

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

GUARDA COMPARTILHADA

Fábio Gomes de Mattos Garcia de Oliveira

Presidente Prudente/SP
2001

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

GUARDA COMPARTILHADA

Fábio Gomes de Mattos Garcia de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a. Maly Aparecida Ferreira.

Presidente Prudente/SP
2001

Tornar-se ex-marido ou ex-mulher é possível, mas não é possível tornar-se ex-pai ou ex-mãe.

Giusti.

Dedico este trabalho à
minha mãe Florisa, meu pai
Ubajara, meu irmão Marcelo,
meus avós Yara, Oswaldo, Maria
Thereza e João Carlos, e a todos
que de alguma forma
contribuíram à minha formação.

AGRADECIMENTOS

A Deus, sem ele nada seria possível.

À Dra. Maly Aparecida Ferreira, pela disposição ao me orientar, pela paciência ao me ensinar e corrigir este trabalho.

Ao Dr. Jefferson Fernandes Negri, pelos preciosos ensinamentos que me propiciou, quando atuei como conciliador no Juizado Especial Cível, e também por aceitar fazer parte da banca examinadora deste trabalho.

A Dra. Ana Lúcia Fernandes, pela disposição em analisar este trabalho, compondo a banca examinadora.

A todos os professores, pelo empenho, dedicação e amizade.

A todos os amigos da faculdade, pela amizade, incentivo e ajuda; e também à A.D., amigos fraternos.

À minha mãe, pelo incentivo e confiança depositados em mim.

E por fim, aos meus avós Oswaldo de Oliveira e João Carlos Mattos que, mesmo não tendo este objetivo, me fizeram ingressar na área jurídica.

Resumo

O presente trabalho enfocou o instituto da guarda compartilhada, demonstrando a possibilidade de aplicação deste em nosso ordenamento jurídico, bem como seus aspectos positivos e negativos e as conseqüências trazidas ao menor.

Para isto foi analisado primeiramente o instituto da guarda, dando a sua conceituação, evolução histórica e critérios para sua determinação, finalizando com suas modalidades.

O passo seguinte foi à introdução da figura da guarda compartilhada. Fora demonstrado desde a ruptura conjugal, passando por um comparativo entre os diversos meios de guarda e chegando a uma noção de guarda compartilhada, expondo os precedentes internacionais e analisando a evolução do instituto no direito alienígena.

Por fim, analisou-se a guarda compartilhada no direito brasileiro, dando principal enfoque à possibilidade de aplicação frente ao ordenamento jurídico vigente. Apresentou também as conseqüências do instituto, finalizando o trabalho com uma explanação das vantagens e desvantagens do modelo estudado.

ABSTRACT

The present work focused the shared protection's institute, demonstrating the application possibility of this in our legal system, as well as their positive and negative aspects and the consequences brought the smallest.

For this it was analyzed the protection's institute firstly, granting his concept, historical evolution and criteria for his determination, concluding with their modalities.

The following step went to the introduction of the shared protection's illustration. It had been demonstrated from the conjugal rupture, going by a comparative one among the several protection means and arriving the a notion of shared protection, exposing the international precedents and analyzing the evolution of the institute in the alien right.

Finally, the protection was analyzed shared in the Brazilian right, granting main focus to the possibility of application front to the effective legal system. He also presented the consequences of the institute, concluding the work with an explanation of the advantages and disadvantages of the studied model.

SUMÁRIO

Introdução.....10

Parte 1 - Da Guarda

1.1	Conceito.....	13
1.2	Evolução no Direito Brasileiro.....	15
1.3	Critérios de Determinação da Guarda.....	17
1.3.1	O Interesse do Menor.....	18
1.3.2	Idade e Sexo.....	19
1.3.3	Irmãos Juntos ou Separados.....	20
1.3.4	A Opinião do Menor.....	21
1.3.5	Comportamento dos Pais.....	23
1.4	Modalidades.....	23
1.4.1	Guarda Comum, Desmembrada e Delegada.....	24
2.1.1	Guarda Originária e Derivada.....	24
2.1.2	Guarda de Fato.....	24
2.1.3	Guarda Provisória e Definitiva.....	25
2.1.4	Guarda por Terceiros, Instituições e para Fins Previdenciários.....	25
2.1.5	Guarda Jurídica e Guarda Material.....	26
2.1.6	Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	26

Parte 2 - Guarda Compartilhada

2.1	Noções Introdutórias.....	29
2.1.1	A Ruptura da Sociedade Conjugal.....	29
2.1.2	Os Meios de Exercício da Guarda.....	30
2.1.2.1	Guarda Única.....	30
2.1.2.2	Guarda Alternada.....	31
2.1.2.3	Exercício Conjunto ou Indistinto.....	32
2.1.3	Noção de Guarda Compartilhada.....	32
2.1.4	Precedentes Internacionais.....	34
2.1.5	O Direito Comparado.....	35
2.1.6	A Evolução do Instituto.....	37

2.1.6.1 No Sistema Common Law.....	37
2.1.6.2 No Direito Francês.....	38
2.1.6.3 No Direito Americano.....	40
2.1.6.4 No Direito Canadense.....	40
2.2 Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro.....	41
2.2.1 Introdução.....	41
2.2.2 Atribuição da Guarda nos Moldes da Legislação Vigente.....	43
2.2.3 A Possibilidade Jurídica no Direito Pátrio.....	48
2.2.4 Conseqüências da Guarda Compartilhada.....	51
2.2.5 Vantagens e Desvantagens do Modelo.....	56
Considerações Finais.....	60
Bibliografia.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca o instituto da guarda compartilhada, demonstrando a possibilidade de sua aplicação frente ao ordenamento jurídico, bem como seus aspectos positivos e negativos, e as conseqüências trazidas principalmente ao menor.

Conforme estudamos, verificada a ruptura conjugal é necessário atribuir a guarda dos filhos do casal. Esta poderá ser atribuída em comum acordo entre os genitores e, na falta deste ou por inconveniência ao interesse do menor, se dará por meio judicial.

A melhor opção para se determinar à guarda dos filhos é o acordo entre os genitores. Isto porque é a forma que se presume a não ocorrência de conflitos e disputas sobre a guarda, que certamente recairiam sobre a criança.

O acordo entre os genitores, estabelecendo a guarda dos filhos, deverá ser homologado pelo juiz, que em momento algum ficará vinculado a este, podendo, se entender que o acordo não privilegia o interesse do menor, atribuir a guarda de modo diverso.

Não havendo a possibilidade de acordo entre os ex-cônjuges, a guarda será determinada judicialmente.

Historicamente, o modelo de guarda que vem sendo adotado no Brasil é o da guarda única. Este modelo visa, basicamente, evitar conflitos entre os ex-cônjuges, já que as decisões sobre os filhos são tomadas quase sempre por um só dos genitores, tendo o outro um papel secundário, que é o de prover sustento. Na evolução do Direito, diferiu-se somente na figura de qual genitor que recaía a guarda, quer em determinado momento histórico ficando a cargo do homem, quer da mulher.

Com as profundas mudanças sociais havidas, passou a mulher a exercer funções não mais exclusivas ao lar, participando efetivamente do mercado de trabalho. Já os homens começaram a participar das atividades familiares. Destes fatos, somados ao entendimento moderno de resguardar o interesse do menor, questionou-se as vantagens do modelo único de guarda.

No direito estrangeiro, as mudanças ocorridas na forma de se atribuir a guarda de filhos se deu de forma mais célere, tanto nos estudos sobre o tema, quanto na modificação legislativa e aplicação jurisprudencial. Em contrapartida, temos ainda no Brasil escassez de estudos sobre a questão e pouquíssimas decisões que adotaram modelos de guarda diverso da guarda única.

Da busca por soluções à guarda única surgiram basicamente dois outros modelos: o da guarda alternada e o da guarda compartilhada (também chamado de conjunta), embora freqüentemente autores confundam os dois institutos.

A guarda alternada se mostrou inadequada por gerar incertezas ao menor, já que este, por não ter uma residência fixa, não consegue estabelecer valores e domínios. Este modelo traz instabilidade emocional e psíquica ao menor, embora os que a apóiem afirmem que o modelo permite uma maior relação do filho com ambos os pais.

Por outro lado tem-se a guarda compartilhada. É este o modelo adotado por um grande número de países em substituição ao da guarda única, pois o mesmo prioriza o interesse do menor, permitindo um compartilhamento da guarda por ambos os genitores, acarretando uma proximidade à realidade vivida antes da ruptura conjugal.

A atual legislação, se não traz norma expressa prevendo a guarda compartilhada, também não faz qualquer impedimento à aplicação deste modelo. Pelo contrário. Se analisarmos a norma, veremos que a guarda compartilhada é o modelo que se adequou melhor ao que buscou a lei, qual seja, o interesse do menor.

É certo que haverá situações em que a guarda compartilhada não será a melhor opção. Mas nessas situações deverá ser utilizado outro modelo de guarda,

tudo em conformidade do que já é estabelecido em lei, permitindo ao juiz dispor a atribuição da guarda de modo diverso, sempre que for para o melhor interesse da criança.

Parte 1 – Da Guarda

1.1 Conceito

Por ser matéria das mais delicadas do direito de família, composta de inúmeras casuísticas, a doutrina é unânime em expressar a dificuldade de conceituar o instituto da guarda de filhos. Tal é assim que Edgar de Moura Bittencourt afirmou: *“conceituar a guarda de filhos não é tarefa fácil”*.¹

Primeiramente deve ser observada a diferença existente entre a guarda de filhos contida no Estatuto da Criança e do Adolescente e a decorrida da ruptura da sociedade conjugal. Sobre a aplicação da guarda nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente, contida nos artigos 33 a 35, alguns doutrinadores entendem que só será aplicada aos menores em situação irregular, ou seja, os separados da família por morte ou abandono. Porém, outros doutrinadores entendem que poderá ser aplicada a qualquer menor de 18 anos, independentemente de sua condição, isto porque o entendimento de proteção ao menor acabou com a idéia de situação irregular, que vinha do antigo Código de Menores.

Analisando o vocábulo guarda, De Plácido e Silva informa que este é *“derivado do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração”*². Especificamente sobre guarda de filhos, o mesmo autor salienta que esta *“é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que*

¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura, apud Guilherme G. Strenger. Guarda de Filhos. p. 31

² De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. P.365-366, apud Filho, Waldyr Grisard. Ob. cit. P. 46

competete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil".³

Já Guilherme Gonçalves Strenger conceitua guarda de filhos como sendo *"o poder- dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição"*.⁴

A guarda de filhos não pode ser vista apenas como um direito do que não detém a guarda, mas também um dever deste para com menor, visto que decorre de impositivos legais, inclusive de ordem pública.

A Enciclopédia Jurídica Leib Soibelman traz o seguinte conceito de guarda de filhos:

"Compete aos pais, por ser da natureza do Pátrio poder, a vigilância e defesa da pessoa e dos bens dos filhos menores. Em caso de separação consensual ou judicial , os filhos ficam sob a guarda de um outro dos cônjuges nos termos do que dispõe a lei civil, ou de um terceiro se assim entender o juiz que é melhor para a defesa dos interesses e da formação do menor".⁵

Por sua vez, Gustavo Bossert e Eduardo Zannoni definem a guarda como *"el derecho de tener consigo al menor; solo asi pueden orientar la formación y educación de los hijos en toda la plenitud de este concepto"*.⁶

Por fim, Rubens Limongi França excelentemente define guarda de filhos como *"o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o mesmo, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direção e educação"*.⁷

³ Idem. Ibidem.

⁴ STERNGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos. p. 32

⁵ Enciclopédia Jurídica Leib Soibelman. V. 2.0

⁶ BOSSERT, G. A.; ZANNONI. E.A., apud FILHO, Waldyr Grisard. Ob. cit. P. 47

⁷ FRANÇA, Rubens Limongi, apud Guilherme Strenger. Guarda de Filhos. p. 33

1.2 Evolução no Direito Brasileiro

A norma reguladora da atribuição da guarda de filhos teve origem, no direito pátrio, com o Decreto 181 de 1890, que em seu artigo 90 estabelecia que, através da sentença do divórcio, seriam entregues os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente, determinando a cota que o culpado prestaria para a educação dos filhos bem como a contribuição do marido para o sustento da mulher, se esta fosse inocente e pobre.

Em 1916, com o Código Civil, passou-se a distinguir as hipóteses de dissolução amigável e judicial da sociedade conjugal. Estabeleceu que, na dissolução amigável deveria ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (artigo 325). E na dissolução judicial, a guarda dos filhos seria atribuída de acordo com a existência de culpa de um ou de ambos os cônjuges, e pelo sexo e idade dos filhos, dando da seguinte maneira: os filhos ficariam com o cônjuge inocente; se ambos os culpados, ficariam com as mães as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, sendo entregue a guarda ao pai após completar essa idade; por fim, havendo motivo grave o juiz poderia dispor de maneira diversa (artigo 326).

Com a aprovação do decreto-lei 3200, em 1941, ficou estabelecido que a guarda do filho natural seria determinada ao progenitor reconhecente e, se ambos o fossem, ficaria sob o poder do pai, salvo se por interesse do menor o juiz atribuí-se de modo diverso.

Em 1.962, a lei 4121 trouxe alterações no desquite litigioso, mas conservando as disposições do desquite amigável no que concerne a guarda de filhos. Passou então o Código Civil a dispor sobre a guarda da seguinte maneira:

havendo cônjuge inocente, os filhos ficariam com este; se ambos culpados, ficariam os filhos menores com a mãe, não mais prevendo a distinção de sexo e idade das crianças, podendo o juiz dispor de modo diverso; se constatasse que os filhos não deveriam ficar sob a guarda de nenhum dos cônjuges, o juiz poderia a deferir à pessoa idônea da família, sendo assegurado o direito de visitas dos pais.

A lei 5582 de 1970, modificou o artigo 16 do dec.-lei 3200/41, acrescentando a este, parágrafos, determinado que o filho natural reconhecido por ambos os genitores ficaria sob o poder da mãe, salvo se tal decisão trouxesse prejuízo ao menor. Previu também a possibilidade de colocar o filho sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. E, havendo motivos graves, poderia o juiz, a qualquer tempo, decidir de modo diverso, sempre se baseando no interesse do menor.

Essas disposições permaneceram até 1977 que, com o advento da lei 6515, instituiu o divórcio no Brasil e regulou 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”*,⁸ revogando as disposições referentes no Código Civil. Entretanto, conservou a base do sistema vigente, fazendo alterações ou repetindo os dispositivos. Para facilitar o estudo, Waldyr Grisard Filho elaborou o seguinte quadro:

“a) na dissolução consensual (artigo 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (conforme artigo 9º);

b) nas dissoluções não consensuais, o destino dos filhos menores obedecerá as peculiaridades de cada uma de suas modalidades:

b1) artigo 5º, caput – os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa (conforme artigo 10, caput);

b2) artigo 5º, §2º - os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (conforme artigo 11);

⁸ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada. P. 49

b3) artigo 5º, §2º - os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (conforme artigo 10, §1º)".⁹

Dispôs também que na separação judicial em que ambos os cônjuges forem culpados, os filhos menores ficarão com a mãe independentemente de sexo e idade (artigo 10, §1º). Já o §2º do artigo 10 permitiu ao juiz deferir a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges quando verificar que os filhos não devem permanecer com qualquer dos cônjuges.

Essa lei também conferiu ao juiz, por meio do artigo 13, a possibilidade de afastar as regras ordinárias sobre guarda, regulando de maneira diversa, e a bem do menor, sempre que houver motivo grave. No caso de anulação do casamento, observar-se-á o disposto nos artigos 10 e 13.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 assegurou à criança, como dever primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), que regula as relações jurídicas e institutos referentes ao menor, dentre eles a guarda, destinada a regularizar a posse de fato do menor.

1.3 Critérios de determinação da Guarda

Enquanto a família permanece intacta e unida, a lei regula os direitos e deveres dos cônjuges, ou deixa que as normas éticas assim o façam. Porém, decorrida a ruptura conjugal, surge questão complicada, em especial no que diz respeito à guarda dos filhos, já que os pais não terão mais um regime igualitário, bipartindo as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas

⁹ Idem. Ibidem. P. 49/50

unilateralmente. Neste momento é que surge duas questões: qual dos genitores é o mais indicado para deter a guarda dos filhos, e qual o modelo a ser aplicado.

Nos casos de dissolução da sociedade conjugal, se esta se der pela via consensual, a guarda dos filhos será regulado por acordo entre os pais, sujeito à homologação pelo juiz, que também poderá dispor de modo diverso caso este acordo entre os pais não preserve o interesse dos filhos. Inexistindo acordo, o juiz atribuirá a guarda se baseando do critério que surge, a contrário sensu, do artigo 10 e parágrafos da lei do divórcio.

1.3.1 O Interesse do Menor

O artigo 13 da lei do divórcio dá oportunidade ao juiz de buscar o interesse real do menor, com o fim de protegê-lo e garantir seu desenvolvimento e estabilidade, necessário à formação de sua personalidade.

É inquestionável que o legislador pátrio, seguindo tendência dos direitos italiano, francês, alemão e espanhol, dentre outros, tomou como critério legal e universal, para determinar a guarda dos filhos, o interesse dos mesmos.¹⁰ O interesse do menor deve prevalecer sobre os outros interesses. É claro que deve ser respeitado o direito dos pais, mas este não pode colidir com o interesse do menor. E a jurisprudência confirma a prevalência do interesse do menor, senão vejamos:

“Ainda que a mulher tenha culpa na separação judicial do casal, a guarda do filho deve ser deferida àquela, uma vez que, em qualquer patamar em que se discuta o interesse do menor, quer o social, quer o jurídico, quer o psicológico, há de prevalecer este, ainda e sempre” (RT 627/196).¹¹

¹⁰ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada. P. 62

¹¹ Nesse sentido, RT 554/209; 546/64; 542/230; 530/170; 694/161; 733/333; 740/401; 749/380; etc.

O juiz analisará o caso concreto, determinando a partir de elementos objetivos e subjetivos, qual é o interesse do menor. Waldyr Grisard Filho, citando Eduardo de Oliveira Leite, enfatiza que:

“A jurisprudência tem permitido precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança a um de seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o interesse do menor”.¹²

Importante distinção a ser feita é entre o interesse material e interesse moral. Deve prevalecer, logicamente, o interesse moral sobre o material, isto porque o primeiro se refere à formação social, afetiva, religiosa e educacional. Não se deve entender o interesse material como independente do moral, e nem priorizá-lo. O genitor que dispor de mais recursos estará obrigado a repassá-lo em maior quantidade aos filhos, independentemente de qual dos pais esteja no exercício da guarda.

Enfim, a atribuição da guarda dos filhos deve ser de tal maneira que priorize o interesse do menor, sobressaindo em qualquer patamar a que se discute, o social, o jurídico, o psicológico, ou o sentimental.

1.3.2 Idade e Sexo

¹² FILHO, Waldyr Grisard. Ob. citada. P.63

A questão sobre idade e sexo do menor para atribuição da guarda perdeu importância em quase sua totalidade, isto em decorrência da revogação dos artigos 325 a 328 do Código Civil, e pela priorização pela busca ao melhor interesse da criança.

Terá este critério aplicação prática nos casos em que a criança for recém-nascida. Isto porque, é certo que nesta idade, a criança necessita da presença da mãe. Em estudo apresentado pelas psicólogas e psicanalistas Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Pisano Motta, constatou-se que o período compreendido entre o nascimento até por volta de 18 a 24 meses de vida o bebê tem

ligação afetiva muito forte com a mãe, dependendo desta *“quase que completamente para a própria sobrevivência física e psicológica”*.¹³ Nesses casos, então, torna-se necessário a análise deste critério para atribuição da guarda.

Quando o menor já está na idade de início da sua vida escolar, tem ele condições de compreender e julgar as atitudes de seus genitores. Neste caso, os critérios de idade e de sexo, não terão qualquer influência para se determinar a guarda.

A atribuição da guarda tendo base o sexo da criança não têm previsão na atual legislação, interessando o bem estar do menor, e não seu sexo. É claro que em situações excepcionais, a presença do genitor do mesmo sexo é mais indicado para o desenvolvimento da criança, devendo ser este observado.

1.3.3 Irmãos Juntos ou Separados

¹³ MARRACCINI, E. M.; MOTTA, M. A. P., apud FILHO, Waldyr Grisard. Ob. cit. P 65

Deve-se sempre priorizar a não separação dos irmãos. É desaconselhável que se divida os irmãos entre os pais. Seria muito pior ao menor ter, além da separação de seus pais, a desunião para com seus irmãos. Busca-se sempre atingir o menos possível o menor, e uma divisão com seu irmão certamente lhe traria um maior sentimento de perda. É claro que tendo os irmãos diferença grande de idade, perde esse critério um pouco do sentido. Mas em todo caso, sempre que possível deve deixar os irmãos juntos. Se isto não for possível, indica-se um amplo e geral regime de visitas.

1.3.4 A Opinião do Menor

Diferentemente do que ocorre na guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação civil não trouxe norma expressa prevendo a ouvida dos menores no caso de separação e divórcio. Na prática, os juízes ouvem os menores, mas não exigindo que os filhos escolham, mas somente ouvindo o que estes têm a dizer.

Nesse sentido o julgamento de Apelação nº 107.047/3, da 5ª Câmara do TJMG, relator Desembargador Campos Oliveira, julgado em 12.03.1998 e publicado no DOMG em 4.8.1998, que tem a seguinte ementa:

Se o menor, com 12 anos de idade, portanto já com algum discernimento, revela sua preferência em relação ao pedido de alteração de guarda, e não havendo nos autos nenhuma contra-indicação, sua manifestação de vontade deverá ser respeitada, a teor do art. 28, §1º, do ECA.”¹⁴

¹⁴ RT 758/315

Se se tratar de menor relativamente incapaz, a sua decisão manifestada deve ser respeitada. Mas ao se tratar de absolutamente incapaz, uma possível indicação por parte deste não traria, de modo algum, vinculação ao juiz, que certamente poderá decidir de modo diverso.

Curiosa situação foi tratada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que analisou a situação de uma menina que depois de três anos morando na casa de uma família amiga recusa-se a retornar à casa paterna. A 4ª Câmara Cível deste Tribunal, em 18.3.1981, proferiu a seguinte ementa:

*“Busca e apreensão de menor. Menina que vai morar por algum tempo com família amiga da sua e depois de três anos se recusa a retornar a casa paterna, já estando com 14 anos e manifestando firme opção pela nova família; denega-se a medida requerida por desaconselhável o emprego de força nas circunstâncias”.*¹⁵

Eduardo de Oliveira Leite expressou-se da seguinte forma, ao analisar esta questão: *“Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento (maturidade) da criança, nada impeça sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem”.*¹⁶ E nessa linha de entendimento se dá também as decisões judiciais, senão vejamos:

“Nas alterações de guarda, ouvida a criança e ausente motivo ponderável a determinar que permaneça com o pai ou com a mãe, não há como deixar de considerar a vontade do menor, o que se coaduna com o disposto no art. 161, §2º do ECA (Ap. Cível 26.951.4/4-00, 9º

¹⁵ RT 554/209

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. ob. cit. P. 206

Câmara do TJSP, julgada em 16.09.1997, rel. Desembargador Franciulli Netto).¹⁷

1.3.5 Comportamento dos Pais

É princípio básico para se atribuir a guarda de filhos, o interesse do menor. Mas este não dispensa a análise de outros princípios, dentre eles o comportamento dos pais. O juiz, em seu poder discricionário, não só analisa os aspectos do menor, mas também os relativos aos seus pais, sejam eles materiais ou morais.

Se um dos genitores tiver conduta que afronte a moral e os bons costumes, deverá esta ser levada em consideração para a determinação da guarda de seus filhos. *“Não podem ser investidos nem mantidos na guarda do menor o pai, mãe ou terceiro de comportamento irregular e censurável”*.¹⁸

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

“Na atribuição da guarda, atento o Estado ao vetor do artigo 227 da CF, pais e filhos devem ser considerados em suas necessidades, direitos e limitações. É preciso que a decisão judicial considere os sujeitos ativo e passivo do instituto considerado em sua globalidade, objetivando a solução mais justa e que priorize o prevalente interesse da prole”.¹⁹

1.4 Modalidades

¹⁷ RT 747/253

¹⁸ BITTENCOURT, E. M., apud Waldyr Grisard Filho. Ob. Cit. P. 69

¹⁹ FILHO, Waldyr Grisard. Ob. citada. P. 70

A doutrina apresenta, principalmente para fins didáticos, diversas modalidades de guarda.

1.4.1 Guarda Comum, Desmembrada e Delegada.

A guarda comum é aquela dividida entre os genitores na constância do casamento. Consiste na convivência e comunicação diária entre pais e filhos. Esta modalidade não decorre de imposição do Estado ou da lei, tendo origem natural, decorrente da relação de paternidade e maternidade.

Já a guarda desmembrada decorre da intervenção do Estado, na outorga desta a quem não detêm o pátrio poder, quer por ser o menor abandonado, quer em situações de perigo. A guarda desmembrada é ao mesmo tempo guarda delegada, visto que é exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal para isto.

1.4.2 Guarda Originária e Derivada.

A guarda originária é aquela que corresponde aos pais, fazendo parte do pátrio poder. Como tem origem natural, é denominada originária.

Entende-se por guarda derivada aquela que decorre da lei (artigos 407, 409 e 410, do código civil), e corresponde a quem exerça a tutela, seja um particular, ou organismo oficial (artigo 30 do ECA).

1.4.3 Guarda de Fato

Não tem esta qualquer atribuição legal ou judicial, estabelecendo-se por decisão de certa pessoa, que toma o menor a seu cargo. Mesmo não tendo quaisquer direitos de autoridade, a guarda de fato gera as mesmas obrigações da guarda desmembrada. O vínculo formado só será desfeito por decisão judicial, nos casos de benefício ao menor.

1.4.4 Guarda Provisória e Definitiva.

A guarda provisória, ou temporária, é aquela atribuída a um dos genitores no curso do processo de separação ou divórcio, permitindo uma continuidade da vida do menor. É necessária para que o menor não seja mais ainda prejudicado por uma decisão definitiva, motivo que é dada por medida provisória.

Decorrida a sentença, a guarda, que era provisória, passa a ser definitiva. Na verdade, definitiva foi o nome dado pela doutrina para se confrontar com a guarda provisória. Mas como sabemos, a guarda de filhos não faz coisa julgada, podendo ser alterada sempre que surgir novo fato que exija a mudança para benefício do menor.

1.4.5 Guarda por Terceiros, Instituições e para Fins Previdenciários.

Analisando o caso concreto, o juiz poderá atribuir a guarda a terceiro, possibilidade prevista no artigo 10, §2º da lei do divórcio. A atribuição poderá ser feita, inclusive, a estranhos, não sendo necessário que se faça a parentes (artigos 13 e 15 do ECA). Vale dizer que esta espécie de guarda deve ser utilizada somente em casos extremos. Outro aspecto importante é que os pais não ficam dispensados de prestar o dever de assistência, quando a guarda for atribuída a terceiro.

O artigo 30 do ECA prevê a hipótese de colocar-se a criança em uma instituição, governamental ou não, quando não existir parentes e estranhos que aceitem o encargo.

Por fim, o artigo 33, §3º do ECA prevê os fins previdenciários da guarda. A guarda assegura ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, expressamente os previdenciários. A doutrina não aceita bem esta espécie de guarda, já que para estes os benefícios previdenciários são conseqüências da guarda, e não a sua finalidade; e porque esta favorece a simulação.

1.4.6 Guarda Jurídica e Guarda Material

A dissolução da sociedade conjugal não acarreta a dissolução da sociedade parental, cujos laços entre pais e filhos subsistem mesmo com a separação. Embora deste fato surja um desdobramento da guarda, tendo um dos pais este direito, e o outro, o da visita.

Faz-se então, uma distinção entre guarda jurídica e guarda material. A guarda jurídica é aquela exercida a distância pelo genitor não guardião. Já a guarda material, prevista no artigo 33 §1º do ECA, realiza-se pela proximidade diária do genitor que convive com o filho, exercendo o pátrio poder em toda a sua extensão.

1.4.7 Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

A guarda de que trata o ECA não regulamenta aquela advinda da disputa entre os pais. Diferentemente, no ECA a guarda decorre da necessidade de colocação da criança ou adolescente em família substituta, em virtude de abandono dos pais ou orfandade. Nas palavras de Antônio Chaves, a guarda

regida pelo ECA diz respeito “ao menor em situação irregular, isto é, separado da família, por morte ou abandono dos pais, cuidando, como primeira providência, de ampará-lo de alguma forma”.²⁰ Tal entendimento é também adotado na jurisprudência, conforme se depreende da ementa a seguir transcrita:

“Se o pedido de guarda de criança envolve interesse econômico, posto que a pretensão de coloca-la em família substituta emana de seu avô, são competentes para julgar e processar o feito os Juízes das Varas de Família e não os Juizados da Infância e Juventude, que são competentes somente para apreciar os processos que envolvam interesses de menores abandonados, conforme interpretação do art. 148, parágrafo único, da Lei 8.069/90 (Conflito de Jurisdição 97.000854-6, Seção Especializada do TJAL, julgado em 13.11.1997, rel. Desembargador Estácio Luiz Gama de Lima)”.²¹

Caberá a guarda prevista no ECA na hipótese da criança ou adolescente encontrar-se circunscrito ao enunciado do artigo 99 deste diploma. Sendo assim, se a criança ou adolescente, apesar da orfandade total, não sofrer nenhum tipo de violação ou ameaça a seus direitos constitucionais ou legais, a guarda haverá de ser postulada perante a vara da família competente.

Marco Aurélio S. Viana define a guarda prevista no ECA como a que visa “regularizar uma situação de fato. Por razões as mais diversas, é possível que o menor não esteja em companhia dos pais. É fato a reclamar regulamentação, no interesse do menor. A guarda legal arma o seu titular, no interesse do menor, contra terceiros, inclusive os pais”.²²

Para efeito didático, a doutrina dividiu a guarda prevista no ECA em três espécies: provisória, permanente e peculiar.

²⁰ CHAVES, Antônio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 1994 p.194

²¹ RT 752/276

²² VIANA, Marco Aurélio. Da guarda, da Tutela e da Adoção. 1993 p.43

A guarda provisória é a prevista no artigo 33, §1º, podendo esta ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos processos de tutela ou adoção, salvo nos de adoção por estrangeiro, onde é juridicamente impossível.

A guarda permanente, prevista no artigo 33, §2º, destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas para o menor.

Por fim, existe a guarda peculiar, também prevista no §2º do artigo 33, que foi uma novidade trazida pelo ECA, isto porque possibilitou que o guardião represente o guardado em determinada situação específica.

Vale sempre lembrar que, em qualquer modalidade de guarda, deve sempre o juiz, observar o interesse maior da criança.

Parte 2 - Guarda Compartilhada

2.1 Noções Introdutórias

2.1.1 Ruptura da Sociedade Conjugal

Decorrida a ruptura conjugal, surge a família monoparental, ficando o menor com um dos genitores, este exercendo o poder parental que já detinha, tendo o outro genitor um papel secundário, às vezes restando como única obrigação à de prover os alimentos. E é o que ocorre na grande maioria dos casos, até porque deriva da lei (artigos 10 §1º da lei do divórcio e artigo 16 do decreto lei 3200/41), tendo para esta, a presunção de que a mãe terá maior capacidade para criar os filhos e, intrinsecamente, ao pai, de prover o sustento material. É, pois, um entendimento ultrapassado, chegando a ponto de ser contrário a preceito constitucional (artigo 226 §5º da Constituição Federal).

Com a evolução dos conceitos sociais, e um aumento crescente do número de separações e divórcios, a doutrina e jurisprudência passaram a exercer papel fundamental na atribuição da guarda. Para isso são utilizados dois meios: o primeiro é o acordo entre os genitores, e na impossibilidade deste, por decisão judicial.

A princípio, a melhor opção é o acordo entre os genitores, já que evitaria os conflitos que certamente iriam recair sobre o menor. Vale lembrar que este acordo

em hipótese alguma vincula o juiz, podendo este não homologá-lo por entender que não é o melhor para o menor. Como se vê, deve o julgador, sempre observar quais os melhores interesses para o menor.

Não havendo possibilidade de acordo entre os genitores, a atribuição da guarda decorrerá de imposição judicial. Esta deveria ater-se, principalmente, em tornar a relação do filho com os pais o mais próximo do que era antes da separação, objetivando sempre o interesse do menor. Mas o que ocorre na prática é que quase sempre a outorga da guarda é dada única e exclusivamente a mãe.

Com as mudanças de valores e atitudes sociais, passando a mulher cada vez mais a buscar seu espaço no mercado de trabalho, e o homem, a participar das atividades familiares, vê-se de uma outra maneira à atribuição da guarda, com novos modelos que podem ser aplicados, objetivando-se sempre, o interesse do menor.

2.1.2 Meios de Exercício da Guarda

Advinda à separação dos genitores, deve-se estabelecer a qual dos genitores será atribuída a guarda dos filhos menores. Era consenso que a guarda deveria ser atribuída a mãe e, ante a impossibilidade desta, excepcionalmente seria atribuída ao pai. É a chamada guarda única, também conhecida por guarda exclusiva ou uniparental. Mas hoje tem o judiciário decidido, mesmo que timidamente, outros meios de atribuir a guarda, desvinculando-se da atribuição unilateral como sendo a ideal.

2.1.2.1 Guarda Única

É a modalidade de guarda mais utilizada pelo judiciário quando este tem que impor a guarda do filho menor. Estabelece que a guarda deve ser atribuída a

um dos pais unicamente. O menor, então, passa a ficar com um dos genitores, que na maioria dos casos é a mãe, tendo o outro um papel secundário, que é o de prover os alimentos. É derivada da lei, como se percebe na lei 6.515/77, em especial nos seus artigos 10, 11 e 12. Mas o artigo 13 da própria lei estabelece que o juiz poderá decidir diferentemente do estabelecido nos artigos anteriores quando for para o melhor interesse do menor, encontrando-se neste artigo, conforme entendimento de Caetano Lagrasta Neto, "*o prenúncio de que o interesse do menor sempre prevalecerá ao relacionamento posterior*".²³

2.1.2.2 Guarda Alternada

Na guarda alternada, os pais detêm a guarda do filho menor alternadamente, determinando-se um prazo para a convivência, tendo o pai, dentro deste tempo, a exclusividade do pátrio-poder. Aqui, o filho mora um tempo com o pai, e depois se muda para casa da mãe. Os defensores desta modalidade de guarda afirmam que esta permite ao filho manter relação com ambos os pais, não se preocupando com distanciamento de um deles. Como se denota, leva essa modalidade de guarda uma semelhança com a guarda única, tendo como diferencial a alternatividade do lar.

Não há muitas decisões adotando esta modalidade de guarda, e nas situações em que vigora tal modelo, este é freqüentemente alterado por não atender ao interesse da criança, senão vejamos:

"Sistema de revezamento mensal entre os genitores, estabelecido em cláusula de separação consensual. Inconvenientes que oferece a uma criança com seis anos de idade. Alteração determinada pelo juz, de modo que a mãe exerça a guarda. Faculdade resguardada ao julgador

²³ NETO, Caetano Lagrasta. Guarda Conjunta. Apamagis. Out./98. p. 3

pelo art. 13 da Lei 6.515/77 (6º Câmara do TJRS, julgado em 27.08.1985)”²⁴.

2.1.2.3 Exercício Conjunto ou Indistinto

Com a ruptura da sociedade conjugal, concentrando-se a guarda a um dos genitores, passa este a exercer uma autoridade parental exclusiva. Buscando-se uma solução a este fato, até por este contrariar a igualdade entre homem e mulher, e principalmente por não ser benéfico ao menor, criou-se a figura da guarda compartilhada. Em nosso país é a guarda compartilhada vista como novidade, não sendo ainda determinada com freqüência, mas já é uma modalidade de guarda bastante difundida e aplicada no exterior, chegando a ser em alguns países a hipótese legal.

Tal modelo, até pelo caráter de novidade, é freqüentemente confundido com a guarda alternada, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, percebendo-se claramente pela leitura da ementa proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que segue:

“Guarda de filhos menores. Revezamento semanal entre os genitores. Inconvenientes da chamada ‘custódia conjunta’. Modalidade prejudicial à formação psicológica da criança segundo as ciências da mente. Análise do instituto (RT 573/207 e Rev. de Direito do TJRJ 1/81. 8º Câm. Do TJRJ)”²⁵.

2.1.3 Noção de Guarda Compartilhada

²⁴ RJTJRS 113/428

²⁵ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. p.246

Decorrida a ruptura da sociedade conjugal, é outorgada a somente um dos genitores a guarda do filho menor, sendo este o desejo da lei, e apoiado na doutrina e jurisprudência. Mas surgiram casos em que ambos os pais queriam compartilhar a criação e educação do filho menor, surgindo aí a figura da guarda compartilhada.

Ainda não teve a guarda sua completa evolução. No início, previa a lei a atribuição da guarda ao pai, por necessitar do trabalho dos menores, sendo por isso que os pais tinham melhores condições de sustento. Chegada à industrialização, passaram as famílias do campo para a cidade, sendo os pais encarregados do trabalho nas fábricas, e as mães, de cuidarem dos filhos. Passou-se então a determinar a guarda à mãe. Não tinha o pai qualquer papel na educação dos filhos, cabendo a ele prover o sustento da família. A partir da década de 60, passou a mulher a ingressar no mercado de trabalho, voltando o homem a exercer papel importante no lar e nos cuidados aos filhos.

Com essa evolução, passou a ter o pai outros papéis, deixando de ser o único responsável pelo provento da família. Com relação à mulher, deixou ela de ser dona de casa, exercendo também outros papéis. Com isso, passou-se a sobrecarregar a mulher, que acumulou novos afazeres com os cuidados com a casa e com os filhos. Da união destes fatos com o aumento do número de rupturas conjugais e evolução dos princípios sociais, percebeu-se que o pai exercia um papel importante no desenvolvimento dos filhos, passando a ser visto de modo diferente a guarda e o direito de visita.

A busca pelo melhor interesse dos filhos e a igualdade havida entre homem e mulher levou o judiciário a propor acordos de guarda conjunta, por manter esta a continuidade da relação entre o menor e os genitores. A guarda compartilhada, conforme nos ensina Eduardo de Oliveira Leite, *"mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança"*.²⁶

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. "apud" Waldir Grisard Filho. ob. citada. p. 111

Para Guilherme Gonçalves Strenger, *"a guarda conjunta tem o mérito de favorecer certa colaboração parental e a preservação dos sentimentos não excludentes, que decorrem geralmente da atribuição da guarda"*.²⁷

Já para Caetano Lagrasta Neto, *"a guarda conjunta, fruto de atribuição bilateral do poder parental, revela-se no casamento civil, na separação ou no divórcio, bem como na situação daqueles que formam entidades familiares, como a espécie mais desejável, conciliatória e civilizada"*.²⁸

Busca-se, com a guarda compartilhada, atenuar os efeitos negativos que a ruptura da sociedade conjugal exerce sobre o menor, mantendo ambos os pais unidos na criação dos filhos, atuando conjunta e ininterruptamente.

2.1.4 Precedentes Internacionais

A ONU, em Assembléia Geral, e inspirado na Declaração de Genebra de 1924, adotou em 20 de novembro de 1959 a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Decorridos 30 anos, em 20 de novembro de 1989 foi preparado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU um trabalho que originou a Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor, a nível internacional, em 02 de setembro de 1990.

O Brasil reconheceu como sendo primordial o interesse maior da criança, aprovando a Convenção sobre os Direitos da Criança pelo Congresso Nacional,²⁹ ratificado pelo governo brasileiro dia 24 do mesmo mês, entrando em vigor em 23 de outubro de 1990. Foi pelo decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990,³⁰ que o Brasil promulgou, enfim, a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Conforme ensinamento de Waldir Grisard Filho, *"a Convenção estabeleceu uma pauta às leis dos diferentes Estados, conforme com os direitos fundamentais do menor e traz disposições específicas sobre os direitos dos menores"*

²⁷ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos. p. 70

²⁸ Neto, Caetano Lagrasta. Apamagis. Out./98. p.03

²⁹ Decreto Legislativo 28 de 14 de setembro de 1990

³⁰ Diário Oficial da União, Brasília, 22/11/1990

relativamente a guarda dos pais".³¹ Recomenda o artigo 9º, parágrafo 3º da referida Convenção que *"os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais, de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança"*. Como se denota, visa a Convenção a proteção do interesse do menor, verificado também em seu artigo 18 parágrafo 1, (que sugere a criação e educação dos filhos por ambos os pais), entre outros.

No Brasil, constata-se a busca pelo melhor interesse do menor no artigo 13 da lei do divórcio ³² e, principalmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que em inúmeros artigos resguarda o interesse da criança.

2.1.5 O Direito Comparado

Devemos utilizar o direito comparado para a busca de informações da aplicação de um modelo de guarda, mas sempre analisando conjuntamente com os costumes, os fatores sociais, a evolução social, etc., do país de origem, não podendo simplesmente analisar a norma com as condições de nosso país.

No direito português, previa-se o regime da guarda única, inclusive sendo vedada a aplicação da guarda dito alternada. Mas com a evolução social passou-se a ser admitido pelos tribunais a guarda conjunta, modalidade de guarda que não detinha previsão legal. Com o advento da lei 84/95, fora facultado aos pais acordarem sobre o exercício comum do poder parental, continuando as decisões relativas ao menor a serem decididas como na constância do casamento.

No direito espanhol, os pais são co-titulares do exercício do pátrio poder, cabendo-lhes a faculdade de terem os filhos menores em sua companhia (artigo 154 do CC). A Constituição espanhola estabelece a igualdade jurídica plena dos

³¹ Filho, Waldir Grisard. ob. citada, p.114

cônjuges, da qual seguem numerosas conseqüências, dentre elas a da guarda conjunta entre os pais. A lei do matrimônio de 07 de julho de 1981 estabelece que o marido e mulher são iguais em direitos e deveres, e que a separação, a nulidade e o divórcio não exoneram os pais de suas obrigações para com os filhos (artigo 66 c.c. artigo 92). Ocorrida à separação, a guarda é dada ao genitor com quem convive o filho, podendo o juiz, se requerido, e levando em conta o interesse do menor, atribuir ao solicitante o exercício conjunto (artigo 156 parágrafo 5º, CC).

No direito alemão, antes da lei de divórcio de 1977, outorgava-se a guarda levando em conta a culpa na separação. Com o advento da lei sobre guarda, em 1979, estabeleceu-se como melhor interesse do filho, a outorga a um dos ex-cônjuges. Essa regra foi declarada inconstitucional em 1982. Passou a Corte Constitucional a entender que o Estado não pode interferir no desejo dos pais de exercerem a guarda conjuntamente, salvo interesse do menor. Em regra, o Tribunal outorga a guarda comum. Da separação, a guarda comum segue vigendo e somente quando um dos pais requer é que o Tribunal analisará a qual deles é que será atribuída a guarda exclusivamente. A guarda dos filhos extramatrimoniais segue as mesmas regras e quando os pais declaram que a querem exercer conjuntamente sem acordo, a lei atribui a guarda à mãe.

No direito italiano, têm os cônjuges iguais deveres paternos perante os filhos. O casamento impõe a ambos os cônjuges a obrigação de manter, instruir e educar a prole, estabelecendo que o pátrio poder corresponde a ambos os pais e deve ser exercido conjuntamente. Ocorrido o divórcio, tem o juiz poder para determinar que o pátrio poder seja exercido conjuntamente pelos genitores, e não só por aquele que detém a guarda.

No direito argentino, adotou-se o exercício compartilhado, cabendo ao pai e a mãe conjuntamente, sejam os filhos matrimoniais ou não, contanto que os pais convivam. Em consonância com as demais legislações, estabelece o direito argentino o melhor interesse do menor.

³² Reza o artigo 13 da lei 6.515: "Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores

Com as alterações sociais e familiares, neste último século ocorreram importantes mudanças das legislações internacionais no que concerne a figura da guarda. Passou-se a ver como critério principal não mais o interesse dos pais, e sim, o interesse do filho menor. Buscou-se assim uma alternativa frente a figura da guarda única, surgindo a modalidade da guarda compartilhada, exercendo conjuntamente os pais a guarda de seu filho por ser, em grande número de casos, o melhor para a criança.

2.1.6 Evolução do Instituto

A guarda compartilhada é *“um dos meios de assegurar o exercício da autoridade parental que o pai e a mãe desejam continuar a exercer na totalidade conjuntamente”*.³³ Surgiu a cerca de 20 anos, na Inglaterra, seguindo para a França. De lá, passou a ser aplicada também no Canadá e Estados Unidos. Hoje começa a ser aplicada também na Argentina e no Uruguai. Assim, teve o direito inglês, francês, americano e canadense papel fundamental no desenvolvimento da guarda compartilhada.

2.1.6.1 No Sistema da Common Law

Vigorava no direito inglês o princípio de que detinha o pai a propriedade de seus filhos, cabendo a este a atribuição da guarda no caso da desunião dos pais. Somente no Século XIX o Parlamento Inglês modificou esse princípio, passando a ser atribuída a guarda à mãe. Mas o que ocorreu foi uma inversão de valores, passando a ser injustiçado o pai em matéria de guarda de filhos.

a situação deles com os pais."

Na tentativa de solucionar a injustiça que havia em matéria de guarda de filhos, passaram os Tribunais a expedirem ordem de fracionamento (split order) do exercício da guarda entre ambos os genitores, *“primeiro, convencidos que o interesse maior da criança fica plenamente garantido e, segundo, porque a participação comum dos genitores tende, de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanham a ruptura e, de outro, favorecem a criança, pois, apesar da ruptura, vê ambos os genitores envolvidos com seu destino”*.³⁴

Através da “Split Order”, cabia a mãe os cuidados do filho no dia a dia, mas passando o pai o poder de dirigir a vida do menor, havendo um compartilhamento da guarda. Mas a aplicação da guarda compartilhada não se deu prontamente. *“A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a Court d’Appel da Inglaterra, na decisão Jussa x Jussa, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a Court d’Appel da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper x Dipper, o juiz Ormrod, daquela corte, promulgou uma sentença que praticamente encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa”*.³⁵ Com isso, privilegia-se a decisão inglesa o melhor interesse do menor, repercutindo nas províncias canadenses da common law, e difundindo-se para os Estados Unidos.

2.1.6.2 No Direito Francês

A França, a partir de 1976, e com influência do direito inglês, passou a ver a figura da guarda compartilhada como possibilidade para extinguir ou ao menos

³³ FULCHIRON, Hughes. Autorité parentale et parents désunie. Apud FILHO, Waldyr Grisard. ob. citada, p. 118

³⁴ Idem. Ibidem. P.119

diminuir as injustiças criadas pela guarda única. Teve a jurisprudência papel decisivo nesta fase do direito francês, passando a ser favorável a guarda compartilhada. Deste entendimento derivou-se a lei 87.570 de 22 de julho de 1987, conhecida por Lei Malhuret (Secretário de Estado de Direitos Humanos), lei esta que modificou partes do Código Civil francês que confrontavam com o entendimento jurisprudencial.

Ocorrida a separação dos pais, pode ser a guarda atribuída exclusivamente a um dos pais, concedendo ao outro o direito de visita, ou compartilhado por ambos. Pelo artigo 371-2 do Código entende-se que o pátrio poder pertence ao pai e a mãe e a eles corresponde o dever de guarda de seus filhos, cuidado e educação, direitos esses que subsistem após o divórcio, conforme estabelecem os artigos 372 e seguintes. Foi então que a nova lei, harmoniosa com o entendimento jurisprudencial, fez da guarda compartilhada um princípio, conforme se comprova em seu artigo 287.³⁶ E em consonância com a lei, o artigo 373-2 do Código dispõe: *“Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, que por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou a criança, salvo, neste último caso, o direito de visita e do controle do outro”*.

Na hipótese dos pais que permanecem unidos, mas não são casados de fato, a guarda pertence à mãe, mas tendo o pai direito de pleitear a atribuição da guarda a ser exercida conjuntamente. Já quando não são casados e separados, cabe a guarda à mãe, podendo o pai pleiteá-la em juízo, sendo competente o juiz de assuntos matrimoniais e não mais o Tribunal. Assim, permitiu a lei 87.570/87 o cabimento da guarda conjunta, melhor hipótese de cabimento de guarda, ou, nas palavras do Juiz Tourigny:

“A guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade

³⁵ LEITE, E. O. Famílias monoparentais. Apud FILHO, Waldyr Grisard. P. 120

³⁶ Artigo 287: “Conforme o interesse das crianças menores, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, depois que o juiz colheu suas opiniões, quer por um deles”.

parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução a privilegiar.³⁷

2.1.6.3 No Direito Americano

Nos Estados Unidos, cada Estado tem autonomia para criar leis, mas pelo menos 33 estados dão preferência a guarda compartilhada, ou ao menos a estabelece como opção. Na tentativa de se evitar decisões conflitantes entre os estados norte-americanos, acarretando malefícios ao menor, tenta-se atualmente uma uniformização da legislação a esse tema, o que originou a “Uniform Child Custody Jurisdiction Act”, sendo aplicada por um número cada vez maior de Estados.

A guarda compartilhada é tema bastante discutido nos Estados Unidos já que há um aumento da complexidade das relações intrafamiliares, acarretando maiores dificuldades aos operadores do direito quanto a aplicação da guarda. Tem a American Bar Association (similar a OAB) um comitê exclusivo para tratar da guarda de menores, chamado de Child Custody Committee. A guarda compartilhada é o modelo de guarda que mais cresce nos Estados Unidos, sendo a mais aplicável, chegando a ser conferida de 90% a 95% dos casos no Colorado, e de 80% na Califórnia.

2.1.6.4 No Direito Canadense

No direito canadense, ocorrido o divórcio, é atribuída a guarda a somente um dos pais, concedendo ao outro o direito de visita. Somente é conferida a guarda compartilhada quando os pais, em comum acordo, a esta preferem.

³⁷ Caso Droit de la famille – 361 (1987), in FILHO, Waldyr Grisarda. O. Citada. P. 121

Inexistindo acordo, será a guarda determinada pelo Tribunal, havendo entendimento que neste caso a guarda compartilhada não é a melhor opção, haja vista que a intolerância dos pais poderá ser prejudicial aos filhos. No caso de pais separados o Tribunal entende ser a guarda compartilhada a melhor hipótese de aplicação, já que acarreta benefícios psicológicos a todos os envolvidos. Conforme nos ensina Wadyr Grisar Filho, “a seção 16 de *The Divorce Act*,³⁸ de 1985, diz que o Tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses”.³⁹

Há uma tendência no direito canadense de ser a guarda conjunta a melhor solução para a criança. Em 1988, foi apresentado projeto de lei nº 95, objetivando modificar a *Children’s Law Reform Act*, determinado na hipótese da guarda conjunta, que a criança passe a metade do tempo na casa de cada genitor, “o que redundaria numa guarda isolada, exclusiva, uniparental”.⁴⁰ Acredita-se que tal modificação não será aprovada, até porque seria reduzido o poder discricionário do juiz, o que não é desejável no direito, principalmente em matéria de direito de família.

2.2 Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro

2.2.1 Introdução:

Tanto o casamento quanto a união estável impõem aos genitores deveres comuns em relação a seus filhos, deveres estes, conforme definiu Wadyr Grisar Filho, de sustento, guarda e educação.⁴¹ O dever de sustento recai na esfera econômica, devendo ser suportado por ambos os pais. Já os deveres de guarda e

³⁸ CANADÁ. *The Divorce Act*, 1985: Secion 16 (I): “The Court Shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child”.

³⁹ FILHO, Wadyr Grisar. Ob. cit. P. 125

⁴⁰ FILHO, Wadyr Grisar. Ob. citada. P. 125.

educação, exercidos conjuntamente pelos genitores na constância do casamento ou união, serão direcionados a um deles quando sobrevier a ruptura da sociedade conjugal, restando ao outro o direito/dever de visitas.

Assim, verificada a ruptura conjugal, prevalece ainda em nossa jurisprudência o entendimento de se atribuir a guarda a um dos genitores, cabendo ao outro o direito de visitas. Maria Antonieta Pisano Motta, ao tratar da atribuição da guarda, afirma: "*Em nossa sociedade, a grande maioria das famílias pós-divórcio revela a mãe como a detentora mais freqüente da guarda e o pai como detentor do direito a visitas.*"

A forma de atribuição de guarda ainda hoje aplicada perdura há muito em nosso direito. Clóvis Bevilacqua, no ano de 1.937, ao tratar da forma de atribuição da guarda, afirmou:

"É uma conseqüência natural do direito de se desquitarem os conjuges por mutuo accordo, resolverem sobre a guarda dos filhos communs. Ninguém maior interesse poderá ter sobre a sua prole, salvo aberrações excepcionaes, que não são de presumir nos desquites amigáveis. E, desde que os progenitores, que se separam, combinam o modo de ter os filhos em sua companhia, a lei deve respeitar-lhes a vontade".⁴²

Percebe-se que desde aquela época busca-se, em princípio, a vontade dos genitores. Mas isso quando ocorria o desquite amigável. Na mesma obra, Clóvis Bevilacqua salientou que "*sendo um dos cônjuges innocente, é de justiça que se lhe confie a guarda dos filhos communs, pois elle soube observar, com dignidade, os deveres que lhe impunha a lei do matrimonio, que o outro infringiu*".⁴³

Notadamente a lei reflete os costumes da sociedade. Neste fato, a guarda já foi atribuída exclusivamente ao pai, pois este detinha condições de sustento de seus filhos bem como condições psicológicas e educacionais para criá-los. Passou então, com o advento da industrialização, a ser a mãe a encarregada do cuidado

⁴¹ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada. p.126

⁴² BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil. Vol. 2. 1937. p. 287

dos filhos, tendo o homem que trabalhar nas fábricas. Por fim, no início do século XX, entendia-se ser a mãe a principal responsável pela criação dos filhos. E esse entendimento perdura até hoje, em nosso país. Outros países já questionaram essa idéia, sendo adotados por eles outras formas de atribuição da guarda, isto porque a idéia de ser a mãe a principal responsável para a criação dos filhos nem sempre é o melhor para os próprios filhos.

*"A atribuição automática da guarda à mãe nem sempre vem de encontro ao entendimento do melhor interesse da criança e muitas vezes a guarda é atribuída à mãe mesmo nas situações mais adversas",*⁴⁴ enfatiza Maria Antonieta Pisano Motta.

A Constituição Federal de 1.998 buscou dar igualdade entre o homem e a mulher, acarretando profundas mudanças no ordenamento jurídico, em especial, no direito de família, confrontando diretamente as normas que mantinham a mulher em estado de subserviência e incapacidade relativa. A base desta evolução, nos ensinamentos de Caetano Lagrasta Neto, encontra-se no artigo 226 da Constituição Federal, ao afirmar a igualdade de direitos e deveres concernentes à sociedade conjugal, compreendendo-se, também, a formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.⁴⁵

Hoje em dia, homens e mulheres questionam as posições tradicionais a eles

atribuídas. É crescente o estudo de cada caso em si, avaliando as suas particularidades, livres de conceitos ultrapassados e até mesmo limitadores pois *"os arranjos costumeiros estão baseados numa tradição cultural do começo deste século que já enxerga o seu final".*⁴⁶

2.2.2 Atribuição da Guarda nos Moldes da Legislação Vigente

⁴³ Idem. Ibidem. p. 288

⁴⁴ MOTTA, Maria A.P. ob. citada. p.81

⁴⁵ NETO, Caetano Lagrasta. Guarda Conjunta. Apamagis. Out./98

⁴⁶ MOTTA, Maria A. P. ob. citada. p. 82

A lei 6.515 de 1977, chamada de lei do divórcio, revogou os artigos 325 a 328 do Código Civil, artigos estes que tratavam da proteção da pessoa dos filhos na ruptura da sociedade conjugal, passando esta matéria a ser disposta nos artigos 9º a 16 desta lei. A nova previsão dada a esta matéria pela lei do divórcio trouxe nova diretiva à atribuição da guarda, mas não muito distante daquelas que por ela foram revogadas.

Decorrida a separação consensual, deverá ser observado em primeiro lugar, o que fora ajustado pelos cônjuges, conforme estabelece o artigo 9º da Lei do Divórcio, isto porque são os genitores os mais capacitados para preservar o interesse dos filhos. Esse procedimento, que constava do antigo artigo 325 do Código Civil, já era o previsto no Decreto Lei 181 de 1890, que exigia que constasse na petição inicial do pedido de divórcio por mútuo consentimento a declaração do acordo sobre a posse dos filhos menores, se os tivessem (artigo 85, §3, do dec. Lei 181/1890).

Essa exigência foi recepcionada pelo Código de Processo Civil que, em seu artigo 1121, inciso II, determinou que deverá conter da inicial o acordo relativo a guarda dos filhos menores. A previsibilidade de possível acordo entre os genitores com relação à guarda dos filhos é também encontrado na legislação estrangeira, como por exemplo, no Código Civil Espanhol e Código Civil Português, dentre outros.

Vale lembrar que ao atribuir a guarda, deve prevalecer o interesse do menor. Em sendo assim, não faz coisa julgada a decisão que homologa, ou a sentença que decreta, a guarda, podendo ser modificada a qualquer tempo em atenção ao sistema legal.

Tratando-se de separação judicial baseada na culpa, será atribuída a guarda ao cônjuge inocente, conforme o artigo 10 da Lei do Divórcio, privando o cônjuge culpado da guarda dos filhos. Esse procedimento é idêntico ao previsto no decreto lei 181 de 1890, em seus artigos 90, 96 e 97, que também fora recepcionado pelo antigo artigo 326 do Código Civil, antes de ser recepcionado

pela lei do divórcio. No caso, como bem observou Clóvis Bevilacqua, o cônjuge será declarado culpado por sentença do juiz, pois ainda que um só seja o queixoso, o processo pode revelar que ambos incorreram em culpa.⁴⁷ A hipótese de ambos os cônjuges serem culpados não era prevista no Dec. Lei 181/1890.

O artigo 10 da Lei do divórcio cuida da regra geral, comportando exceções. Pode ser tal regra afastada por acordo entre os cônjuges, ou mesmo pela ocorrência de hipótese prevista no artigo 13, levando o juiz a alterar ou deixar de cumprir esse imperativo legal mas sempre levando em conta, primeiramente, o interesse do menor. A jurisprudência confirma a imposição do artigo 10, decidindo que o filho deve ficar em poder do cônjuge inocente, salvo em casos excepcionais, que será a guarda atribuída de modo diverso.

Havendo culpa recíproca, reconhecida por sentença, a lei impõe a guarda à mãe, exclusivamente, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir a um prejuízo de ordem moral para os filhos menores. Alguns autores justificam essa preferência legal, afirmando que a mãe reúne melhores condições para educar e criar os filhos menores. Mas não é pacífico esse entendimento, tendo cada vez mais autores defendendo a tese de que os pais podem reunir tantas condições quanto as mães no que diz respeito ao exercício da guarda dos filhos, sendo em determinados casos, até mesmo melhor do que elas.

Fundada a separação na ruptura da vida em comum há mais de um ano, a lei do divórcio, em seu artigo 11, trouxe inovações, sendo neste caso a guarda atribuída ao cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida em comum. Visou a lei proteger o “status quo” em que se encontravam os filhos, conservando este, ausente motivo grave a recomendar sua modificação.

Outra inovação trazida pela Lei do Divórcio é a constante no artigo 12, determinando que o juiz entregue os filhos menores ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. Mesmo parecendo desnecessária essa previsão, pretendeu o legislador reforçar a idéia de prevalência do interesse do menor.

⁴⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil. Volume 2. 1937. p. 288

Decorrente também da regra que estabelece a prevalência dos interesses do menor, o artigo 13 da Lei do Divórcio, que derivou do artigo 327 do CC, trazendo deste o conteúdo, embora com modificações redacionais, permitiu ao juiz afastar as regras contidas nos artigos anteriores, decidindo de modo diverso quando for a bem dos filhos. Demonstra este artigo que, tratando-se da atribuição da guarda, não há princípios imutáveis, estando todos subordinados ao interesse do menor. Com isso, poderá o juiz afastar o que fora acordado pelos pais, ou até mesmo o disposto nos artigos 10 a 12, atribuindo a guarda da forma que melhor atenda ao interesse do menor.

O mesmo interesse justifica a hipótese de ser deferida a guarda a um parente ou estranho, quando verificado pelo juiz que o filho não deve permanecer com nenhum dos genitores. Essa regra, constante do artigo 10, §2º, da Lei do Divórcio, decorrente do artigo 326, §2º, do CC, não existia na redação original do Código, sendo introduzido pela lei 4.121/62.

Havendo nulidade no casamento, a Lei do Divórcio, no parágrafo único do artigo 14, trouxe a hipótese do casamento putativo, que faz aproveitar aos filhos comuns todos os efeitos civis de um casamento válido, mesmo tendo sido este nulo. Alguns autores entendem ter sido este preceito ab-rogado pelo artigo 227, §6º, da CF, que eliminou todas as desigualdades até então havidas entre as diversas categorias de filhos.

Pelo artigo 16 da Lei do Divórcio, será aplicado aos filhos maiores inválidos, as disposições sobre guarda e alimentos relativos aos filhos menores e não emancipados. Há entendimento doutrinário que o artigo em questão é imperfeito, isto porque o filho maior inválido pode ser pessoa juridicamente capaz e sua vontade deve ser respeitada, não se podendo confundir invalidez com incapacidade. Com isso, deve ser aplicado este artigo aos casos de invalidez absoluta decorrente de doença mental; do contrário, tratar-se-á de pessoa plenamente capaz, porém inválida, sendo inútil a regra deste artigo.

O genitor que não detém a guarda não perde o pátrio poder, assegurando a este os direitos de visita e companhia (artigo 15, L. Div.), e também o de fiscalizar

a atividade do genitor guardião. O direito de visitas poderá ser decidido em comum acordo entre os cônjuges, salvo se este for prejudicial ao menor. Se houver divergência, o juiz fixará o ritmo e freqüência das visitas.

A legislação pátria não previu expressamente norma para coibir as possíveis dificuldades impostas pelo genitor guardião ao exercício do direito de visitas do genitor não guardião. É por meio das visitas que o genitor não guardião fiscaliza a educação e a manutenção do menor sobre a guarda do outro. Se o guardião não apresentar razões convincentes à sua oposição, poderá o juiz, a qualquer tempo e levando em conta o interesse do menor, suspender a guarda, fundando-se no artigo 13 da Lei do Divórcio.

Trouxe a Lei do Divórcio algumas imperfeições jurídicas. Uma delas é disposta no artigo 10 e § 1º, que manifestamente indica a preferência do legislador em ver estabelecida a guarda única preferentemente à mãe, contrariando expressamente a Constituição Federal, artigos 226 § 5º c.c. 227 § 6º.

Diante das previsões legais da Lei do Divórcio, atribuindo-se a quem quer que seja a guarda, a uniparentalidade que decorrerá atingirá certamente os filhos. Para evitar as disputas que certamente ocorrerão, o legislador, no artigo 15, disciplinou que a um dos genitores competirá a guarda física, ou seja, os meios de conduzir a educação da prole, e ao outro o direito de visitas, companhia e fiscalização, com o fim de diminuir os efeitos da uniparentalidade.

Mas a regra do artigo 15 da Lei do Divórcio acabou reservando ao genitor não guardião um papel secundário, privando-o do integral relacionamento com seu filho. E esta situação está sendo questionada por juristas, psicólogos, sociólogos, médicos, assistentes sociais e outros, que verificaram a fragilidade do sistema de atribuição de guarda, bem como as conseqüências negativas que traz ao menor.

A mudança dos costumes da sociedade moderna, redistribuindo os papéis na comunidade familiar, impôs a reconsideração dos parâmetros vigentes, que não reservam espaço a atual igualdade parental. Quando o modelo vigente não mais atende as expectativas sociais é hora de se rever a questão da autoridade parental. Isto porque *“não se pode perder de vista que os problemas criados pela*

*atribuição da guarda de filhos são de natureza sociológica e não jurídica. Os Tribunais, através das decisões dadas, são apenas o reflexo do estado dos costumes e da realidade sociológica do momento”.*⁴⁸

Seguindo esse entendimento deve ser buscada nova fórmula de guarda que garanta aos pais, embora desunidos, a repartição no exercício da autoridade parental, equiparando-se aí com os costumes sociais modernos, que não permite uma disparidade entre os genitores.

2.2.3 A Possibilidade Jurídica do Modelo no Direito Pátrio

Sabemos que as normas de direito devem sempre estar adequadas à realidade da população a ela aplicada. Assim, ocorrendo mudanças das necessidades e costumes sociais, as normas devem ser adequadas a esta nova situação.

A revolução dos costumes, principalmente com a introdução de tecnologias e a visão igualitária de homens e mulheres (prevista expressamente na Constituição Federal), trouxe profundas mudanças na realidade social, atingindo o Direito como um todo e, no Direito Civil, em especial o Direito Familiar, que ainda reflete ideologia do século passado.

As mudanças na realidade social forçaram a reestruturação do direito de família. E isto se deu pela edição de estatutos especiais, que vieram para adequar o direito à realidade do século XX, tendo como exemplo, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros, que se consolidaram na Constituição Federal de 1988.

Eduardo de Oliveira Leite⁴⁹ nos ensina que a família é uma realidade sociológica, que precede “*ao surgimento do Estado*”, e é “*anterior ao próprio*

⁴⁸ Observação feita pelo Ministro da Solidariedade Nacional da França. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. ob. citada. P. 184.

⁴⁹ LEITE, E. O. Tratado de Direito de Família. P. 04

direito”, e como tal, deve projetar novos caminhos, determinados pelas situações sociais verificadas.

Em especial a guarda de filhos, buscou um modelo que se adequasse à realidade social em que vivemos. No direito estrangeiro, como já demonstrado, objetivou-se um novo modelo que privilegiasse a idéia de compartilhamento dos pais no cuidado aos filhos menores, voltados para o melhor interesse das crianças, verificada a ruptura conjugal. Com isso, substitui-se o modelo tradicional, em que a guarda é exercida unilateralmente, por outro, chamado de guarda conjunta ou compartilhada, visando um melhor nível de relacionamento da criança com ambos os genitores. Esse modelo de guarda já é utilizado largamente no direito estrangeiro.

No Brasil, ainda se adota majoritariamente a guarda única, forma tradicional em que se atribui a guarda a um dos ex-cônjuges, que na prática é a mãe, ficando o pai com o dever de prestar alimentos. Mas, mesmo em passos bem mais lentos do que no direito estrangeiro, no Brasil os juristas estão buscando alternativas a esse modelo. A guarda compartilhada, por manter, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental, permitindo a cada um dos pais o direito de participar das decisões importantes dos filhos, tem mostrado ser a melhor alternativa ao arcaico modelo predominante.

Seguindo a tendência moderna do Direito Internacional, o Direito brasileiro adotou o interesse do menor como fundamental em decisão sobre guarda, isto para diminuir os efeitos que a ruptura conjugal acarreta sobre a criança (ver item 1.3.1).

Em 1986, o então Juiz de Direito e hoje desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Sérgio Gisckow Pereira, publicou o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada em nosso direito, anotando que, naquela década, o modelo começava a ser pesquisado em seu Estado, “*sob o*

prisma jurídico e psiquiátrico".⁵⁰ Esse trabalho contou, além de profissionais de Direito, com a colaboração de educadores, médicos, sociólogos, etc.

Em nosso ordenamento jurídico não existe norma expressa sobre a aplicação da guarda compartilhada. Mas como também não há qualquer dispositivo vedando a aplicação deste modelo, e como vigora em nosso ordenamento a supremacia do interesse do menor, esta se mostra lícita e totalmente possível.

Algumas normas permitem a aplicação da guarda compartilhada, embora não façam de modo específico. Na Constituição Federal, o artigo 226 §5º, ao consagrar o Princípio da Igualdade entre homens e mulheres, nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal; no Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 1º, ao dispor sobre a proteção integral do menor, impõe dever à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público; de assegurar ao menor uma convivência familiar, pelo artigo 4º; garantindo-se ao menor o direito de participar da vida familiar, pelo artigo 16, V; e de *"ser criado e educado no seio de sua família"*, conforme o artigo 19.

Já o artigo 13 da Lei do Divórcio é um dos mais significativos, já que permite ao juiz, em qualquer caso, sempre se levando em conta o interesse do menor, decidir por maneira diversa da estabelecida nos artigos que o antecedem. No mesmo sentido, os §§ 1º e 2º do artigo 16 do dec. Lei 3.200/41 autorizou expressamente que o juiz resolva sobre a guarda de modo a atender o critério geral do melhor interesse do menor.

Impondo, inafastadamente, nas decisões sobre guarda, o interesse do menor, está o juiz subordinado a esse critério preponderantemente sobre direitos ou prerrogativas, a que, porventura, se arroguem os pais. E, nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

"Se se colima o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor e, com absoluta prioridade, se lhe deve assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à

⁵⁰ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ajuris*. v.36 p.53-64

*educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, como se vê nos artigos 3º e 4º do ECA, robustece-se de motivos o direito brasileiro para adotar a guarda compartilhada”.*⁵¹

O nosso direito não traz qualquer impedimento a modalidade de guarda compartilhada. Ao contrário. Estabelecendo a discricionariedade ao magistrado nessa matéria, e havendo interesse do menor, poderá ser decretada a guarda compartilhada. Nas palavras de Sérgio Gischkow Pereira, “a guarda conjunta não esbarra em obstáculos no direito brasileiro”.⁵²

2.2.4 Conseqüências da Guarda Compartilhada

Dissolvido o casal, cria-se uma nova situação fática tanto aos filhos quanto a cada um dos genitores. Uma decisão clara e justa sobre a guarda dos filhos do casal gera não só benefícios ao menor, mas também a ambos os genitores, que exercerão o direito de criarem o menor.

Desta decisão decorre o ideal funcionamento da família. Historicamente, a guarda já foi atribuída ao pai, passando posteriormente a ser atribuída a mãe. Essas mudanças decorreram da busca pelo legislador de tentar diminuir os conflitos entre os genitores. Mas sempre a forma que se utilizava era a da guarda única.

A guarda única, assim, visava em primeiro lugar evitar conflitos entre os genitores. Mas em virtude da evolução cultural, econômica, política e social, esse modelo passou a ser melhor estudado e debatido, já que não priorizava a criança. Com isso chegou-se a um consenso que é indispensável ao menor ter presente as figuras da mãe e do pai, exercendo ambos a sua criação.

⁵¹ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada. P.143

⁵² PEREIRA, Sérgio Gischkow. Ajuris. v.36 p.61

Para se atribuir a guarda dos filhos, deve-se buscar não só a intervenção de todos que participam do processo (juiz, advogados, promotores e partes), mas também a utilização de profissionais que possam ajudar nesta importante tarefa, que gera não só efeitos a família, mas também a toda sociedade.

A nossa legislação, como já afirmado, permite a aplicação da guarda compartilhada, isto pelo Princípio da Igualdade Plena entre os Pais e desses no exercício da guarda. Mas esse modelo é pouco aplicado por nossa justiça, até mesmo pela ausência doutrinária sobre o assunto.

A guarda compartilhada, nas palavras de Waldyr Grisard Filho, *“busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendia”*.⁵³

Buscando garantir o melhor interesse do menor e, principalmente, retirar-lhe a idéia de culpa que o aflige, passou-se a rever a questão da autoridade parental, principalmente com a introdução de outras disciplinas, como a psicologia, psiquiatria, sociologia, pediatria, passando a privilegiar uma autoridade conjunta exercida pelo casal, ante o monopólio da autoridade parental que a guarda única acarreta. A guarda compartilhada propicia a continuidade da convivência de ambos os genitores com seus filhos, preservando as relações de afeto existentes anteriormente.

Perdurando unida a família, não se costuma evocar questões relativas a guarda, exercendo-a os cônjuges em comum. Quando porém surge o conflito conjugal, desaparecendo o casal conjugal, é necessário que se mantenha o casal parental. Assim observou Clóvis Bevilaqua quando afirmou que *“o desquite dissolve a sociedade conjugal, porém, não a parental, entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados”*.⁵⁴

A desunião dos pais atinge diretamente os filhos que não mais continuarão com ambos os pais. A guarda compartilhada tem como objetivo dar continuidade

⁵³ FILHO, Waldyr Grisard. ob. citada p.143/144

⁵⁴ BEVILAQUA, Clóvis. ob. Citada p.281

ao exercício comum da autoridade parental, ou seja, a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como se dava na constância do casamento ou da união fática.

Para ser aplicada a guarda compartilhada, primeiro observar-se-á a residência do menor. Deverá ser estabelecida uma residência fixa, única e não alternada. A determinação do local de residência do menor, nas palavras de Guilherme Strenger, gera *“a estabilidade que o direito deseja para o filho”* e *“não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo”*.⁵⁵

Os critérios de determinação da guarda, dentre eles a situação dos pais, definirão o local da residência do menor, atendendo-se sempre ao seu melhor interesse. Os pais deverão tentar manter constantes o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura.

A guarda compartilhada busca a co-responsabilidade dos pais nas decisões importantes relativas aos filhos, e também ao contato freqüente destes com seus genitores. Mas isso não significa uma divisão pela metade, em que o filho passa metade do tempo com cada um. Essa idéia, adotada na guarda alternada, e as vezes confundida por alguns doutrinadores como sendo guarda compartilhada, é prejudicial aos filhos, que não conseguem estabelecer condições afetivas, sociais e espacial. Na guarda compartilhada os filhos podem passar períodos com o pai e com a mãe, mas sempre tendo uma residência fixa.

Essa confusão as vezes feita entre a guarda conjunta e guarda compartilhada ocorre não só em nível doutrinário, mas também jurisprudencial, conforme salientado no item 2.1.2.3, inclusive com a transcrição de ementa demonstrando tal confusão.

Outro aspecto a ser observado para a viabilização da guarda compartilhada é que esta permite aos pais exercerem conjuntamente a escolha do programa geral de educação dos filhos. É essa a principal missão dos pais, sendo que a Constituição Federal, no artigo 6º, estabelece a educação como um dos direitos

⁵⁵ STRENGER, Guilherme. Guarda de Filhos p.71

sociais do cidadão, a ela se referindo de forma específica como direito de todos e dever da família, no artigo 205.

Na guarda compartilhada, não só as opções gerais sobre educação e orientação (escolha da escola, educação religiosa, etc), mas também os atos comuns (compra de uniforme e material escolar), pertencem a ambos os genitores, embora possam ser prestados isoladamente pelo genitor guardião, garantindo, assim, o exercício comum da autoridade parental.

Questão surgida também é aquela referida a prestação alimentar. Essa não engloba só o valor correspondente ao alimento propriamente dito, mas também a tudo que for necessário ao sustento, habitação, vestuário, educação, lazer e despesas extras, como por exemplo, enfermidade.

Sobre os alimentos, a lei do divórcio traz um único e genérico dispositivo, abordado no artigo 20.⁵⁶ E essa obrigação de contribuir para a manutenção dos filhos recai sobre ambos os genitores, mesmo que a guarda seja exercida unilateralmente.

Como falado, a obrigação alimentar recai sobre ambos os genitores. Mas a lei não estabeleceu uma igualdade numérica, não estabelecendo também uma proporção definida a cada genitor. Assim, a contribuição de cada um vai depender das possibilidades econômicas dos mesmos.

O descumprimento da obrigação alimentar, levando os genitores a uma disputa judicial que termina as vezes em prisão, gera inúmeros conflitos que certamente recairão sobre a prole. Mesmo com o avanço doutrinário e jurisprudencial, não se conseguiu encontrar solução menos gravosa para o chamado abandono da família, ou seja, o descumprimento da obrigação alimentar.

A guarda compartilhada, por acarretar um maior contato entre os genitores, tende a diminuir as disputas oriundas do descumprimento da obrigação alimentar. É claro que este modelo não faz inexistir a falta de pagamento, e nem é esse o

⁵⁶ Art. 20, L. Div. “Para manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

fundamento do mesmo, mas ao menos indica um melhor acerto entre os genitores, com benefícios ao menor.

A lei do divórcio, em seu artigo 15, institui o direito de visita, direito este dado ao genitor cuja guarda não esteja o filho. Mas sabemos que este não pode ser visto apenas como direito do genitor, sendo um direito também do menor. Eduardo de Oliveira Leite, ao tratar sobre o direito de visitas, assim se manifestou:

“O direito de visitas não é um direito dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho”.⁵⁷

A guarda compartilhada possibilita um reequilíbrio dos direitos do genitor que detém a guarda, e também do que não a detém, permitindo a ambos participarem diretamente da educação do menor, trazendo com isso incontáveis benefícios a este.

Por fim, a questão que surge é sobre a responsabilidade civil dos danos causados pelos filhos menores. Se decorrido o dano na constância do casamento é claro que ambos os pais serão solidariamente responsáveis, sendo esta a regra esculpida no artigo 1521 do Código Civil.

A determinação do responsável civil pelo dano causado, quando forem os pais separados ou divorciados, traz algumas divergências doutrinárias. Demonstrando estas divergências, Waldyr Grisard Filhos fez a seguinte colocação:

⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. ob. citada p .221

*“Há quem se incline, exclusivamente, pelos atributos do pátrio poder, como referencial à responsabilização. Outros há que elegem a guarda jurídica como elemento definidor da responsabilidade. Outros mais, à guarda física, material, de quem exerce com imediatidade a vigilância atual do menor”.*⁵⁸

Já se tratar de guarda compartilhada, ambos os genitores serão solidariamente responsáveis, isto porque as decisões relativas a sua educação são tomadas em conjunto. Assim, ocorrendo dano, presume-se erro na educação da criança ou falha na fiscalização desta, recaindo isto sobre ambos os genitores.

2.2.5 Vantagens e Desvantagens do Modelo

Os novos modelos de atribuição de guarda tem como objetivo transmitir maiores responsabilidades aos pais, garantindo um melhor relacionamento com os filhos após a ruptura. Isto porque a família moderna tem priorizado as relações pais-filhos, revendo os princípios tidos como intocáveis e procurando fórmulas capazes de manter a vida afetiva, mesmo depois da ruptura.

Como já falado, alguns países, como por exemplo os Estados Unidos, a França, a Suécia e a Dinamarca, já adotam legislativamente a guarda compartilhada, e outros a adotam jurisprudencialmente, buscando uma adequação as particularidades de cada um antes de adota-la legislativamente.

Se por um lado já é grande o número de países que adotam a guarda compartilhada, a nível doutrinário é pequeno o estudo sobre o tema. Tem-se nos Estados Unidos o maior número de trabalhos sobre a guarda compartilhada, mas as diferenças culturais nos impossibilitam de aplicá-los inteiramente em nosso país. Os estudos sobre o tema são extremamente importantes, já que propiciariam uma melhora no modelo, ou até mesmo alteração na sua forma de aplicação.

⁵⁸ FILHO, Waldyr Grisard. Ob. citada p.155

Estudos realizados por pesquisadores americanos revelaram que 2/3 das crianças entrevistadas, oriundas de famílias monoparentais, lamentavam a ausência do genitor não guardião; que existe uma correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência do contato com o pai não guardião; que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos.⁵⁹ A conclusão que se chegou a esse trabalho foi que o contínuo relacionamento da criança com o pai e a mãe durante os anos que se seguem ao divórcio, através da divisão de responsabilidades em relação ao filho, sempre se manifestou altamente positivo.

Mesmo que com esse modelo não fique assegurado o contato entre pais e filhos, ainda assim ao menos se incentiva a ocorrência desse relacionamento, ao contrário da guarda única, que tende a tornar tênue a relação entre o pai não guardião e o filho.

Analisando-se as características da guarda compartilhada nota-se que esta procura reconstruir a relação entre pais e filhos, claramente desgastada pela ruptura da sociedade conjugal. E ainda, indiretamente, pode funcionar como elemento motivador ao cumprimento do pagamento da pensão alimentícia.

Um dos problemas da guarda única é que o guardião tende a afastar o outro genitor do filho, fazendo isso na, maioria das vezes, ignorando a figura do ex-cônjuge, ou, em casos extremos, referindo-se ao ex-parceiro de forma depreciativa. Já a guarda compartilhada, por necessitar de uma maior presença dos pais, diminui este problema.

A guarda compartilhada é também benéfica aos pais, possibilitando uma maior interação de ambos com o filho, decidindo conjuntamente as questões relativas ao menor, enfim, participando dos momentos importantes à criação da personalidade do filho. As conseqüências benéficas desta interação são muitas, como por exemplo, a diminuição do rancor do filho para com os pais.

⁵⁹ In LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. p. 281

É claro que a guarda compartilhada sofre críticas, principalmente porque é um modelo relativamente novo em nosso país. Essas críticas são importantes para o aperfeiçoamento do sistema.

A principal crítica sofrida pela guarda compartilhada é que esta não garante o melhor interesse do menor. Sendo a guarda repartida entre os genitores os contrários a este modelo afirmam não ser possível garantir a estabilidade e a segurança, necessárias ao equilíbrio psicológico do menor.

Essa crítica não procede pois decorre de uma incorreção de parte da doutrina, que acaba confundindo guarda compartilhada com guarda alternada. Esta última, sim, traz prejuízos ao menor, já que gera insegurança e confusão. Mas na guarda compartilhada não há mudança regular de residência, tendo o menor uma residência fixa, não podendo trazer, na pior das hipóteses, maior insegurança e confusão do que a guarda única.

Outra crítica ao novo modelo é que existe risco de desacordo ou conflito entre os ex-cônjuges. Ora, este risco existe em qualquer modelo de guarda, e continuará existindo, até porque o conflito infelizmente faz parte da natureza humana. Tentar desqualificar a guarda compartilhada por esta não garantir a inexistência de desacordo ou conflito é totalmente absurdo, já que até mesmo em pais não divorciados este risco existe.

Há também uma crítica, a nível psicológico, de que as crianças estariam em permanente tensão, procurando não demonstrar a preferência por um ou outro genitor. E este esforço no sentido de evitar o ciúme entre os pais se tornaria, a médio tempo, um fardo difícil para as crianças.

Essa crítica, fundamentada em alguns casos práticos, deve ser observada, para que a criança não seja exposta aos males que essa tensão poderia causar. Mas é lógico que não podemos afastar um modelo de guarda por ocorrência de casos isolados, já que se os genitores investirem na normalização da situação que passa a ser vivida, a guarda compartilhada é, sem dúvida, a melhor alternativa.

Por fim, os críticos da guarda compartilhada afirmam ser esta prejudicial por mascarar a realidade, propiciando uma expectativa de reconciliação entre os genitores.

Mais uma vez a crítica é inválida. Primeiro porque o objetivo da guarda compartilhada é o de manter a ligação entre pais e filhos a qual a criança tem direito. E também porque essa expectativa pode estar presente em qualquer modelo de guarda, já que decorre do diálogo que os pais mantêm com os filhos. A falta de postura clara e objetiva pelos genitores é que possibilitarão essa expectativa, e não o modelo da guarda.

A análise das considerações prós e contras da guarda compartilhada revelam a necessidade de seu ajustamento à realidade fática, o que só se dará pela contribuição da doutrina e jurisprudência, possibilitando assim um aprimoramento do instituto.

É indiscutível que a guarda compartilhada é a solução ideal quando os pais, apesar da separação, permanecem conciliados e cooperados, e que principalmente seja mais benéfico aos filhos. Mas sempre que um dos genitores manifestar uma lacuna de natureza moral ou psicológica, a possibilidade da guarda compartilhada desaparece e abre espaço, indiscutivelmente, a guarda individual.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite: *“É melhor que a criança viva com um só genitor, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maior da criança”*.⁶⁰

⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. Citada. P. 289

Considerações Finais

Sendo verificada a ruptura conjugal, é necessário atribuir-se a guarda dos filhos que porventura tenha o casal.

Conforme fora estudado, havendo acordo entre os pais, este será analisado pelo juiz que, entendendo o resguardo ao interesse do menor, irá homologá-lo. Não havendo acordo, ou se este não for satisfatório, a guarda será atribuída judicialmente.

O legislador pátrio enfocou, tanto a nível constitucional quanto a infraconstitucional, a proteção do menor e a prevalência de seus interesses sobre os demais. Mesmo com isso, ainda prevalece em nossa jurisprudência decisões que adotam o modelo da guarda única como forma de atribuição da guarda.

No direito estrangeiro as mudanças ocorridas na forma de se atribuir a guarda de filhos se deu de forma mais célere, tanto nos estudos sobre o tema quanto na modificação legislativa e aplicação jurisprudencial. Em contrapartida, temos ainda no Brasil escassez de estudos sobre a questão e pouquíssimas decisões que adotaram modelos de guarda diverso da guarda única.

Da necessidade de buscar soluções que reflitam a realidade social por nós vivida, onde a mulher passou a exercer importante papel no mercado de trabalho e o homem a participar com mais afinco da atividade familiar, somada a proteção ao interesse do menor, surgiram basicamente dois modelos de guarda, modelos distintos mas que as vezes são confundidos por alguns autores: o da guarda alternada e o da guarda compartilhada (também chamada de conjunta).

O modelo de guarda alternada não é satisfatório na grande maioria dos casos, pois traz ao menor incertezas quanto ao seu domicílio, dificultando-o de estabelecer valores e domínios. Este modelo traz instabilidade emocional e psíquica ao menor, embora os que o apóiem afirmem que permite uma maior relação do menor com ambos os pais.

Por outro lado tem-se a guarda compartilhada. É este o modelo adotado por um grande número de países em substituição ao da guarda única, pois o mesmo prioriza o interesse do menor, permitindo um compartilhamento da guarda por ambos os genitores, acarretando uma proximidade à realidade vivida antes da ruptura conjugal.

A legislação brasileira vigente não traz norma expressa prevendo a guarda compartilhada, mas também não faz qualquer impedimento à aplicação deste modelo. Ao analisarmos a norma, constatamos que a guarda compartilhada é o modelo que se adequa melhor ao que buscou a lei, qual seja, o interesse do menor.

A nosso ver, a guarda compartilhada é o modelo de guarda que traz mais benefícios ao menor. Possibilita uma participação de ambos os pais no desenvolvimento da criança, propiciando uma melhor formação social e de caráter. Sem falar que é o modelo que mais se aproxima da realidade vivida antes da ruptura conjugal, diminuindo consideravelmente os efeitos da separação.

Sabemos que certamente haverá situações em que a guarda compartilhada não será indicada. Mas nessas situações deverá ser empregado modelo de guarda que se adequa a esta realidade, tudo em conformidade do que já é estabelecido em lei, permitindo ao juiz dispor a atribuição da guarda de modo diverso, sempre que entender ser melhor para o interesse da criança.

BIBLIOGRAFIA

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1937. v.2

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 9º ed. São Paulo: RT, 2000.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: RT, 2000.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. **O Menor na Separação**. Revista do Advogado – Associação dos advogados de São Paulo. nº 58. Março. 2000.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, Tutela e Guarda**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

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

LOTUFO, Renan. **Guarda de Filhos**. Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo. nº 25. Maio. 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.2.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: novas soluções para novos tempos**. Caderno de Estudos n. 3: Direito de Família e Ciências Humanas. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

NETO, Caetano Lagrasta. **Guarda Conjunta**. APAMAGIS, 1998.

_____. **Direito de Família**. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei do divórcio Comentada**. 4ºed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de Direito de Família**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.6.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934. v.6

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família.** Minas Gerais: Del Rey, 1999.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos.** São Paulo: LTr, 1998.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil – Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2001.