, tal empresa foge aos modestos contornos deste trabalho. O importante é que não se perca a de mente três conclusões básicas, que se pode extrair desta sucinta análise de nossa legislação: 1) O vínculo parental, e os direitos e deveres dele decorrentes, não se extingue com a extinção do vínculo conjugal; 2) A guarda dos filhos deve ser decidida pelo juiz quando o desacordo dos pais, ou interesse do filho o exigir; e 3) A Guarda Compartilhada é amplamente admitida pelo ordenamento pátrio, desde que resultante de um acordo entre os pais, e for benéfica aos interesses do menor.

Destarte, pode-se concluir que, embora o Direito Positivo Brasileiro não contenha norma expressa a respeito, como ocorre em inúmeros ordenamentos, não há, tem pouco, vedação, o que enseja possibilidade da ocorrência legal do tipo de guarda *sub examine*. O Juiz estará agindo sob o mando da Lei para autorizar a guarda compartilhada, quanto os pais e ela se dispuserem, seja na separação ou divórcio consensual, seja no litigioso, desde que, como dito, quanto à guarda, haja acordo.

Em todo caso, a questão deverá ser analisada incluindo-se todos os interessados, de modo que se chegue à solução que mais beneficie os menores, mas que também contemple seus pais, a fim de que nenhuma deles negligencie a criação e educação de seus filhos: o vínculo parental, após a dissolução do vínculo matrimonial, deverá ser preservado, sempre, e na medida do possível, como era antes do rompimento (GRISARD FILHO, 2006, p. 201).

3.5 Projetos de Inserção da Guarda Compartilhada no novo Código Civil

Tem-se em vista acompanhar o evoluir doutrinário, e mesmo estimular o jurisprudencial (ainda tímido, quanto à questão), foram propostos dois projetos de Lei, com o escopo de modificar o Código Civil de 2002, antes mesmo de sua entrada em vigor, pela introdução expressa do sistema da guarda compartilhada.

O Projeto do Deputado Feu Rosa (Partido Liberal nº 6.315/02) é do seguinte teor:

Artigo. 1º. Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Artigo. 2º. O artigo. 1.583 da Lei nº 10.604, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Artigo.

1.583.....

Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais.

Artigo. 3º. Esta lei entre em vigor na data da sua publicação.

O artigo. 1.583 do Código de 2002 trata de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio consensual. Destarte, considera-se bastante tímida esta proposta de alteração já disponível. Consoante visto supra, a guarda compartilhada, quando decorrente de acordo entre os genitores, não oferece qualquer dificuldade, uma vez que há a primazia do melhor interesse do menor.

Em sua justificação, aponta o deputado que “só haja possibilidade de tal tipo de guarda se a separação ou divórcio forem consensuais, caso contrário, as crianças estarão ainda mais vulneráveis em meio a discussões sobre onde e com quem devem ir a algum lugar”. Ora, não se tem sentido na afirmação transcrita, uma vez que, mesmo em sentença litigiosa a separação ou divórcio, poderá não haver divergência acerca da guarda dos menores, o que já autoriza ao juiz concedê-la. Ao invés, a proximidade, e o comum interesse em resguardar o

bem-estar e a saúde emocional de sua prole, poderá unir os pais, ou, ao menos, não aumentar as diferenças e desavenças por ventura ainda existente.

A responsabilidade gravita em torno do modelo que os filhos esperam vivenciar nas pessoas de seus pais, imagem sobre a qual irão espelhar-se sobre a vida afora. A disputa entre casais, a chantagem, o jogo de sedução para conquistar o amor da criança, em que se apóiam àqueles que criticam a Guarda Compartilhada, não encontram guarita neste modelo, porque a convergência de sentimentos, a reciprocidade e a troca de entendimentos, pelos pais, detentores da guarda Compartilhada, afastam as partes conflituosas, uma vez conscientizadas de que o mais importante é o bem-estar de seus filhos.

Um pouco mais ou ousada queda-se a proposta do deputado Tilde Santiago, em comunhão com a APASE – Associação de Pais Separados, e a Associação Pais para Sempre, o que redundou na apresentação do Projeto de Lei 6.350/02, do seguinte teor, *in verbis*:

Artigo. 1º. Esta lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Artigo. 2º. Acrescentem-se ao artigo. 1.583 da Keu 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

“Artigo. 1.583

§ 1º. O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 2º. Guarda compartilhada é o sistema de co-responsabilidade do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar”.

Artigo. 3º. O artigo. 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo. 1.584. Declara a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quando à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema de guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança”.

§ 1º. A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.

Artigo. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

Aqui, verifica-se realmente uma modificação que viria a espancar dúvidas sobre o cabimento da guarda compartilhada, mesmo em situações onde não há acordo entre as partes. Numa leitura apressada do sugerido novo Código *caput* do artigo. 1.584, poder-se-ia entender que o juiz ficaria autorizado a impor o regime de compartilhamento, caso verificasse

necessário; no entanto, nos entendimento é no sentido de não extrapolar os limites do razoável, tão comumente esquecidos por aqueles que se empolgam em demasia com alguma novidade jurídica. Nesse caso, a passagem “sempre que possível” vem a temperar o imperativo, uma vez que, em casos com a de desavenças crônicas entre os pais, os benefícios decorrentes do compartilhamento não superariam os prejuízos aos infantes, quer de ordem psicológica, quer de ordem moral.

A falta de acordo entre as partes não deve ser de tal monta que inviabilize a mútua cooperação, base do instituto, o que configura, em última análise, uma aceitação da decisão.

Tal proposta visa inverte a sistemática, tomando a guarda única exceção, e a compartilhada, regra. Não há de haver, contudo, de gerar ainda mais desavenças entre os genitores, o que os levaria incontáveis vezes ao judiciário, a fim de solucionar litígios no exercício da guarda.

Também avança o projeto em comento ao expressar, na nova redação sugerida para o artigo. 1.583, § 2º, esta, tal como está, revela-se insuficiente, apesar dos grandes avanços que tal projeto, aprovado, certamente trará. Primeiramente, deve-se destacar o fato de referir-se que os pais “participam igualmente a guarda material dos filhos”. Bem, guarda matéria é um conceito entendido, atualmente, como física, como o contato direto do genitor com o filho. Isto poderia ensejar controvérsias, a respeito de se realmente está-se a tratar da guarda compartilhada, e não da alternada. Porém, lida a justificativa do projeto, bem como se pode depreender do termo co-responsabilidade, e da expressão “participam igualmente (...) os direitos e deveres emergentes do poder familiar” não há dúvidas que se trata da guarda compartilhada. Assim, ao invés de “guarda material, seria mais técnico o legislador utilizar o termo “guarda jurídica” a afim de que se evite tais dificuldades.

Seria também pertinente o legislador explicitar que a adoção do sistema de guarda compartilhada não importa na partição da guarda física, tal como o faz expressamente o Estatuto do Iowa, referido supra. Ainda que decorra do próprio instituto, tal noção deveria vir esculpida nesta regra, já que, tratando-se de interpretação autêntica, devem ser trazidas, o mais completamente possível, as características do que pretenda preceituar.

Tais limitações, no entanto, não retiram o mérito da proposta, as quais, uma vez aprovado o projeto, poderiam ser facilmente contornadas pelo aplicador das novas normas, pelo que nossas sugestões visam apenas trazer maior precisão ao projeto. O importante é que, com esta alteração, dar-se-á maior visibilidade ao instituto, bem como se vencerá a resistência daqueles que entendem ser a falta de regulação específica um óbice para a adoção deste sistema.

3.6. Jurisprudência

Atualmente, o divórcio tornou-se uma situação freqüente na vida familiar, passando assim a exigir novas pesquisas e estudos para que as famílias possam viver mais ajustadamente a esse desastre provocado pela separação dos cônjuges. E a escolha de quem ficará com as crianças passa a ser feita tendo como fundamento quem estiver em melhores condições. Os dois talvez.

Animadas por essa possibilidade, tanto a lei como a doutrina e a jurisprudência aceitam, de forma quase que unânime, que em caso de divórcio ambos os pais estão *a priori* habilitados à criação e educação de seus filhos. Nesse sentido, Leite (1997, p. 768) ensina que se pretende uma unidade educativa para além do divórcio “e que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, a guarda compartilhada é certamente, a solução a privilegiar”.

Com esses propósitos, torna-se relevante para os Tribunais determinar, primeiramente, que o modelo reúna condições que assegurem um razoável bem-estar aos menores.

Para Grisard Filho (2006, p. 199) “é louvável, nessa busca, a atitude de juízes que convoca as partes, ouvem os menores e recorrem à consulta interdisciplinar”. De qualquer forma, porém, é o juiz em sua dura solidão que decidirá o futuro de seu jurisdicionados.

A jurisprudência brasileira, em comparação com a de países como os Estado Unidos, Espanha, Argentina entre outros, ainda é tímida a respeito da guarda compartilhada, oferecendo raros exemplos ao debate.

Em duas décadas (1978-1997), períodos pós-divórcio e Constituição Federal, nas decisões publicadas pela Revista dos Tribunais, repositório de jurisprudência dos Tribunais do país, considerou o aspecto quantitativo dos julgados mais próximos ao tema sob exame. Ali se encontrou: guarda única à mãe, 19 de julgados e ao pai 12 julgados; guarda aos avós, nove decisões; guarda a terceiros, nove julgados; guarda a instituições, um; guarda para fins previdenciários, 2 a favor e 2 contra.

“Sentença – Decisão *ultra petita*³⁰ (é a sentença que vai além do pedido, isto é, concede algo a mais) – Inocorrência – guarda de filho menor – Imposição de regras de visitação mais restritas do que as expressas na petição inicial – Interesse do menor que deve prevalecer. Ementa Oficial: Não há que se falar em sentença *ultra petita*, quando a decisão se limitar a impor regras de visitação mais restritivas do que aquelas expressas na petição inicial, procurando o magistrado, dentro do seu prudente arbítrio, organizar de forma criteriosa o direito de visita, para melhor atender aos interesses dos menores”.

Menor – Guarda – Pais separados – Custódia alternada semanalmente – Inconveniência – Permanência sob a guarda da mãe – Direito de visita do pai. Ementa Oficial: É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetida à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita”.

Trata-se de uma ação de modificação de guarda em que cada genitor, por ação e reconvenção, busca a guarda isolada dos filhos. Os pais haviam estabelecido a guarda dividida entre os dois durante a semana.

³⁰ pt.wikipedia.org/wiki/Ultra_petita

O acórdão registra que ambos os pais são dignos de terem os filhos em sua companhia, porém conclui que o acordo envolvendo a guarda dos filhos não foi dos mais felizes, pois eles ficam confusos diante da duplicidade de autoridade as que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável diante da pouca idade deles.

À decisão sob comento foi lastreada em estudo psicológico, apontando o laudo que “não há constância da moradia, a formação de hábitos deixa muito a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se a do meio familiar paterno ou materno”. A avaliação feita por psicóloga constatou o drama das crianças, que ficam divididas e confusas, mormente diante das constantes divergências entre os pais, o que deixa os menores tensos, ansiosos e depressivos. No entanto, a diversidade de códigos educativos dos pais não é problema para as crianças, na medida em que a constatação da diversidade faz parte da socialização infantil.

Nesses casos, os Tribunais têm entendido, diz esse Acórdão: “Guarda de filho menor – Custódia alternativa semanalmente – Desvantagens. Ementa Oficial: Posse e guarda de filho menor”. A chamada “custódia conjunta”, importante em revezamento semanal de ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente à formação da personalidade do mesmo. Em seu voto diz o Relator:

A rigor, não sei se os contendores são tão bons, pois como querem fazer crer, em razão da demonstração de egoísmo de que estão possuídos. A hipótese é simples, mas, em razão da falta de desprendimento deles (...) o que demonstra não querem facilitar, mas complicar as coisas, procurando um ferir o outro. Fossem bons e sensatos pais, a solução teria sido outra (...). bons pais são aqueles que, além de outro requisito, põem o bem-estar dos filhos acima de seus anseios, suas mágoas e frustrações.

Outra certamente teria sido a solução, reconhece o Acórdão, se os pais soubessem discriminar seu conflitos conjugais dos exercícios da parentalidade, privilegiando o bem-estar dos menores, e aí a guarda compartilhada, em que as soluções são abertamente debatidas entre os dois genitores, funcionaria. O estado de beligerância entre os genitores não autoriza a guarda compartilhada, que “para o seu estabelecimento, indispensável que convivam os pais em perfeita harmonia e que a livre movimentação dos filhos entre os dois lares não autorize definir ou priorizar a guarda a nenhum” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, p. 208)

Alimentos-Guarda de menor com ambos os genitores-Legitimidade passiva do pai-Pagamento de verba alimentícia devido. Ainda que o menor fique sob a guarda de ambos os genitores ,de forma alternada ,concorre interesse jurídico que justifica o ajuizamento da ação alimentícia .Não há que se falar em ilegitimidade passiva ,se ação foi manejada contra o genitor dos alimentados. Verificando-se que a verba alimentícia foi fixada com observância das balizas traçados pelo artigo 400do Código Civil, confirma-se a sentença de primeiro grau,eis que despropositada se mostra a insurreição do apelante.

Direito de visita-filho menor-Cocessão de liminar subordinada á realização de exame hematológico pelo pai-Coação ilegal. Agravo de instrumento. Medida cautelar de regulamentação de visitas a filho menor. Lei nº 6.515/77, artigo.15. Liminar parcialmente deferida ,porem vinculada a exigência de submissão do requerente a exame laboratorial de investigação genética- DNA. Incabimento. Recurso provido. No caso concreto, não há indícios de que o sistema semanal de visitas venha prejudicar a formação ou desestabilizar emocionalmente o filho do casal, desde que nenhuma restrição ao comportamento do agravante foi apresentada. A convivência mais freqüente do agravante com o garoto haverá de atenuar os efeitos da separação do casal, reforçando os laços de afinidade de que devem existir entre pais e filhos.

É certo que em casos tais, difícil se torna uma solução que satisfaça a ambos os conjugues ,pois nem sempre estão dispostos a ceder em suas pretensões. A verdade, pois, tem que ser admitida :cabe ao juiz fixar as visitas tendo em consideração ,principalmente ,o interesse de menores ,o que sem dúvida não exclui o direito dos pais de tanto quanto possível passar mais tempo junto dos filhos (REVISTA DOS TRIBUNAIS, p. 267)

Sistema de revezamento mensal entre os gestores, estabelecido em cláusula de separação consensual .Inconvenientes que oferece a uma criança com seis anos de idade.A alteração determinada pelo juiz ,de modo que a mãe exerça a guarda .Faculdade resguardada ao julgador pelo artigo. 13 da lei nº 6.515/77 (REVISTA DOS TRIBUNAIS ,p. 267).

O trabalho científico de Silva Pimentel, Beatriz Di Giorgi e Flavia Piovesan constatou que em períodos demarcados do discurso judiciário (desde 1970 até 1990),a respeito da guarda de menores ,grandes alterações ocorreram “uma dinâmica de cortes e

rupturas indicando a divergências entre uma concepção conservadora e uma concepção mais arrojada, sintonizada com as transformações sociais”.

Revelam essas autoras que no período anterior à Lei do Divórcio (1970 a 1977) a determinação da guarda era invariavelmente deferida à mãe, exceto em situações extraordinárias. O interesse do menor só camufladamente era considerado. No primeiro caso, a mulher tem a guarda dos filhos e pratica adultério discreto. Nas duas instâncias o judiciário afirma a guarda materna: “No caso dos autos a mãe errou, é certo, mas não leva vida dissoluta. Na se lhe imputa quando ao seu desvelo para com os filhos, ainda menores, dependentes de seu carinho”. Exemplo do segundo caso é o em que a mulher pede a guarda dos filhos, que se acham na companhia do pai. O pedido é negado, tendo em vista o atendimento do “interesse do menor”. O acórdão, além desse critério e para justificar sua decisão, alude à conduta da mãe, conhecida como “duvidosa”. Dizem às autoras que esse discurso reproduz estereótipos contra a mulher. Entretanto, há ambigüidade, enquanto aparece camuflado por uma preocupação em assegurar o interesse do menor (PIMENTEL, 2003 p. 283).

Em um segundo período, que se estende da Lei do Divórcio até a Constituição Federal (1978 a 1988), o interesse do menor, como critério decisivo na determinação da guarda, é reforçado. Acórdão que bem poderia ser padrão desse período vê-se no volume 520 da Revista dos Tribunais: “Em tema relativo à guarda de filhos não se deve ter em conta o interesse dos pais, mas, em especial, o das crianças”. Constatam as autoras como predominante o conceito de interesse do menor, que se torna concepção determinante nas soluções judiciais acerca da guarda de filhos. Os acordos que elencam no estudo comprovam-no.

No terceiro período analisando pelas autoras, pós-Constituição de 1988, o interesse do menor na determinação da guarda é reforçado de forma acentuada, para cumprir vetor constitucional que enfatiza e prioriza os direitos da criança e do adolescente. Em seu artigo 277 estabelece ser dever da família, da sociedade e do estado assegurar ao menor, com absoluta prioridade, o direito a convivência familiar entre os outros. A questão é reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Restou clara para as autoras a necessidade de proceder a valoração e, desde que encontre a necessidade de uma valoração, a regra torna-se flexível, como é o do artigo 1,586 do Código Civil.

De acordo com Martins (1999, p. 35), a síntese jurisprudencial que transcrevemos, se não revolveu de forma específica sobre o tema tratado ,reconheceu,ao menos, uma situação de fato,que em certas ocasiões pode ser mais favorável ao grupo familiar .Já se observam, entretanto,decisões que claramente revelam essa tendência ,privilegiando e oportunizando o máximo continuum físico e emocional entre pais e filhos depois do divorcio ,pois a família não termina com esse, oportunizando-lhe desenvolver relacionamentos significativos e duráveis imprescindíveis para o bem-estar e integral desenvolvimento psico-social das crianças.

4. A MODERNA VISÃO DA AUTORIDADE PARENTAL NOS FATOS DE PATRÍCIA PIMENTEL DE O. CHAMBERS RAMOS

A família brasileira contemporânea, assim disciplina na Constituição federal de 1988 e no Código Civil de 2002, concebida com base no amor, no afeto, e na promoção da dignidade de cada um de seus membros, é igualitária quanto aos pais e filhos, e difere da estrutura existente no século anterior.

Pelo Código Civil de 1916, somente a família fundada no casamento era reconhecida e protegida pelo Estado, com características essencialmente patrimonialista, patriarcal, hierarquizada, distinta quanto aos filhos, cujos direitos dependiam da relação jurídica existente entre seus genitores, e os papéis do pai e da mãe eram hermeticamente definidos. O homem era o chefe e provedor da família. A mulher era a responsável pela criação dos filhos e pela organização do lar.

A Constituição Federal de 1988, com feições humanitárias e de inclusão social, estabeleceu novos princípios orientados do direito de família. Os novos princípios constitucionais e serviram de balizamento para a produção legislativa posterior, a fim de que o sistema jurídico como um todo entrasse em conformidade com a Carta Magna. Afinal “a missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente”.

Neste novo contexto familiar as questões patrimoniais adquirem uma função secundária, inferiorizada, sobrelevando os aspectos pessoais, os sentimentos de carinho e afeto, a promoção da dignidade de cada um dos membros da família e, principalmente, o reconhecimento da prioridade dos interesses das crianças, que passam a ser tratadas como sujeitos de direitos, protagonistas de todo o processo de sua formação educacional e moral.

A família é a referência existencial do ser humano, caracterizando-se pela união de pessoas vinculadas por laços de afeto (real ou presumido) num contexto de conjugalidade ou parentalidade. A proteção da instituição familiar, como centro de produção dos valores

culturais éticos, religiosos e econômicos deu lugar à tutela jurídica da família como núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros.

Assim, ainda que espaço privilegiado de convivência, afeto, acolhimento e educação, não se pode ignorar a realidade de conflitos e desentendimentos nos relacionamentos entre seus componentes. Forçoso reconhecer, destarte,, que não existe a família ideal, mas sim a família real. Não se pode ignorar a explosão de sentimentos e emoções que ultrapassam as fronteiras da razão num litígio familiar. E, concomitantemente ao fim do relacionamento conjugal, deve-se definir divisão de patrimônio, pensão alimentícia, guarda e regulamentação de visitas.

No meio deste turbilhão de problemas a serem resolvidos, estão seres humanos em desenvolvimento, vulneráveis, carentes de amor e de carinho de seus pais. E a principal preocupação de todos os operadores do direito deve ser, prioritariamente, a de garantir os direitos de crianças e adolescentes, visto que o interesse dos filhos deve estar acima do interesse de seus pais, considerando o princípio da proteção integral e o da prioridade de seus interesses. Mas como agir para concretizar tal mandamento constitucional?

È com satisfação que vejo se concretizando o projeto para a implantação da guarda compartilhada em nosso país. Trata-se de um dispositivo legal visando a valorização das relações afetivas, do convívio dos pais com os filhos e efetiva participação na vida destes. Afinal, nada mais importante para crianças e adolescentes do que o amor e o carinho de seus pais e a presença destes no seu crescimento. É através do convívio que os laços biológicos, mas é um fenômeno espiritual, social e cultural, que se constrói no afeto cultivado dia a dia pelos cuidados inerentes à maternidade e paternidade.

4.1 A Realidade Como Ponto de Partida

Neste trabalho, com a finalidade de estudar o tema, menciono, previamente, cinco casos reais como ponto de partida para o estudo, ocorridos durante o ano de 2004, dos quais tive acesso em razão da minha atuação funcional com Promotora de Justiça de Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro.

O primeiro caso chegou à minha Promotoria da Infância trazido pelo pai. Relatou que a criança, com 8 anos de idade, estava há mais 3 anos sem frequentar a escola. Relatou-me que havia uma situação de litigiosidade com sua filha. Convocada a mãe para esclarecer se a criança estava efetivamente sem escola, ela me relatou que realmente havia retirado a filha da escola a fim de que o pai não tivesse contato com a mesma, mas que a menor estava tendo aulas particulares em casa e aprendeu a ler e escrever assim. Justificou dizendo que a própria criança não queria estar com o pai, que o ex-marido falava muito mal da declarante, que era ela quem detinha a guarda judicial, que o pai não estava pagando a pensão alimentícia corretamente e que a escola não estava obedecendo ao seu comando de proibir que o pai se encontrasse com criança.

Ambas as partes trouxeram cópias de diversos processos judiciais em Vara de Família e registro de ocorrência na Delegacia um contra o outro. Foi dado um prazo para que a mãe matriculasse a filha imediatamente na escola e ela foi advertida de que o pai deve e pode conviver com a filha, inclusive indo vê-la na escola e participando das reuniões escolares independentemente de ter ou não a guarda judicial. Constatando que ambos os pais falavam mal um do outro para a criança, que os litígios entre os mesmos eram excessivos, inclusive com agressões físicas, que a não inclusão da filha na escola não se justificava nem tão pouco a restrição do convívio da filha com o pai, ambos os genitores foram representados por descumprimento do artigo. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, encaminhados para estudo psicológicos e inclusão na Escola dos Pais do Juizado, sem prejuízo das medidas cabíveis junto à Vara de Família.

O segundo caso veio encaminhado de outra Promotoria, relativo a um pai que alegava que a mãe o impedia de estar com a filha. O fato era antigo e na intenção de arquivar o procedimento, solicitei que o pai fosse intimidado para prestar depoimento, esclarecendo se a situação havia sido superada. Convocada, o pai declarou que preferia arquivar o procedimento na Promotoria porque já não tinha mais interesse em visitar a filha e não queria mais conflitos com a ex-mulher. A Vara de Família havia fixado a visitação todos os sábados, das 12:00 às 16:00 h, mas a menina, contando com 5 anos de idade, expressou para ele que não queria estar com ele, então, ele preferia desistir de tudo, até porque ele já havia sofrido demais, lutou para ter um convívio maior com a filha mas não conseguiu, que a ex-mulher não permitia que ele participasse da vida da filha mas não conseguiu, que a escola nunca comunicava ele de nada, que a ex-mulher ensinava a filha dele a chamar o novo marido de

papai que a ex-mulher ficava falando mal dele para a filha dizendo que ele pagava pouca pensão alimentícia. Convocada a ex-mulher, ela não compareceu. O caso foi encaminhado para a psicóloga do Ministério Público a fim de que ela fizesse um estudo aprofundado do caso, com a oitava de ambos os pais e da criança, na tentativa de restabelecer os vínculos do pai com a filha e colher maiores elementos para uma possível representação contra a mãe.

O terceiro caso eu fiz a audiência, embora não fosse da minha Promotoria. Era um processo de doação de uma menina de 13 anos, propostos pelo marido da mãe contra o pai biológico. Estavam presentes todos os envolvidos: o pai biológico, a mãe, o seu novo marido e a adolescentes. Ouvindo o pai biológico este declarou que não concordava com o pedido de adoção, que ele não queria perder os vínculos de paternidades com sua filha. Declarou que pagava pensão alimentícia regular até a filha completar 8 anos, embora somente a visse duas vezes por mês conforme foi fixado na Vara de Família. Na época em que ela completou 8 anos, ele ficou desempregado e não teve condições de pagar a pensão alimentícia fixada. Ao procurar a filha, a mãe informou que somente deixaria a menina vê-lo quando ele voltasse a pagar a pensão. Ele pensou que realmente não tivesse direito de vê-la enquanto não estivesse em dia com a pensão. Ficou quieto para evitar que a mãe da sua filha solicitasse sua prisão em uma execução de alimentos, e também para não criar problemas para a ex-mulher já que o seu novo marido tinha muito ciúme dele. Amava sua filha e gostaria de ser adotada pelo marido da mãe, com quem sempre conviveu desde os 6 anos de idade. Na ocasião da audiência, o caso foi encaminhado para o estudo psicológico. Soube, depois, que a adoção havia sido deferida ao marido da mãe.

O quarto caso foi remetido pela Vara de Família da Barra da Tijuca para uma colega da Promotoria da Infância. Um casal, depois de 15 anos de casamento, com três filhos, respectivamente com 12, 11 e 3 anos, se separou. A mãe estava com câncer nos seios e, por causa de seu tratamento de saúde, preferiu deixar os filhos com o pai. Depois de um longo período de tratamento intensivo, ficou curada, e procurou restabelecer o convívio com os filhos. O ex-marido, contudo, não permitiu. A família dele, inclusive os avós paternos, diziam para as crianças que a mãe era irresponsável, que gastava todo o seu dinheiro fazendo plástico nos seios e etc. a mãe, então, resolveu solicitar a guarda judicial dos filhos. Ouvindo os menores pela psicóloga da Vara de Família, declaram que “ano queiram estar com a mãe, que ela era muito irresponsável. Que os colocava em situações de risco, imagine só que os havia levado para passear no Pão de Açúcar”. A guarda judicial foi mantida com o pai, mas dado o

comportamento errôneo deste ao falar mal da mãe, foram expedidas cópias para a Promotora da Infância. Pelo que soube, houve uma representação administrativa contra o pai na Vara da Infância e o processo junto à Vara de Família está em fase de recurso.

O quinto caso foi remetido para a minha Promotoria da Infância pelo serviço social do Colégio Militar. Era um adolescente que estava apresentando mau comportamento na escola e o pai, já convocado algumas vezes, demonstrava-se negligente em relação ao filho. Instaurado o procedimento na Promotoria da Infância, o pai e a mãe foram convocados. A mãe não tinha conhecimento da situação e tinha muito pouco convívio com o filho pelo fato dele morar com o pai em outro bairro, na mesma cidade. Relatou que quando se separou do pai do adolescente, acordaram que ele ficaria com a guarda do filho mais velho e ela ficaria com a guarda dos dois filhos mais novos. Afirmou que como sempre brigavam muito, a mãe não tinha contato com o filho mais velho e o pai não tinha contato com os filhos mais novos. Os pais foram advertidos da necessidade de participação de ambos na vida dos filhos. Foi expedido ofício à escola informando o endereço da genitora e solicitando que ambos os pais fossem comunicados da vida escolar do filho, independente de quem estivesse com a guarda.

Os exemplos mencionados acima demonstram a atualidade e a complexidade do tema relativo à participação dos pais na vida dos filhos. Notamos, desde logo, a dificuldade dos próprios agentes envolvidos, tanto da mãe quanto do pai, de seus direitos e deveres de se fazerem presentes na vida do filho e respeitarem a figura parental do outro. Estudemos o tema, portanto, a partir desta constatação.

4.2. Conceito de Autoridade Parental

A autoridade parental traduz uma relação onde os pais dirigem seus esforços e proteção para proporcionar aos filhos todas as condições possíveis e necessárias de criação e desenvolvimento de suas personalidades. Autoridade parental, poder familiar, poder parental, pátrio poder, poder paternal, são expressões sinônimas, preferindo-se a denominação “autoridade parental” por ser mais indicada pela doutrina, ou “poder familiar” utilizada pelo Código Civil de 2002. Podemos definir o instituto como o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a

pessoa e o patrimônio deste filho e serve com meio para manter, proteger e educar, representando, na realidade, mais deveres do que poderes dos pais. Os poderes, aliás, somente se justificam para o próprio êxito dos deveres. Foram necessários longos séculos para que a noção de filho deixasse de ser tida como objeto, uma propriedade dos pais, para alcançar a idéia de proteção e se chegar à concepção de filho-sujeito titular de direitos, tratado “como individualidade, que deve ser considerada só por si e para si mesmo educada”

A concepção ultrapassada da autoridade parental como uma poder-sujeição tornou-se inadmissível na visão humanista da família, na qual os aspectos de afetividade, solidariedade, compreensão mútua e participação entre todos os membros do agregado se fazem presentes, por isso a crítica à nomenclatura anteriormente utilizada.

O filho não mais pode ser visto como objeto ou sujeito passivo, mas como o destinatário principal da relação, da qual também participa e interage, inclusive emitindo a sua opinião, que de ser efetivamente considerada de acordo com a maturidade do filho.

O pai e a mãe, por outro lado, dado o princípio da igualdade, estão em posições equivalentes para o exercício da autoridade parental, e devem somar-se para a realização do filho.

O antigo pátrio poder concentrava poderes na figura do pai e tinha como principal objetivo a gerência do patrimônio dos filhos, numa relação essencialmente hierárquica, baseada no dever de obediência do filho. A ascendência era natural e inquestionada, fundamentada na desigualdade paterno-filial, e somente os filhos legítimos ou legitimados recebiam proteção legal, marcadamente sob aspectos patrimoniais.

Na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade bio-psíquica, e, sobretudo, pautada no afeto.

A moderna visão da autoridade parental exige que ambos os pais se façam presentes na vida de seus filhos ainda que sejam separados e haja conflito familiar entre eles em si. Não basta simplesmente pagar um bom numerário de pensão alimentícia e fiscalizar, ao longe, a

criação e educação dado ao filho por uma terceira pessoa. É preciso convívio, interação, troca de experiência, atenção e responsabilidade por ter trazido ao mundo um ser humano que não pediu para nascer. As questões patrimoniais adquirem uma relevância secundária, sobrelevando os aspectos existências, vinculados à dignidade da pessoa humana, o carinho e a afetuosidade cultivada no contato com os filhos.

Assim, a educação do filho, como uma das facetas dos deveres decorrentes do poder família, não consiste apenas na obrigação de zelar para que o filho receba instrução escolar ou profissional. Consiste também na transmissão de valores morais e éticos. Os pais são responsáveis pela formação de seus filhos, inclusive por atos ilícitos por eles praticados. Assim, não basta a educação formal, é preciso que o filho seja educado para viver em sociedade, aprendendo a respeitar o próximo, agir corretamente, sendo repreendido por mau comportamento. Nenhuma criança nasce educada, sendo necessário que os pais, num esforço cotidiano, lhe formem o caráter e lhe infundam bons princípios. Como poderá o pai ou mãe afastados do filho contribuir na transmissão de seus valores? O exemplo dos pais desempenha um papel de seus valores? O exemplo dos pais desempenha um papel importante na formação psíquica do filho. A sua participação no processo educacional do filho é deveres importante, ainda que não seja perfeita. Muito mais do que bônus, a autoridade parental é um ônus, um dever jurídico imposto aos pais na criação dos filhos visando à plena formação espiritual, educacional e moral destes.

Nesta moderna concepção, a autoridade parental sem o concomitante contato entre pais e filhos estaria esvaziada da sua principal função de promoção do desenvolvimento da personalidade do filho com amor, carinho e participação, pois é através do convívio que floresce o amor, que se trocam experiências, se fortalecem os vínculos parentais e se edifica a personalidade do filho.

Afinal, a família responde a necessidades humanas e sociais relevantes, uma vez que o ser humano não existe sozinho, mas em relação com outro. A idéia de família é importante mesmo quando se esta distante, pois está presente como realidade que determina o sentido existencial das pessoas, confortando o ser humano pela simples constatação de que ele não está só, afetivamente, no universo, mas que alguém se preocupa com a sua existência. E ainda porque aglomera relações de reciprocidade afetiva (nem sempre equivalentes). A idéia de família, portanto, perfaz a construção da personalidade do filho.

A igualdade, o convívio e a ética dos pais no exercício da autoridade parental são as notas essenciais da nova dimensão do instituto. As questões referentes à conjugabilidade devem ser tratadas com distinção em relação à parentalidade, a fim de que relação existente entre os pais não prejudique o direito dos filhos.

4.3 O Princípio da Igualdade

O grande marco legislativo da alteração da concepção da família foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, trazendo uma nova realidade axiológica na interpretação da legislação de família, rompendo drasticamente com a visão excludente, desigual e discriminatória de outrora.

Desta feita, com inovação à ordem jurídica anterior, foi estabelecido pela Constituição da República do Brasil de 1988 o princípio da igualdade entre os entre os cônjuges, o princípio igualdade entre os filhos, o princípio da paternidade responsável, o princípio da prioridade dos interesses das crianças e adolescentes, o princípio do respeito à individualidade e não discriminação, entre outros.

Reconheceu-se o direito à felicidade individual nas relações afetivas permitindo-se o divórcio desvinculado de qualquer noção de culpa, e, ainda, houve a previsão constitucional de outras formas de entidades familiares além do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (aquelas formadas pela união de qualquer dos pais e sua prole), garantindo-se a proteção legal do estado. Foram assegurados direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundo ou não do casamento, e igualdade entre o homem e a mulher. Casados ou não, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

A Carta Magna, no Título referente aos direitos e garantias fundamentais (artigo. 5º, inciso I da CF), garantiu igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e, no Capítulo específicos que trata da Família, dispôs no artigo. 226 § 5º que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Conforme leciona Luiz Edson Fachin, a Constituição de 1988 estabeleceu a direção diárquica

da família à luz da igualdade, contrapondo-se à direção unitária consagrada pelo Código Civil de 1916.

Assim, ficou estabelecido no texto constitucional e corroborado pela legislação infraconstitucional posterior (artigo. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo. 1631, parágrafo único do Código Civil de 2002) um colegiado para o exercício da autoridade parental, do qual fazem parte a mãe e o pai, sem sobreposição de um sobre o outro, assegurado o direito de recorrer ao Poder Judiciário em caso de divergência.

E, se estamos falando em igualdade entre os pais, em gestão colegiada da autoridade parental, em direito ao divórcio e à felicidade individual, não podemos retirar do pai ou mãe separado a titularidade e o exercício do poder familiar, nem, principalmente, retirar do filho de pais separados a convivência e a proteção decorrente da autoridade parental de seus pais. Afinal, o amor nasce da convivência, da cumplicidade e dos cuidados do dia a dia.

A gestão colegiada do poder familiar, quando em tema pais separados, ainda causa a alguns operadores do direito muita resistência, talvez por uma visão arcaica e conservadora, na qual se prioriza o direito dos pais – de ignorar o ex-consorte em detrimento do filho, que passa a ser educado somente por um só de seus pais com seu eventual novo companheiro, sob o argumento de necessária “paz doméstica”. Este mesmo raciocínio, voltado à paz doméstica, levou muitos a defenderem a chefia centralizadora da sociedade conjugal pelo marido, ainda que houvesse o sacrifício da mulher e dos filhos, pois assim se evitariam litígios e desavenças no âmbito familiar, supostamente atendendo aos interesses dos filhos e da instituição família. Felizmente, esta visão foi superada, consagrando-se a igualdade entre o homem e a mulher no sistema jurídico brasileiro.

O exercício da autoridade parental é igualitário e conjunto dos pais, sejam estes um casal ou não, visto que, desde 1988, a relação existente entre os pais (se são casados ou não, se tem bom relacionamento ou não) não pode prejudicar, nem minimizar os direitos dos filhos para com seus pais, nem tão pouco restringir a relação de convivência e afeto entre os mesmos.

A gestão ou administração colegiada não é novidade no Direito. As decisões dos nossos órgãos jurisdicionais superiores são, de uma maneira geral, produto de uma decisão colegiada.

E o Júri nos Estados Unidos? Imagine-se o quão difícil há de ser um consenso entre doze integrantes. Muitas sociedades comerciais e, principalmente fundações, costumam estabelecer em seus constitutivos uma diretoria colegiada, na qual a administração e gestão financeira (como assinatura de cheques), devem ser em conjunto, ou pelo menos com a assinatura de mais de um membro da diretoria. Não é, portanto, nenhum absurdo jurídico que o novo direito de família tenha estabelecido, em matéria de exercício de autoridade parental, uma direção diárquica do poder familiar, de modo que ambos os pais, casados ou não, juntos ou separados, devam somar-se e tolerar-se para a educação do filho, respeitando-se e concentrando os seus esforços para proporcionar bem esta à criança.

Acresce-se, ainda, que a par do colegiado existente entre os pais, o Estado, por força do principio da proteção integral, deve intervir na relação de corrente da autoridade parental, para evitar abusos dos pais e contribuir para que os atritos sejam minimizados em prol da criança, garantindo-se a ela o direito fundamental à convivência familiar com ambos os pais, numa dupla realização, dos pais e dos filhos. O,legislador, ao criar o arcabouço principio lógico de garantias para a criança e o adolescente, o fez para permitir que o se humano em momento tão peculiar de formação estivesse protegido, e convocou a família, a sociedade e o Estado a promoverem tal proteção.

A primeira etapa da intervenção do Estado se dá na promoção de condições básica de saúde para a gestante, ainda na fase pré-natal, a fim de que o ser humano em crescimento dentro do ventre materno receba os cuidados mínimos necessários.

A segunda etapa da intervenção do Estado, através de seus agentes, e neles incluídos o próprio Ministério Públicos, deve se a de garantir um registro civil no qual conste o nome da mãe e do pai para todas as crianças, conforme determina a Lei 5.560/92. a legitimidade do Ministério Publico para a propositura da ação de investigação de paternidade decorre do interesse da sociedade, e desse dever do Estado, no sentido de que todas as crianças tenham pai e mãe registrados. Mais do que direito subjetivo, a criança tem uma necessidade subjetiva de proteção, justificada pelo natural impedimento de reivindicar, por si só, o respeito aos seus direitos.

Nas etapas seguintes, sem uma ordem preconcebida, existe o dever do Poder Publico na promoção de políticas públicas de promoção família, no oferecimento de educação e saúde

de qualidade, e criação de mecanismos de proteção da criança e do adolescente. Há interesse públicos na existência das Varas de Família e na intervenção do Ministério Públicos nos processos de divórcio, separação judicial, alimentos, guarda, regulamentação de visitas, visto a situação de vulnerabilidade que a ruptura da sociedade conjugal traz para os menores envolvidos, haja vista o desgaste emocional de seus pais e os conflitos familiares daí decorrentes.

Neste contexto de litígio familiar se nota a inter-relação existente entre as Varas de Família e as Varas da Infância e Juventude. Por conta do litígio exacerbado entre os pais em si, muitas crianças tem seus direitos ameaçados ou violados por abuso dos mesmos, ensejando a situação descrita no artigo. 98, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os pais, por sua vez, descumprindo os deveres inerentes à autoridade parental, poderão responder pela infração administrativa prevista no artigo. 249 do diploma legal mencionado.

A conjugabilidade deve ser tratada distintamente da parentalidade. A falta de amor entre os cônjuges não pode afetar, nem atrapalhar os vínculos afetivos de pais e filhos, nem privá-los do direito ao convívio familiar com ambos.

4.4 A Importância da Guarda Compartilhada

Segundo a concepção privatista em que se fundava o Código Civil de 1916, se os pais não praticassem nenhum ato caracterizador de ilícito que autorizasse a suspensão ou a destituição da autoridade parental, não poderia o Estado imiscuir-se naquela relação, que era essencialmente doméstica e privada.

A família ganhou expressa tutela do Estado e as regras familiares, hoje em dia, têm nítido caráter público, com pouca autonomia da vontade particular. O Estado intervém para regulamentar, além do casamento, as uniões livres e a própria autoridade parental. A família “deixou de ter um regime submetido à vontade dos indivíduos”. A Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado o dever de assegurar proteção à família na pessoa de cada um dos membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência doméstica (artigo. 226, parágrafo 8º).

È dever não só dos pais, ma de toda a família, da sociedade e do Estado, “assegurar à criança e, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, alem de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Constituição Federal, artigo. 227). A autoridade parental é, na atualidade, mais um dever do que um poder. E cabe ao Estado intervir nessa relação, e ainda criar mecanismos de participação de ambos os pais no convívio com o filho.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente impõe que o Estado preste-lhe tutela “independente de estarem as crianças sob o abrigo da família ou expostas à dureza e crueldade das ruas. À pessoa, em peculiar fase de desenvolvimento, é direcionada é direcionada à proteção integral”.

A mera constatação jurídica de que a autoridade parental é igualitária, garantida a ambos as pais mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, ao garante, por si só, a participação e efetiva convivência dos pais na vida de seus filhos. Aliás, sem convivência, a relação de afeto se enfraquece.

Os litígios familiares,acentuados pela crise econômica que se estabeleceu no pais em função do desemprego, ausência de escola e saúde de qualidade, e ainda pela resolução de papeis na família, crescem gradativamente sem uma solução atual a contento dos agentes envolvidos.

Expõe Eliana Giusto, com muita sensibilidade, a problemática atual do nosso sistema, que, embora clame pela promoção da dignidade da pessoa o humana, pela igualdade de direitos entre o homem e a mulher e pela paternidade responsável, tende a excluir o pai separado, amoroso e presente, do convívio com seu filho:

A igualdade de condições entre pai e mãe geralmente dá a vitória à mulher, discriminando o homem. Nestes casos, o contraditório nem se estabelece. A bem da verdade, isto fere o princípio constitucional, podendo ensejar, na esfera processual, recurso até o Supremo Tribunal Federal.

Na lide forense, sabe-se que a disputa processual, que é resolvida apenas com o recurso à superior instância, no caso referido ao Sistema Tribunal Federal, dura vários anos. E, quando a matéria diz respeito à guarda de filhos, nestes anos em que a disputa se prolonga, eles crescem, perdendo-se o objeto da lide. Os filhos cresceram, foram cuidados e educados pela mãe, quando não pela avó ou pela babá, e todas as teorias psicológicas quanto à presença do pai na sua educação e formação de caráter, personalidade e identidade sexual se perderam no tempo. Resta, então, como um último recurso, na esfera pessoal, a terapia psicológica, que nem sempre é buscada, ou mesmo eficaz.

[...], pais presentes existem. São amorosos, responsáveis e batalhadores, mas sofrem ainda graves discriminações. E para o bem de seus filhos e de uma sociedade melhor, devem ser acolhidos pelo sistema jurídico, ao mesmo com igualdade em relação à mulher, quando se trata de questões de guarda.

Na verdade, tudo isso é para dizer que cuidando melhor deste assuntos, teremos como resultado uma sociedade constituída de pessoas mais equilibradas, mais sadias e mais felizes.

E a vida de todo e qualquer ser humano não se resume na busca constante da felicidade?

A dor pelo afastamento do filho é sentida pelo não guardião, independente de ser ele o pai ou a mãe. Ainda não há, sem a guarda compartilhada, mecanismo jurídicos seguros que garantam um bom convívio entre os pais separados e seus filhos.

Compartilhar a guarda significa partilhar em conjunto a educação e criação do filho, sob os aspectos de assistência material, moral e de convivência. É a co-responsabilidade e co-participação real na vida do filho.

Em relação aos casos mencionados no início do trabalho, a ausência de um mecanismo concreto que garantisse o convívio dos filhos com ambos os pais, possibilitou que a relação entre o não guardião e o filho fosse enfraquecida.

Se por um lado o Direito é um lugar onde as transformações se dão lentamente, com certo conservadorismo, por outro lado, é também um espaço de luta por valores justos, cooperando, de forma significativa, para mudanças sociais necessárias ao justo avanço da igualdade e do respeito aos interesses de crianças e adolescentes.

Com frequência muito maior do que a desejável, os filhos do divórcio não são somente atingidos pela dolorosa modificação da estrutura familiar, com todas as perdas dela advindas, mas são incluídos como partícipes de uma luta na qual são oponentes as pessoas com quem elas possuem o maior e mais importante vínculo afetivo e das quais elas mais necessitam e dependem: seus pais, conforme expõe Maria Antonieta Pisano Motta.

A tarefa de assegurar a cada criança a oportunidade de se desenvolver como membro de uma família, que embora modificada continue sendo um lugar de acolhimento e proteção, torna-se de complicada execução se não há permissão de convívio e nem respeito à figura parental do outro genitor. É necessária a intervenção do Estado não somente através de produção legislativa, mas, sobretudo, na mudança do pensamento de todos os agentes envolvidos, e, ainda, na criação de mecanismos concretos como mediação e tratamento psicológico especializados para pais em conflito.

A guarda compartilhada é uma alternativa aplicável não somente aos casos em que há uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mais também, a nosso ver, e sobretudo, como solução para os litígios mais acirrados nos quais as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e dificuldades advindos da conjugabilidade desfeita do exercício da parentalidade.

Note-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ainda está debutando, completando, neste ano de 2005, o seu aniversário de 15 anos.

A Constituição da República de 1988, consagradora de tão importantes princípios igualitários e humanistas, ainda não alcançou a maioria, visto não ter completado 18 anos

de idade. A Lei do Divórcio (Lei 6515/77), por sua vez, permitindo o reconhecimento jurídico da ruptura conjugal, ainda não alcançou 30 anos. Veja-se quão jovens são os mencionados diplomas legais.

Percebe-se, portanto, como são recentes as alterações legislativas no âmbito familiar. As transformações, contudo, não foram capazes de modificar a mentalidade de grande parte da população brasileira, notadamente de operadores do direito ainda presos a critérios estabelecidos no antigo Condigo Civil de 1916, que tinha uma definição rígida dos papeis do homem e da mulher no âmbito familiar, e que vêem, com muita resistênciã, a possibilidade de convivência participativa de ambos os genitores na criação do filho num ambiente de litígio entre eles. A intervenção do Estado se faz altamente necessária e importante para amenizar esses litígios, aparando as arestas das partes em prol de um objetivo comum, o convívio, a criação e a felicidade do filho.

Por sua vez, grande relevância nos meios acadêmicos e doutrinários tem-se dado ao tema da maternidade e paternidade sócio afetiva. Mães e pais afins passam a ter os direitos inerentes à autoridade paterna, com uma grande vantagem sobre o pai ou mãe não guardião, eles têm a convivência. E se é da convivência que nasce o amor, e exercida de fato a autoridade parental, se não houver um mecanismo real de participação do pai ou da mãe não guardião na vida de seu filho, havendo litígios familiares com o guardião, há um forte risco de alteração da referencia paterna ou materna para a criança, estimulada, muitas vezes, pelo próprio guardião em favor de seu novo consorte. A visita fixada em finais de semanas alternados é um método ultrapassado de garantir um bom convívio do não guardião com seu filho.

Estabelecendo-se uma ruptura no sistema vigente de guarda única para recepcionar a guarda compartilhada, viabiliza-se a definição de regras, no caso concreto, possibilitando um maior contato dos filhos com ambos os pais após a dissolução do casal conjugal, de maneira mais ampla que a mera visita tradicional. Dado o rigor das normas de processo civil torna-se possível, em um único processo judicial de guarda, seja garantido o convívio de ambos os pais, sem necessidade formal da existência de outro processo judicial de regulamentação de visitas, além de quebrar eventuais preconceitos e resistências para uma resposta judicial rápida em relação ao convívio do não-guardião.

A guarda compartilhada pode revelar, muitas vezes, um poder de conseguir que os pais sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, validando o papel parental de ambos com igualdade de importância e de relevância, incentivando-os ao envolvimento próximos, contínuo e estável para o bem estar dos filhos.

A previsão legislativa da guarda compartilhada reforça a importância da participação de ambos os pais na vida de seus filhos, e deve ser instrumentalizada com regras estabelecidas no caso concreto, conforme sugestão exposta em outro trabalho. Antes de qualquer efeito jurídico, já tem um impacto positivo na mente dos pais envolvidos que evita o sentimento de perda, natural em processos judiciais, quando a guarda do filho é concedida ao outro. A adversariedade do processo tradicional de guarda, na busca de uma das partes que possua “melhores condições de criação do filho”, acirra a litigiosidade, e a guarda compartilhada abre espaço para a harmonia, a co-responsabilidade dos pais e redução do conflito.

Por óbvio que a implementação desta idéia não é simples e precisa ser conjugada com regras definidas no caso concreto, auxílio de serviço de mediação, encaminhamentos dos pais a tratamentos psicológicos, e previsão previa de sanções para eventuais abusos, relevando o comportamento ético das partes.

4.5 A Ética no Exercício da Autoridade Parental

Segundo a teoria do “mínimo ético”, exposta pelo filósofo inglês Jeremias Bentham, depois desenvolvida por vários autores, entre os quais Georg Jellinek, o direito representaria o mínimo de ética declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver.

Não adentrando na controvérsia filosófica e jurídica quanto á importância da ética no direito, o fato é que o comportamento ético dos pais é de fundamental importância para o bom exercício da guarda, seja esta unilateral ou compartilhada.

Há uma tendência de expansão, cada vez maior, das normas éticas para o mundo jurídico, principalmente no direito de família, considerando a preocupação do direito contemporâneo com a proteção da pessoa humana em sua completude. Já se fala, hoje em dia,

do princípio da eticidade, dada a relevância do comportamento ético e da boa fé nas relações jurídicas.

A tutela da dignidade humana encontra-se no vértice do nosso ordenamento jurídico, dada a sua previsão constitucional destacada, e é princípio orientador de toda a sua interpretação da legislação infraconstitucional. A personalidade humana é um valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações nas quais a pessoa possa se encontrar a cada dia.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, absolutos, oponíveis erga omnes, atípicos (não taxativos), imprescritíveis, irrenunciáveis, inalienáveis e que não sofrem restrição nas relações familiares. Muitos pelo contrário, a consideração e o respeito mútuo são exigíveis dos cônjuges e companheiros, de pais e filhos e de ex-consortes, dada a proteção constitucional prevista no artigo. 1º, inciso III e artigo. 5º, inciso X, aplicáveis a qualquer pessoa humana, corroborada, em relação à família, pelo artigo. 226, parágrafos 7º e 8º, entre outros. É desnecessário discutir se há um único direito ou classificar múltiplos direitos da personalidade, pois o que se busca é salvaguardar a pessoa humana sob todos os aspectos.

É comportamento esperado dos pais no campo ético que se expande para o mundo jurídico: respeitar o filho e a figura parental do outro genitor à criança, permitir o convívio do filho com os avós e demais parentes, pagar pensão alimentícia compatível com as reais possibilidades, reconhecer o filho voluntariamente, amparar, proteger e se fazer presente na vida do filho, entre outros. Percebemos, todavia no cotidiano da lide forense, o constante desrespeito a estas diretrizes. A doutrina vem construindo o caminho para a proteção jurídica de tais valores, que vêm, gradativamente, sendo amparados pela jurisprudência e legislação contemporânea, incluindo-se a guarda compartilhada como mais um arma na defesa destas premissas essenciais para a boa formação da criança.

Nos casos mencionados no início deste trabalho, a guarda compartilhada teria auxiliado na prevenção das situações apresentadas, reforçando os vínculos de afetividade entre os pais e filhos, através de mecanismos seguros, utilizados no caso concreto, que viessem a garantir a presenças de ambos os pais na criação do filho.

Os pais afastados conseguiram ter um espaço próprio satisfatório de convivência com o filho, o que restringiria os desmandos do guardião único, que teria que respeitar o espaço e a figura parental do outro, com risco à própria guarda exercida.

Os pais (mães e pais), mencionados no primeiro e no segundo caso, poderiam ter sido encaminhados a tratamento psicológico desde o início da propositura da ação judicial, ou a serviço de mediação familiar, e coagidos, através de regras concretas, a aprender a conviver pacificamente, em benefício do menor. Regras e limites para o comportamento desses pais haveriam de ser fixadas, a fim de que o mau exercício da autoridade parental representasse um risco para o próprio direito à guarda compartilhada. A inversão da guarda e eventual multa são mecanismo plausíveis.

No terceiro caso, a adoção pelo marido da mãe aniquilou o pai biológico de todos os seus direitos sobre sua filha. certamente o pai ou a mãe, com a garantia judicial de um bom convívio com o filho, não teria se curvado a uma resistência do guardião. Teria tido mecanismo judiciais e reais de se fazer presente na vida do filho, independente de qualquer litígio em relação à pensão alimentícia. Na escola, teriam dito: “eu também tenho a guarda, quero ser comunicado da vida escolar do meu filho!”. Buscando a Justiça, e sendo de ambos o convívio, com dias e horários expressamente determinado, razão não haveria para uma demora no provimento jurisdicional viabilizando o contato de pais e filhos. O pai, com convívio amplo garantido judicialmente, teria como se fazer presente, e não perderia os vínculos afetivos com o filho para o novo companheiro da mãe.

A mãe mencionada no artigo caso, que teve problemas de saúde, caso tivesse sido estabelecida a guarda compartilhada, não teria o sentimento de perda que a sentença gerou ao conceder ao pai a guarda, o que certamente representou para ela mais uma dor, e teria a oportunidade de impo a sua presença aos filhos afastados, na tentativa de reverter a imagem negativa plantada pela família do pai. Somente pelo convívio a imagem da mãe poderia ser resgatada. O pagamento de danos morais certamente não teria utilidade para ela.

Os genitores mencionados no quinto caso, com a guarda compartilhada, não teriam justificativa para estarem ausente da vida dos filhos. As escolas, por sua vez, teriam o dever de comunicar a ambos os pais os eventos, reuniões e convocações escolares, o que já deveria

ser praxe desde já (a simples dissolução da sociedade conjugal não destitui o poder familiar do não guardião).

Todo direito possui um elemento formal e outro axiológico, de conteúdo valorativo. Quando o elemento formal é ofendido estamos diante de uma ilegalidade, mas quando o fundamento axiológico é atingido estaremos diante de um abuso do direito. A omissão do afeto no exercício da visitação do ex-consorte são exemplos de abuso no exercício da autoridade parental, e que devem ser combatidos através de mecanismos seguros. Dentro do poder geral de cautela do Magistrado existe a possibilidade de fixar multa na busca de viabilizar o direito de convívio do outro genitor. Há a possibilidade, ainda, de ser imposta a inversão da guarda em favor do genitor mais flexível e com comportamento ético mais adequado. Não se descarta, ademais, o pagamento de danos, morais em razão da violação de direitos da personalidade no âmbito familiar, como a atitude de denegrir a imagem do outro genitor perante o filho. São situações existenciais que merecem proteção jurídica.

Na sociedade atual é muito comum que ambos os pais, tanto o homem quanto a mulher, busquem a realização profissional fora de casa, longe do ambiente residencial. Por certo que, se os pais são separados, e o guardião exerce funções laborativas ausentando-se de casa, permitir o convívio do menor com outro genitor, durante sua ausência, na medida em que irá reforçar os vínculos de afetividade, será muito mais proveitoso para a criança do que deixá-la aos cuidados de uma babá, empregada ou em uma creche, visto que a relação estabelecida entre estes últimos é de cunho financeiro e não afetivo. Dividir momentos de lazer, nos finais de semana, em acréscimo, será salutar para ambos. Não se justifica, portanto, a resistência a um bom convívio entre pais e filhos quando existe possibilidade e vontade desta aproximação.

Leila Maria Torraca de Brito, desmistificando a resistência existente à guarda conjunta ou compartilhada, assinala que “a criança deve se sentir em casa tanto na residência de seu pai quanto na de sua mãe, identificando cada um desses espaços como um porto seguro onde sente firmeza para ancorar suas alegrias, tristeza e dificuldades. [...] torna-se comum observamos bebês com poucos meses de idade já levados para as creches – onde passam grande parte do dia – com suas roupas e objetos de uso diário acondicionados em mochilas. Podemos observar, assim, que já frequentam espaços físicos distintos e locais onde possuem

pertences específicos. Nesse sentido, pode-se questionar: o que oferece a creche que a casa do pai não pode oferecer”?

O princípio do melhor interesse da criança, como principal fundamento das decisões envolvendo guarda ou adoção de menores, exige a análise do comportamento dos pais pelos operadores do direito. A transmissibilidade de bons valores, o estímulo do convívio familiar com os pais, avós, irmãos e demais parentes, no respeito à figura parental do outro genitor, no cuidado e disponibilidade afetiva, são elementos a serem considerados para a definição da guarda. É importante que os genitores tenham consciência do seu papel de educadores, de exemplo para o filho e da necessidade de estar presente e ainda respeitar a convivência familiar do filho com seus demais parentes como estímulo para o afeto entre eles. Afinal, conforme já exposto, a afetividade floresce na convivência, nos cuidados do dia a dia, em ambiente de solidariedade e responsabilidade.

Sugestão que se faz é que, em todos processos de guarda judicial na qual ambos os pais pretendam exercê-la, seja deferida provisoriamente a guarda compartilhada, em dias e horários plausíveis de acordo com os dados contidos no processo, e previsão de multa pelo comportamento antiético dos pais de restrição ao convívio ou não respeito à figura parental do outro, a fim de estimular a participação conjunta dos pais na criação do filho. A guarda compartilhada fixada provisoriamente, conforme sugestão acima, devesse ser avaliada durante o curso do processo, após análise da equipe técnica do Juízo, a fim de ser aperfeiçoada, de modo que as regras possam atender às peculiaridades da família envolvida e garantido o direito do filho a um desenvolvimento sadio e feliz.

Flávio Guimarães Lauria ressalta que “durante a infância e a adolescência, o ser humano se encontra em uma fase peculiar de sua existência e as experiências que vai vivenciar ao longo desta etapa da vida terão repercussão na formação de sua estrutura psíquica. Dentre os fatos mais importantes deste momento tão peculiar estão aqueles que dizem respeito ao relacionamento da criança com seu pai e sua mãe e que terão ligação direta com o exercício das respectivas funções materna e paterna”. E, como decorrência da autoridade parental, os pais têm o dever e o direito à convivência com os filhos com forma de realização e crescimento pessoal.

Assim, como nem todos querem viabilizar de maneira espontânea o convívio do filho com outro genitor, é indispensável armar de mecanismos jurídicos defesa do convívio familiar, a fim de que possa ser exigido coercitivamente, sem resistência e morosidade pelo Poder Judiciário.

Dos pais se exige muito mais do que simplesmente criar os filhos. É necessário criá-los com amor, ética e responsabilidade, preparando-se satisfatoriamente para a vida adulta. Os problemas e frustrações pessoais dos pais, num contexto de litígio, devem ser contidos, poupando-se os filhos dos desgastes na medida do possível. O respeito à pessoa humana do filho e a preocupação com a sua felicidade, o estímulo e zelo pelo bom convívio do filho com o outro genitor e demais familiares, a educação, o sustento, a transmissão de bons valores, enfim, são preocupações que devem estar presentes na consciência dos pais num rol extenso, não exaustivo, que se amplia a cada dia, e que vem encontrando, nos estudiosos do direito protetivo de crianças e adolescentes, uma gama de responsabilidades outrora jamais imaginada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir este estudo, algumas idéias se colocaram como importantes que aqui serão expostas á guisa de conclusão sobre a guarda compartilhada.

Para a criança, a união dos pais é física e espiritualmente necessária, pois ela própria percebe o seu vínculo com os pais como um sustentáculo em que apóia a sua vida. A quebra do vínculo conjugal vem ameaçar a despontar, representando uma cisão na ordem das coisas.

Neste diapasão, torna-se imprescindível privilegiar o convívio do filho com seus dois genitores, sem esquecer dos avós que, a exemplo das crianças, são igualmente penalizados pelas mazelas do casal que se separa. Analisando esses efeitos negativos, tem surgido ao longo dos anos e agora firmando com o Novo Código Civil uma espécie de Guarda que já é usada em outros países que é a Guarda Compartilhada: uma modalidade de guarda na qual ambos os genitores têm a responsabilidade legal sobre os filhos menores e compartilham, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, todas as decisões importantes relativas a eles, embora vivam em lares separados.

A noção da Guarda Compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade. A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais. As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelo Estado, para proteção integral dos menores.

Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais. O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreçam a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão

não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procura-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição equitativa da autoridade parental. A guarda “exclusiva”, “única” cede lugar as novas modalidades de guarda alternada, dividida, e finalmente compartilhada ou conjunta.

A guarda compartilhada de forma notável, favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a idéia de posse.

Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre o prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole.

Não resta dúvida que a continuidade da relação da criança com seus genitores acaba por manter de forma mais normal e equilibrada o estado emocional e psicológico do filho.

Esse novo modelo de guarda, mostra-se lícito e perfeitamente possível em nosso Direito, desde que adequado a nossa realidade, como disse a Dra Maria Luiza Povoá da Cruz, juíza da 2ª. Vara de Família “A Guarda Compartilhada não coaduna com a nossa realidade social, onde o poder aquisitivo é baixo, onde o Brasil exige buscar exemplos de legislação no direito comparado, distante da nossa realidade.” Com a guarda compartilhada almeja-se através do consenso entre os cônjuges separados, a conservação dos mesmos laços que uniam os pais e filhos antes da separação buscando-se um maior equilíbrio e harmonia na mente daqueles que são os destinatários dessa solução.

Conclui-se assim, que a moderna visão da autoridade parental impõe aos pais mais deveres do que poderes em relação à vida do filho, com o intuito de protegê-lo e colaborar para o seu desenvolvimento pleno. Exige-se que os pais se façam presentes na vida dos filhos, como oportunidade para o fortalecimento dos vínculos afetivos, e que haja o compromisso com o bem estar e felicidade do filho, com respeito à figura parental do outro genitor, ainda que haja litígio entre os pais em si. O direito atual apresenta um avanço na proteção da figura da pessoa humana e no respeito à sua dignidade.

As relações entre pais e filhos, considerando a Constituição Federal de 1988, foram funcionalizadas para o amor, a proteção e a educação global.

Princípio de cunho participativo, democrático, igualitário, includente, de paternidade responsável, de gestão colegiada da autoridade parental, da autoridade parental, da prioridade dos interesses dos filhos, de respeito à condição especial de pessoas em desenvolvimento, com a proteção de todos os aspectos inerentes à personalidade são diretrizes a serem seguidas. A busca alternativa de um dos pais que apresente “ melhores condições” para a criação dos filhos contribui para o incremento de tensões e agressividade entre as partes, prejudicando a educação participativa dos filhos.

A tarefa de assegurar a cada criança a oportunidade de se desenvolver como membro de uma família, que embora modificada continue sendo um lugar de acolhimento e proteção encontra proteção no instituto da guarda compartilhada.

A ética no exercício da autoridade parental, ademais, expande seus horizontes, alcançando proteção jurídica em múltiplos aspectos, dada a importância da relação familiar para a sociedade e para o Estado, sendo de especial relevância no contexto da guarda compartilhada. É importante que os genitores estejam conscientes de suas responsabilidades como educadores e exemplo de vida para o filho, de respeito à integridade física e psíquica da criança, do estímulo à convivência familiar do filho e respeito à imagem do outro genitor e demais parentes. O direito, seja através da tutela da personalidade humana, da doutrina do abuso do direito, da proteção do interesse superior da criança, e da guarda compartilhada, vem fornecendo os subsídios legais para coibir o abuso dos pais e valorizar o comportamento ético dos mesmos, que, afinal, são o primeiro e principal exemplo – maior referência na vida do filho. Através dos pais, os filhos constroem a sua personalidade e caráter, e se projetam para a vida, levando consigo os valores que foram plantados.

O Conceito da Guarda Compartilhada está ancorado no texto do artigo. 229, da Constituição Federal, que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar. Sendo assim, torna-se a guarda compartilhada o modelo compatível, desde que, a lei seja adequada à nossa realidade, proclamando-se a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e impondo aos

pais obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados por seus dois pais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. **A guarda compartilhada**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível no site em:

<http://www.pailegal.net/textocompleto.asp?istextotipo-justica&textold-146573973>.

Acesso em: 29 set 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. São Paulo: Universitária do Direito, 1984.

BORDA, Guilherme A. **Tratado de Direito Civil**. In: CRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRITO, Leila Maria Torraca de. De Competencias e Convivências: Caminhos da psicologia junto ao direito da familia, In: BRITO, Leila Maria Torraca de. (org). **Temas de Psicologia Juridica**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

CRUZ, Maria Luiza Povoá. **A Guarda Compartilhada**. *Jornal Opção*. Disponível no site: <http://www.jornalopcao.com.br/index.asp?secao=Reportagens&idjornal=86&idrep=781>.

Acesso em: 15/11/07.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de Menores**. In: CRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito de Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, V.S. Direito de Família.

FACHIN, Luis Edson. **Da paternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de Filho**. *COAD-ADV-Informativo Semanal*, Rio de Janeiro: 2002.

GRISSARD FILHO, Valdire. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2006, p. 56.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: RT. 1997.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Tutela de Filiação**. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, Rio de Janeiro: v.4 a 4, 1999.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Direito de Família do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, v.2. Direito de Família: 32 ed. 1995.

NETO, Jose Antonio de Paula Santos. **Do Pátrio Poder**.1994, p. 40.

PEREIRA, Caio Mário Sá da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910.

PIMENTAL, Silva, Di Giorgi, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/ Personagem Mulher em Processo de Família**. São Paulo: Fabris, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1939.

ROCHA, J. V. Castelo Branco. **O Pátrio Poder**. São Paulo: Universitária, 1978.

ROCHA, Manoel Antonio Coelho da: **Instituição de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1984, V.4.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: saraiva, 1987. v. 6. Direito de Família.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: RT, 1994.

SILVIA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ATRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filho**. São Paulo: RT, 1998.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: a. 4, v. 193.

_____. São Paulo: a. 51. v. 317, p. 51, 1962.

_____. São Paulo: a. 51. v. 317, p. 208

BRASIL, Constituição da República Federativa. Senado Federal. Brasília: 1988.

_____. Estatuto da Criança e do adolescente. Lei n. 8.069/1990.

_____. Código civil 2002- Lei n. 10.406.11.01.2000.

_____. Código Civil 1916 art. 383.

_____. Lei do Divórcio n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.