

**WALDYR GRISARD FILHO**

**GUARDA COMPARTILHADA**  
**UM NOVO MODELO DE CUIDADO (E JUSTIÇA) AOS FILHOS DO DIVÓRCIO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite.

**CURITIBA**  
**1999**

**WALDYR GRISARD FILHO**

**GUARDA COMPARTILHADA  
UM NOVO MODELO DE CUIDADO (E JUSTIÇA) AOS FILHOS DO DIVÓRCIO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

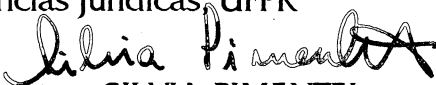
Orientador:

  
Professor Doutor EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

  
Professor Doutor LUIZ EDSON FACHIN

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

  
Professora Doutora SILVIA PIMENTEL  
Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP

Curitiba,

Sem uma teoria crítica do direito de família, será demasiado difícil alcançar o valor do novo, seja em matéria de técnicas, seja de práticas ou de instituições, para pô-las em relação com os termos da vida social.

**João Baptista Villela**  
(XV Conferência Nacional da OAB,  
1994 - Anais)

Para Janette,  
minha esposa.

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	vi
<b>RESUMO</b> .....	x
<b>ABSTRACT</b> .....	xi
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>PARTE I - AS RELAÇÕES PARENTAIS</b> .....	5
<b>1 O PODER PARENTAL</b> .....	6
<b>2 GUARDA E PROTEÇÃO DA PESSOA DO MENOR</b> .....	29
<b>3 A CISÃO DA GUARDA</b> .....	74
<b>PARTE II - GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	99
<b>1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS</b> .....	100
<b>2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	128
<b>3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO</b> .....	171
<b>CONCLUSÃO</b> .....	206
<b>ANEXO</b> .....	215
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	218
<b>ÍNDICE DAS MATÉRIAS</b> .....	234

## LISTA DE ABREVIATURAS

AJURIS	Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
Art.	Artigo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da Alemanha Ocidental)
Cân.	Cânone
CC	Código Civil
Cf.	Conforme, confira, compare
CF	Constituição Federal
Cit.	Citado
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Cm. Cv.	Câmara Cível
C. N. Civ.	Câmara Nacional Civil (Argentina)
COAD-ADV	Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento Profissional. Informativo semanal. Advocacia Dinâmica
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
Coord.	Coordenador
DCN	Diário do Congresso Nacional

Dec.	Decreto
Dec.-lei	Decreto Lei
DJE	Diário de Justiça do Estado
DJU	Diário de Justiça da União
DOU	Diário Oficial da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed.	Edição
Et. al.	E outros
Ex.	Exemplo
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
In	Em a
Jur. Bras.	Jurisprudência Brasileira, Revista de Julgados
LDiv.	Lei do Divórcio
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
N.	Número
Ob.	Obra
ONU	Organização das Nações Unidas
Op. cit.	Obra citada

Org.	Organizador
P.	Página
Par.	Parágrafo
Passim	Aqui e ali
Pp.	Páginas
RE	Recurso Extraordinário
RF	Revista Forense
RJTJSP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
RJTJRS	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
Segs.	Seguintes
TGI	Tribunal de Grande Instância (França)
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP Tribunal de Justiça de São Paulo

V. Ver, vide.

V. g. Verbi gratia (por exemplo)

## RESUMO

As funções que derivam do pátrio poder são exercidas em conjunto por ambos os pais, enquanto a família permanece física e afetivamente unida. Em tal situação, não se costumam evocar questões relativas à guarda (uma das manifestações operativas do pátrio poder) de filhos menores e não emancipados. Assim, a guarda é comum, pois os genitores naturalmente a compartilham entre si. A ruptura do vínculo conjugal, entretanto, desloca o exercício da autoridade parental para apenas um dos genitores. A guarda, agora, é única, exclusiva de um deles. Embora a desunião dos pais não provoque modificações nas relações paterno/materno-filiais, inevitavelmente, estabelece uma nova forma de se vincularem. O modelo atual de guarda única, critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito sem contestações, não privilegia a manutenção dos laços afetivos que vinculam os pais a seus filhos, rompendo a convivência e impondo uma dissimetria nos papéis parentais intolerável aos olhos do preceito constitucional da igualdade entre o homem e a mulher. Atualmente procura-se estabelecer uma co-responsabilidade parental, que reaproxima, na ruptura conjugal, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incertezas a que se submete com a desunião dos pais. Os melhores interesses do menor e a igualdade dos gêneros indicam um novo modelo ao exercício da autoridade parental: a guarda compartilhada. Ela é mais eficaz à continuidade das relações do menor com seus dois pais, pois mantém, apesar da ruptura conjugal, a família parental. É modalidade com a qual ainda não estamos habituados, apesar da experiência de outros países ter demonstrado ser mais vantajosa ao bem-estar do menor. Seu desuso entre nós deve-se à escassez de específica abordagem doutrinária e jurisprudencial. Este estudo permitirá determinar, entre nós, sua possibilidade jurídica, desnudando seus prós e contras.

## ABSTRACT

*The functions derived from the paternal power are exercised by both parents while the family remains physically and emotionally united. In such situation, matters related to the custody of the children (one of the paternal power's operative manifestations) usually are not brought about in relation to children who are minor and non-emancipated. So, the custody is common, once the parents naturally share it among themselves. Nevertheless, the breaking of the genitors. It is now a single custody, exclusive of only one of them. Although the breaking of the couple does not change the father/children and mother/children relationship, it unavoidably comes to establish a new link between them. The present standart of single custody, the one accepted without any opposition by the federal laws, the case laws and the opinions, does not emphasize the maintenance of the affective ties that bind the parents to their children, breaking their close association and establishing unequal roles to the parents. This situation is opposed to the constitutional rule that establishes equality between men and women. Nowadays, one looks forward to establish a co-responsibility between the parents, seeking to rebuild the pre-rupture situation in order to shelter the minor from the feelings of abandonment and uncertainty that follow the parent's divorce. The best interests of the minor and the equality of the genders point toward a new standard for the exercise of the paternal authority: the "shared custody". It is more efficient for the maintenance of the relationship between the children and both parents because, despite the rupture of the marriage, it maintains the family with both spouses. It is a model ti wich we are not familiar yet, although the experience from other countries proves it to be very profitable to the welfare of the minor. Its disuse among us is due to the lack os specific treatment given to the subject by the case law and the opinions. This survey will allow one to determine among us its juridical possibilities, discussing its pros and cons.*

Aos professores

**Luiz Edson Fachin**, pelo incentivo,  
**Luiz Alberto Machado**, pela compreensão,  
**Eduardo de Oliveira Leite**, pela segura orientação,

meus agradecimentos.

## INTRODUÇÃO

O tema que ora apresenta-se, enfoca a questão da guarda de filhos menores após a dissolução do vínculo conjugal. Para tanto, propõe-se abrir o debate em torno da possibilidade de inserção no ordenamento jurídico pátrio de um novo modelo de guarda no Direito brasileiro: a guarda compartilhada.

Buscou-se, primeiramente expor a delimitação conceitual do poder parental desde sua redação original no Código Civil, acompanhando sua evolução bem como as controvérsias surgidas quando da necessidade de adaptações necessárias às mudanças históricas.

Passando-se em seguida, para a abordagem propriamente dita da questão da guarda e proteção dos filhos menores, verificou-se que na Doutrina nacional o tema não tem recebido as atenções de estudos específicos. Não foi ela sistematizada pelo Código Civil, como estruturou a tutela e a curatela, nem pela Jurisprudência, que se assenta em complexa casuística. O Código Civil a ela se refere como dever comum dos cônjuges, ao efeito do casamento, e como atributo do pátrio poder. Entretanto fora regulada ao cuidar do destino dos filhos menores na dissolução da sociedade conjugal. Os dispositivos a ela pertinentes foram, ao depois, revogados pela Lei do Divórcio, que passou a regular inteiramente a matéria, sem agredir o sistema originariamente traçado pelo Código Civil.

Verificou-se que o evoluir social, em seu multifacetário espectro, determinou significativas mudanças no sistema familiar. Se houve transformação no modelo da família codificada, se o modelo contemporâneo de família, e suas relações intra-pessoais, é diferente do precedente, torna-se evidente a

necessidade de se considerar, também, um modelo diferente para o cuidado dos filhos de pais que não convivem.

Na realidade presente, a sistemática atribuição da guarda a um só dos genitores, critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito sem contestações, enfrenta questionamentos, como uma necessidade de todos os envolvidos. A clássica atribuição da guarda única, uniparental, não privilegia a manutenção dos laços afetivos que vinculam os pais a seus filhos, enquanto rompe o elemento convivência, essencial para a boa formação moral dos menores. Por isso é vivamente criticada. Atualmente procura-se estabelecer uma co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação anterior, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incertezas a que se submete com a desunião dos pais.

Encimados pelos melhores interesses da criança e pela igualdade dos gêneros, os Tribunais passaram a propor acordos de guarda compartilhada, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações do menor com seus dois genitores, mantendo, apesar da ruptura conjugal, a família parental, propiciando o exercício comum da autoridade que dela deriva e reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões importantes relativas aos filhos menores. Sua noção surgiu dessa necessidade de se reequilibrar os papéis parentais frente à perniciosa guarda exclusiva e de garantir os melhores interesses do menor, pela definição de ambos os genitores, do ponto de vista legal, como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos, tal como faziam na família intacta.

Por um lado, revaloriza o papel da paternidade, e da maternidade, por outro, traz ao centro das decisões o destinatário deste instituto, para oferecer-lhe um equilibrado desenvolvimento físico e mental e, ao mesmo tempo, garantir-

lhe a participação comum de seus dois pais em seu destino. A guarda compartilhada é a aplicação da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução a privilegiar, como reconhecem a Doutrina e a Jurisprudência de outros países, com arrimo nos diplomas supranacionais.

Este novo modelo de cuidado (e justiça) aos filhos de pais separados ou divorciados opõe-se ao modelo adversarial típico do cotidiano de nosso foro. É modalidade com a qual ainda não estamos habituados, apesar da experiência alienígena ter demonstrado ser mais vantajosa ao bem estar do menor. Seu desuso decorre da escassez de abordagem na Doutrina e na Jurisprudência nacional ou da omissão da lei? A análise de cada uma dessas circunstâncias nos permitirá determinar a possibilidade jurídica deste novo modelo de guarda no Direito brasileiro, desvendar suas vantagens e desvantagens de modo a precisar qual o que melhor atende aos interesses dos menores na família pós-divórcio e que dá vida ao preceito constitucional da igualdade parental. Nesta quadra, em que é difícil prever, com certo grau de certeza, quem é o mais indicado para deter a guarda, o Direito não pode prescindir dos conhecimentos de outras ciências, principalmente das que estudam a mente humana.

Para tanto, buscou-se, num primeiro momento, conceituar o poder parental, fixar seu conteúdo, identificar os critérios de determinação da guarda, conhecer suas modalidades e exercício nas diversas situações de desunião dos genitores. Num segundo momento, procurou-se estabelecer a noção do novo modelo de guarda, seus precedentes internacionais e no contexto de diversos sistemas estrangeiros, e estabelecer sua possibilidade jurídica no sistema nacional e suas conseqüências, através do exame da lei atual, da Doutrina e da

Jurisprudência.

Este novo modelo de guarda prioriza a manutenção do vínculo afetivo, o contato regular e ininterrupto entre o genitor não-guardião e seu filho, como valores primordiais na família contemporânea, que transpõem a barreira do simples direito de visitas. Pais e filhos não se visitam, convivem!

É o que veremos no presente trabalho.

## **PARTE I**

### **AS RELAÇÕES PARENTAIS**

## 1 O PODER PARENTAL

### 1.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Buscando delimitar o conceito de *pátrio poder*, ou *poder parental* - o qual preferimos - , ou *autoridade parental*, como também se diz, é de rigor destacar primeiramente, as diferentes posições doutrinárias sobre esse instituto. Lafayette Rodrigues PEREIRA, em seu clássico *Direitos de Família*, escrito em tempos pré-republicanos, propõe o seguinte conceito: “o *pátrio poder* é o *todo* que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias”.<sup>1</sup> Não escapou também ao seu espírito e à sua cultura a noção filosófica do instituto em questão:

No decurso da menoridade fallece ao ente humano a capacidade indispensável para prover às suas necessidades e reger sua pessoa e bens. É mister que alguém tome o infante sob sua proteção, que o alimente, que cultive os germens que lhe brotão no espírito; que, em uma palavra, o eduque, e zele e defenda seus interesses. Esta nobre missão a natureza confiou-a ao pai e à mãe. Pressupõe elle tanto em um como em outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho.<sup>2</sup> Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama *pátrio poder*.

lamentando não ter sido essa a compreensão do direito positivo.<sup>3</sup>

No mesmo sentido, Clóvis BEVILAQUA conceitua o instituto como sendo “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos

<sup>1</sup> PEREIRA, Lafayette. *Direitos de família*, p. 234.

<sup>2</sup> PEREIRA, L. *Ibidem*, p. 233.

<sup>3</sup> PEREIRA, L. *Ibidem*, p. 234: “(471) A instituição do pátrio poder, tal como se acha constituída pelo nosso Direito, é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantagem do pai do que em benefício do filho.”

filhos”,<sup>4</sup> repetindo o que já externara em outra obra de edição precedente (*Direito de Família*),<sup>5</sup> sem correspondência com a realidade, mas, certamente, à vista da inquebrantável soberania do chefe de família, que reconhecia ser de “uma amplitude que se nos afigura hoje odiosa [...], tendo mais em vista o egoísmo dos chefes da sociedade doméstica, do que o benéfico altruísmo em arrimo à debilidade dos filhos”.<sup>6</sup>

Nestes conceitos, os dois consagrados juristas referidos, não privilegiaram a figura materna, que, hoje, desfruta da mais ampla e estrita igualdade, vale dizer, absoluta, em direitos e deveres com a figura paterna referentemente à sociedade conjugal, conforme os artigos 5º, I e 226, § 5º - CF.<sup>7</sup>

Autores há, como Washington de Barros MONTEIRO e Vicente SABINO JÚNIOR, que, embora considerem a figura materna no conceito do instituto em pauta, referem ser ele apenas um conjunto de obrigações dos pais em relação aos filhos menores e não emancipados, sem qualquer preocupação com os correlatos direitos deles.<sup>8</sup>

Atentos à evolução deste instituto, como de resto à de todo o Direito de Família, que reclamava conceituação mais ampla, há autores que melhor o enunciam, como um complexo de direitos e deveres, quanto à pessoa e bens

<sup>4</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 279.

<sup>5</sup> BEVILAQUA, C. *Ibidem*, 8. ed., p. 363.

<sup>6</sup> BEVILAQUA, C. *Ibidem*, p. 366.

<sup>7</sup> Pela aceitação da mais plena e completa igualdade do homem e da mulher perante o Direito, não admitindo qualquer limitação legal, *cf.* Eduardo de Oliveira LEITE. A igualdade de direitos entre o homem e a mulher face à nova Constituição. *AJURIS*, n. 61. p. 19-36. Paulo Luiz Neto LÔBO. Igualdade conjugal - direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. p. 221-236. João Baptista VILELA. Liberdade e família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, p. 9-40. Pela igualdade relativa, *cf.* Carlos David S. Aarão REIS. *Família e igualdade*, *passim*.

<sup>8</sup> MONTEIRO, *Curso de direito civil*, p. 280-281. Vicente SABINO JÚNIOR. *O menor : sua guarda e seus direitos*, p. 51.

dos filhos, exercidos pelos pais na mais estrita colaboração e em igualdade de condições segundo o artigo 226, parágrafo 5º. da Constituição Federal.<sup>9</sup>

Desbaratando o cipoal doutrinário existente a respeito do tema, José Antônio de Paula SANTOS NETO, em obra nascida de sua dissertação de mestrado, propõe, sintetizando as várias considerações que refere, este conceito:

o pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.<sup>10</sup>

Delimitando, então, o conceito, pode-se dizer que o pátrio poder - a questão terminológica será examinada adiante - é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, ao fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual e social.<sup>11</sup> Para alcançar tal desiderato impõe-se ainda aos pais, satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, pois o conjunto de condutas pautado no artigo 384 do Código Civil o é em caráter mínimo, sem excluir outros que evidenciem aquela finalidade.

Modernamente, não se observam concepções contrapostas nas legislações. O que existe é uma uniforme concepção filhocentrista, que desloca o seu fulcro da pessoa dos pais para a pessoa dos filhos, não mais como objeto de

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, p. 238. J. Virgílio Castelo Branco ROCHA, *O pátrio poder*, p. 36. FRANÇA, *Manual de direito civil*, p. 250. RODRIGUES, *Direito civil*, p. 360.

<sup>10</sup> SANTOS NETO, *Do pátrio poder*, p. 55.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n. 8.069, ECA, de 13.07.90, art. 3º: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade."

direito daqueles, mas ele próprio (o menor), é um sujeito de direitos<sup>12</sup> e, conseqüentemente, com direito, dentre outros, ao seu integral desenvolvimento, à filiação, ao respeito, à diferença, a ser ouvido, à intimidade, à vida (art. 15-ECA), enfim.

Em nosso Direito, a titularidade do exercício destas faculdades de conteúdo altruísta, pertence conjunta e igualmente aos pais, conforme artigos 5º, I e 226, § 5º da Constituição Federal, artigo 380 do CC e artigo 21 do ECA, quer na constância do matrimônio ou não, em função do melhor interesse do menor.<sup>13</sup>

## 1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O pátrio poder é um dos institutos do Direito com marcante presença na história do Homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da Humanidade mesma. A Doutrina, em geral e de modo amplo, toma o Direito romano como ponto de partida para o seu estudo evolutivo.<sup>14</sup> Aqui faremos somente ligeiras

<sup>12</sup> Para Luiz Edson FACHIN, "Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não são sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais." Elementos críticos do Direito de Família. In: LIRA, Ricardo Lima (Coord.). **Curso de Direito Civil**. p. 223.

<sup>13</sup> **Revista dos Tribunais**, v. 205, p. 223. Sobre a noção de "interesse do menor", Eduardo de Oliveira LEITE, **Famílias monoparentais**, p. 194-202.

<sup>14</sup> DE CICCIO, Cláudio. **Direito** : tradição e modernidade. O autor apresenta neste trabalho uma visão histórica e sociológica do pátrio poder, suas origens e evolução, não só através da História do Direito em geral mas também da História do Direito brasileiro. Trata-se de um estudo cronológico e também sob o ângulo das estruturas sócio-econômicas e culturais, que condicionam suas alterações a partir da tradição romanística.

referências às diversas etapas que o instituto conheceu. Sem dúvida, as características especiais da instituição romana vieram a ser a sua base nas legislações modernas, embora os antecedentes germânicos encantassem por sua simplicidade.

No Direito romano, o pátrio poder - coluna central da família patriarcal - era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos.<sup>15</sup>

Neste regime primitivo, em algumas circunstâncias, o *paterfamilias* - que só podia ser exercido pelo varão - tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo (*ius vendendi*), o de abandoná-lo (*ius exponendi*) e o de entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente (*ius noxae deditio*). Estes amplíssimos poderes, com a Lei das XII Tábuas (especialmente a IV), foram profundamente afetados, já que se limitou a três, a venda que o pai podia efetuar do filho, dentre outras.<sup>16</sup> Com o passar do tempo, o absolutismo opressivo dos pais reduziu-se a simples direito de correção, sob Justiniano (*ius*

<sup>15</sup> GAIO (I, 55) afirma que com semelhantes características, o pátrio poder só existia entre os gálatas, *apud* ARIAS, Jose, **Manual de derecho romano**, p. 191. Para GAIO, o *patria potestas* é instituto próprio dos *civis romanis*, *cf.* GIORDANI, M. C. **Código civil à luz do direito romano** : direito de família, p. 252.

<sup>16</sup> "Se o pai vendeu o filho 3 vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno", dando-se a emancipação. Texto conforme fragmento reconstituído por J. Godofrey, *in* MEIRA, S. A. B. **A lei das XII tábuas**, p. 169.

*domesticae emendationis*), que também aboliu a *noxae datio*.<sup>17</sup>

Como expressa Carlos Alberto BITTAR FILHO, na Idade Média ocorreu um conflito entre os sistemas organizadores da família, a propósito do alcance e da extensão do pátrio poder, prevalecendo nos países de direito escrito, a orientação romana, na forma da legislação justinianéia e nos de direito costumeiro, o germânico, inspirada mais no interesse do filho do que do pai.<sup>18</sup>

A tradição romana, mantida nos países de direito escrito, consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpétuo sobre seus descendentes. O *munt* germânico concebia o pátrio poder como um direito e um dever dos pais orientados à proteção dos filhos (é o gemem da Doutrina da proteção integral, perfilhada pela Lei 8.069/90) como parte de uma proteção mais geral projetada para todo o grupo familiar, em evidente reação à tradição romana: seu exercício era temporário, suas funções eram também atribuídas à mãe e não impedia que os filhos possuíssem bens.

O Cristianismo, de indubitável influência como fator de temperância dos costumes, produziu uma síntese destes dois sistemas, impondo aos pais “o gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidar da educação, tanto física, social e cultural, como moral e religiosa da prole”.<sup>19</sup> Anteriormente ao *Code Civil*, a França não tinha entendimento uniforme acerca deste instituto (ao Sul, orientação romana; ao Norte, orientação germânica).

<sup>17</sup> ROCHA, J. Virgílio Castelo Branco, *O pátrio poder*, p. 21-23. Sobre a atenuação dos poderes paternos, cf. GIORDANI, M. C. *Código civil à luz do direito romano*, p. 253-254.

<sup>18</sup> BITTAR FILHO, C. A. *Pátrio poder : regime jurídico atual*. *Revista dos Tribunais*, v. 676, p, 79-84.

<sup>19</sup> *Código de direito canônico*, Cân. 1.136. A legislação canônica reconhece o princípio da igualdade entre os cônjuges e, por isso suprimiu o cânone 1.112, que fazia a mulher participar do estado canônico do marido.

Optando o legislador pelo sistema germânico e atribuindo mais deveres aos pais, sofreu veementes reações conservadoras nas manifestações de Aubry e Rau, que o censuraram por não haver conferido ao pátrio poder “*l’energie que reclamaient l’orde public et les bonnes moeurs*”.<sup>20</sup>

A feição romana do pátrio poder, como manifestada por Justiniano, encontrou guarida nas Ordenações do Reino e, assim, foi trasladada para o Brasil pela lei de 20 de outubro de 1823. Como noticia Lafayette Rodrigues PEREIRA, em seu *Direitos de família*: “entre nós prevalece ainda acerca deste grave assumpto a antiga legislação portugueza que não é senão a reprodução do Direito Romano, no estado em que o deixára o imperador Justiniano, com as modificações que o tempo e os costumes lhe forão fazendo”.<sup>21</sup>

Nosso Código Civil, promulgado em 1916, acompanhou a linha que nos legara o Direito lusitano, passando por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos, que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre esses e os pais. O quadro legislativo logo absorveu as mudanças, vindo à lume - confiando a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos e no interesse desses -, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>20</sup> Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, apud J. Virgílio Castelo Branco ROCHA. *O pátrio poder*, p. 30.

<sup>21</sup> PEREIRA, L. *Direitos de família*, p. 234.

### 1.3 DENOMINAÇÃO

O evoluer social determinou o declínio e a morte do pátrio poder de feição romana, de *dominação*, discricionário, prevalente, absoluto, traduzido pela palavra *poder*, para alcançar o sentido de *proteção*, como hoje se reconhece. Por isso, propõe-se substituí-lo por outra, diante das transformações estruturais que o instituto sofreu em suas linhas mais gerais, buscando responder com maior precisão ao alcance que tem modernamente. Embora não reflita cabalmente sua essência, é expressão genericamente aceita e utilizada nas legislações modernas, v. g., o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21.

Ao publicar em 1848 suas *Instituições de Direito civil português*, Manuel Antonio Coelho da ROCHA, regente da cadeira de Direito civil da Universidade de Coimbra, tratou das relações entre os pais e os filhos sob a denominação de *poder paternal*.<sup>22</sup> A expressão *paternal* é usada pelo Código Civil português nos artigos 1877 e seguintes, em seu sentido lato, como derivado não de *pater* no singular, mas de *patres*, no sentido colegial de pai e mãe, como é, aliás, vulgar na linguagem corrente.<sup>23</sup>

Virgílio Castelo Branco ROCHA, em seu clássico *O pátrio poder*, apresenta as expressões que pretendem substituir a tradicionalmente utilizada: *autoridade parental*, para Luiz da Cunha Gonçalves, que se propõe até a substituir a própria expressão *poder paternal*; *poder de proteção*, para Colin e Capitant; *função paternal*, para Juan Carlos Reborá.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> ROCHA, M. A. C. da. *Instituições de direito civil*, p. 153.

<sup>23</sup> LIMA, Pires de ; VARELA, Antunes. Código Civil anotado. In: AMARAL, **Do casamento ao divórcio**. p. 331.

<sup>24</sup> ROCHA, V. **O pátrio poder**, p. 35.

Pela primeira delas, Eduardo de Oliveira LEITE demonstra simpatia preferindo:

o termo “autoridade parental” ao termo “pátrio poder”, de conotação romana e que privilegia a “potestas” masculina, inadmissível no atual estágio de evolução do Direito brasileiro. Na realidade, hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só “pátrio”, na ótica do constituinte de 1988, mas sim “parental”, isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguados em direitos e deveres, pelo art. 226, par. 5º, da nova Constituição.<sup>25</sup>

Esta expressão, entretanto, poderia levar a equívocos, podendo fazer crer que os ascendentes paternos e maternos seriam chamados a exercer uma autoridade legal sobre seus descendentes de qualquer grau. Por seu turno, Carlos Alberto BITTAR elegeu a expressão *poder paternal* para denominar o instituto, entendendo ser mais consentânea com o seu sentido atual, em que se integram ambos os genitores, no mesmo usado pelo Código Civil português.<sup>26</sup>

Também o binômio *poder-dever*, em que se transforma a tradicional expressão *pátrio poder*, diante das profundas alterações que esse instituto sofreu, como observa Eduardo de Oliveira LEITE,<sup>27</sup> embora mais adequado do que a expressão que pretende substituir, não reflete toda a dimensão jurídica da função que hoje se apresenta diárquica, como decorrência do princípio da igualdade conjugal e, mais nitidamente, do artigo 229 da Constituição Federal, como deveres genéricos impostos aos pais e aos filhos, fundando um dever de dupla face, pois os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e estes têm o dever de ajudar e amparar os pais, como alude Luiz Edson

<sup>25</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 192 (nota 17).

<sup>26</sup> BITTAR, C. A. *Direito de família*, p. 245.

<sup>27</sup> LEITE, E. O. *Temas de direito de família*, p. 134.

FACHIN.<sup>28</sup>

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Código Civil conservou a denominação clássica. No Senado da República, pela Emenda n. 278 aí apresentada, foi rebatizada, passando a denominar-se *poder familiar*, anotando alguns ter-se desperdiçado oportunidade de adequá-la à corrente e moderna expressão *poder parental*, como prerrogativa dos pais e não da família.<sup>29</sup>

A questão terminológica esbarra na palavra *poder*, à qual se resiste por guardar resquícios da *patria potestas* romana - com todos os seus nefastos direitos: *ius vitae et necis*, *ius exponendi*, *ius vendendi*, *noxae deditio* - , mas, como alude José Antonio de Paula SANTOS NETO, ela não padece da impropriedade que lhe atribuem enquanto exprime a subordinação dos filhos em relação aos pais, a quem devem, em contrapartida, respeito e obediência, conforme artigo 384, VII e, por isso, não há dificuldade em que se prossiga chamando o instituto com a denominação que provém de seus antecedentes mais remotos.<sup>30</sup>

Assim, a quesilha não está vencida. O Código de Família da Rússia, de 1918, substituiu a expressão “pátrio poder” por “direitos e deveres respectivos dos filhos e dos pais”; o da Espanha encima o título próprio com a expressão “Das relações paterno-filiais”; o do Chile, no Título IX, cuida dos “direitos e obrigações entre os pais e os filhos”, semelhantemente ao Esboço de Teixeira de Freitas: “Dos direitos e obrigações dos pais e filhos”, conforme artigo 1509 e

<sup>28</sup> FACHIN, L. E. Em nome do pai : estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família contemporâneo**. p. 585-604.

<sup>29</sup> CORTIANO JÚNIOR, E. **O direito de família no projeto de código civil**. Curitiba, 1998. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

<sup>30</sup> SANTOS NETO, J. A. P. **Do pátrio poder**, p. 56.

seguintes e “Dos direitos e obrigações das mães e filhos”, conforme artigo 1547 e seguintes. No Direito alemão, com a reforma de 1980, designa-se como de “cuidado paterno a respeito do filho”. Em França, de *puissance parentale* passou a *autorité parentale* e nos trabalhos do Conselho da Europa já se usa com frequência a designação *responsabilités parentales*, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 27 de fevereiro de 1984. Sugere, então, Luiz Edson FACHIN expressão conciliadora e não discriminatória: *poderes e deveres parentais*,<sup>31</sup> pois na sociedade familiar, com a estrutura e a composição atuais (família nuclear, de base igualitária), acentua-se, dentre outros princípios, o da correspectividade de direitos e deveres entre pais e filhos.

#### 1.4 NATUREZA JURÍDICA

A controvérsia que se suscita a respeito da natureza jurídica do instituto está longe de constituir mera disputa teórica, mas a adoção de uma ou outra posição, torna-se relevante para compreender o seu alcance. A natureza jurídica do pátrio poder tem enfoque diverso quando é visto face o Estado e terceiros e nas relações pai-filho. Em relação ao Estado e a terceiros, o pátrio poder é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração dos bens, guarda), um *officium*, supervisionado pelo Estado, a fim de que, no seu exercício, sejam evitados abusos. A respeito da postura dos pais face a terceiros, escreve José Antônio de Paula SANTOS NETO, cuida-se de um verdadeiro direito subjetivo, um atributo pessoal, uma faculdade de agir legitimado pelo texto

<sup>31</sup> FACHIN, L. E. *Em nome do pai...*, p. 593.

legal, diante do caso concreto.<sup>32</sup>

Assim, diante do primeiro enfoque, o pátrio poder constitui um direito subjetivo dos pais nas relações externas, direito à função própria, para que possam levar a cabo o ofício que lhes é encomendado. Mas, nas relações pai-filho, sob outro enfoque, o pátrio poder é um conjunto incidível de poderes-deveres, que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos. São poderes (autoridade) aos quais correspondem deveres (obrigações), que o titular não pode deixar de cumprir, pois é de interesse público que os cumpra. Por isso e por força do cunho social de que se reveste, a vertente dos deveres sobrepõe-se largamente à dos poderes. O desvio no exercício dessas características importará em limitação, suspensão ou extinção deste *munus*, mediante decisão judicial.

Para outra orientação, o pátrio poder constitui uma amálgama indissociável de direitos e deveres. Partindo dessa premissa, sustenta Guillermo A. BORDA que:

*Las potestades que integran la autoridad paterna son de naturaleza compleja; ordinariamente asumen a la vez la condición de derechos y deberes. Educar a un hijo, vivir a su lado, plasmar su espíritu, cuidar de su persona y sus bienes, constituyen para un padre o madre normal la fuente de las más perdurables satisfacciones y alegrías. Al atribuirle estas potestades, la ley reconoce un derecho natural, pero la impone al mismo tiempo su cumplimiento como una obligación. Se conjugan así el interés paterno con el familiar y social, dando origen a esta categoría de derechos-deberes que caracteriza a la institución.*<sup>33</sup>

O pátrio poder, assim, não é só um conjunto de direitos que se exercem no interesse exclusivo de seus titulares, o pai e a mãe, mas do exercício de um

<sup>32</sup> SANTOS NETO, J. A. P. Do pátrio poder, p. 60.

<sup>33</sup> BORDA, G. A. Tratado de derecho civil, p. 147.

dever em atenção aos interesses dos filhos. Esses direitos-deveres integram o conteúdo do pátrio poder, “*que se atribuyen a los padres en beneficio del hijo y no en provecho de ellos*”,<sup>34</sup> assinalando Planiol e Ripert que os direitos inerentes ao pátrio poder são lembrados aos pais em razão dos deveres que devem cumprir “*y no tienen otro fin que hacer posible el mantenimiento y la educación del hijo*”, já que “*es en vista a la protección del hijo que existe la potestad parental*”.<sup>35</sup>

Outras teses procuram explicar a natureza jurídica do pátrio poder, ora como função, reflexo dos deveres dos pais de educar, manter e proteger os filhos em todos os seus interesses enquanto incapazes, ora como poder-função e não meras prerrogativas individuais, ora como direito natural, embora seja unânime o reconhecimento da origem natural do pátrio poder, como primazia desse caráter e que pretende explicar sua essência. Verifica-se a esta altura um desencontro das diversas posições que procuram evidenciar as características do pátrio poder, porém, indistintamente, radicam-no como instituição protetora da minoridade, que requer o cumprimento de deveres e o exercício de direitos, tendo como território natural e propício de funcionamento, a família.<sup>36</sup> Em brevíssima síntese, podemos dizer hoje que triunfa definitivamente a idéia segundo a qual, no pátrio poder o que importa primordialmente é a proteção do incapaz, seu beneficiário essencial.

<sup>34</sup> LEHMANN, *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, apud Gustavo A. BOSSERT e Eduardo A. ZANNONI, **Régimen legal de filiación y patria potestad**, p. 258.

<sup>35</sup> Planiol ; Ripert ; Rouast, *Tratado práctico de derecho civil francés*, apud Gustavo A. BOSSERT e Eduardo A. ZANNONI, *ibidem*, p. 258.

<sup>36</sup> O âmbito de funcionamento do instituto é diverso segundo as distintas situações em que pode apresentar-se, dependendo cada uma delas de sua extensão e modo de cumprimentos dos respectivos direitos e deveres, como na família matrimonializada, na família dissociada, na família monoparental, na união livre e, assim, a guarda.

## 1.5 CONTEÚDO DO PÁTRIO PODER

Do conjunto de direitos e deveres que a norma jurídica impõe aos pais, decorrem duas categorias de relações, tendo em vista os fins a que se destinam e o bem jurídico que visam tutelar: uma, relativa à pessoa dos filhos menores e não emancipados, outra, relativa aos seus bens; portanto, pessoais e patrimoniais. Somente as primeiras interessam a este estudo e a elas nos restringiremos.

A titularidade desses encargos era, na redação original do Código Civil, exclusiva do pai. A mãe era admitida ao seu exercício só excepcionalmente. A Lei 4.121, de 27 de agosto de 1942, conferiu à mãe a condição de colaboradora do pai no exercício do poder parental. E o artigo peculiar daquele diploma ficou assim redigido, e acrescido:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Posteriormente, a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em seu artigo 27, indicou claramente que o pai e a mãe são os titulares dos encargos parentais, que persistem mesmo após o divórcio ou quando sobrevenha novo casamento de qualquer dos pais, muito embora a guarda de filho seja atribuída a somente um deles, à luz do artigo 16 do Dec.-lei 3.200/41 e do artigo 381, do Código Civil.

Na atualidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por seu artigo 21, fazendo eco com o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, indicativo da co-

titularidade da autoridade parental, normatiza inteiramente a matéria, revogando o texto codificado, assim:

o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de divergência, recorrer à autoridade judiciária competente para solução da divergência.

A nova lei teve o mérito de sepultar definitivamente a posição subalterna em que se encontrava a figura materna nas relações entre pais e filhos e o de suprimir a expressão “durante o casamento” do artigo 380 do Código Civil, pois os deveres e as obrigações derivadas do pátrio poder transcendem à existência ou não do casamento.<sup>37</sup> Vale dizer, pai e mãe são, conjunta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do exercício do pátrio poder, como efeito da paternidade e da maternidade e não do matrimônio.

Nem sempre é assim, porém. Existem situações patológicas<sup>38</sup> em que o exercício do pátrio poder desloca-se para apenas um dos seus titulares, pai ou mãe. É o que se dá quando um dos pais está impedido de exercê-lo, por ter sido suspenso ou destituído do *munus*, conforme previsto nos artigos 394 e 395 do Código Civil ou quando o filho não é reconhecido pelo pai, ficando sob o pátrio poder exclusivo da mãe, como previsto no artigo 383 do Código.

São sujeitos passivos da relação parental todos os filhos menores e não emancipados,<sup>39</sup> conforme artigo 379 - CC, de qualquer categoria, previsto no

<sup>37</sup> SANTOS NETO, J. A. P. *Do pátrio poder*, p. 79-80.

<sup>38</sup> Carbonnier, *apud* GOMES, O. *Direito de família*, p. 406-410. Em *Droit Civil*, Carbonnier separa a *hipótese-padrão* (família legítima) das *situações patológicas* (presentes tanto na família legítima como nas que se verificam fora do casamento), para definir mais claramente a titularidade do pátrio poder. Ainda, DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 303-305.

<sup>39</sup> STRENGER, G. G. *Guarda de filhos*, p. 52. Assinala esse autor que não basta existir a condição de filho para que se o tenha como sujeito passivo, pois somente recebe essa qualificação aquele que for menor e não emancipado, devendo considerar-se nessa

artigo 20 - ECA e artigo 227, § 6º, da Constituição Federal e independentemente da existência de casamento. Estabelecida a relação paterno-filial, dela decorre normalmente o pátrio poder. Por outro lado, além desses critérios cronológicos, para que alguém seja reputado sujeito ao pátrio poder, é preciso que tenha pais vivos e conhecidos, porque não há pátrio poder sem titular. Também, é necessário que um dos pais tenha capacidade para o seu exercício, pois embora vivo e conhecido, pode não ter o direito de detê-lo. Na ausência do pátrio poder, dá-se um tutor ao menor.

#### 1.5.1 - Direitos e Deveres dos Pais em Relação à Pessoa dos Filhos

Os atributos do pátrio poder em relação à pessoa dos filhos desdobram-se sistematicamente pelos diferentes incisos do artigo 384 do Código Civil. São os que a seguir englobadamente se detalham.

##### 1.5.1.1 Guarda, Educação e Correição

Ordinariamente o filho deve permanecer na família e ligado aos pais, conforme artigo 19 - ECA, em unidade de convivência. A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, previsto no artigo 384, II, do Código Civil, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, previsto no artigo 384, VI, do Código, o de proibir-lhe

hipótese, que existe grande diversidade nos sistemas vigentes quanto aos limites da maioridade e da menoridade em relação ao momento da emancipação que, no Brasil, é de dezoito anos, ao passo que em outros países é de dezesseis anos.

companhias nefastas e de freqüentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. Uma vez descumpridos estes, sujeita-se o titular relapso, à sanções civis e penais, por abandono de família. A guarda é da natureza do pátrio poder, não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica na transferência desse. Como atributo do pátrio poder, a guarda dele se separa, não se exaurindo nem se confundindo com ele, podendo uma existir sem o outro.<sup>40</sup>

A criação e a educação dos filhos cabe aos pais, conforme artigos 384, I, do Código Civil e 229 da Constituição Federal, como dever precípua voltado ao atendimento das necessidades materiais e morais do menor, intervindo o Estado para obrigá-los ao exercício desse dever. Não há conceituação legal para esses atributos, o que autoriza a dar-lhes interpretação ampla, conforme o *status* econômico e social da família. Genericamente, corresponde não só à instrução, como o desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos para a vida de relação, mas também à educação, que tem um sentido mais amplo, voltado ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas e espirituais dos sujeitos passivos, previsto nos artigos 4º e 53 do ECA, e tomá-los úteis a si mesmos e à sociedade. Nessa esfera, cumpre aos pais orientar os filhos também nas questões religiosas, cívicas, sexuais e profissionais.

Conseqüente ao dever de educar está o de correção e disciplina. Os limites desse dever são fixados pela finalidade mesma que o justifica. Os pais

<sup>40</sup> Revista dos Tribunais, v. 554, p. 209 ; v. 575, p. 134. Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 56, p. 53. Veja-se o voto do Min. Themístocles Cavalcante no RE 61.887-SP (Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 46, p. 257-259): "A cláusula que, em desquite por mútuo consentimento, estabelece a guarda de filho menor por terceira pessoa, não pode importar em redução, mesmo em parte, do pátrio poder, de modo a subordinar a vontade do pai àquele a quem foi confiado o menor - (RT, v. 193, p. 322)."

podem castigar moderadamente seus filhos, constituindo os excessos, causa de desaparecimento do pátrio poder. Assim, podem os pais exigir-lhes obediência e respeito, bem como que lhes prestem serviços, desde que próprios à sua idade e condição, nos limites e nas condições da lei, conforme artigos 403 e 404 da CLT e 60 do ECA. O cumprimento destes deveres, morais e legais, compete aos pais como efeito do casamento, conforme prevê o artigo 239, IV do Código Civil.

#### 1.5.1.2 Assistência e Representação

Enquanto menores e não emancipados, estão os filhos proibidos de atuarem no tráfego jurídico, dada sua inexperiência. Para impedir que se submetam a atos ruinosos a si mesmos e a seu patrimônio, a lei, através dos artigos 5º, 6º e 84 do Código Civil, artigo 142 do ECA e artigo 8º do Código de Processo Civil, os coloca sob proteção e orientação dos pais. Os pais, então, representam os filhos desde a concepção até os dezesseis anos em todos os atos jurídicos que devam praticar e os assistem a partir dessa idade até os 21 anos, suprindo-lhes o consentimento.

Na assistência compreendem-se os aspectos morais, que se confundem com o dever de educação, e os aspectos materiais, enquanto se referem à obrigação alimentar, segundo a condição e a fortuna dos pais, derivada antes do parentesco que do pátrio poder, como já dito. A representação tem caráter necessário, pois sem ela os atos praticados pelo menor seriam inválidos, e universal, pois compreende todas as relações jurídicas do menor, sejam de natureza familiar ou patrimonial. Às vezes a lei autoriza o menor púbere a praticar pessoalmente certos atos, personalíssimos, por outras sob autorização

paterna e outras mais sem qualquer autorização, como ser mandatário ou fazer testamento.

Sempre que no exercício do pátrio poder colidirem os interesses dos pais com os do filho, o juiz lhe dará curador especial, conforme artigo 387 - CC ; artigos 9º e 1042, I - CPC e artigo 142, parágrafo único - ECA, cessando momentaneamente o pátrio poder.

### 1.5.1.3 Vigilância e Fiscalização

O direito de guarda compreende necessariamente o de vigilância, pelo qual se efetiva o dever de dirigir a criação do menor no aspecto de sua formação moral. A guarda sem vigilância, observa José Virgílio Castelo Branco ROCHA, seria destituída de significação e decairia no fato material da posse.<sup>41</sup>

O dever de fiscalização, como algo a mais que a guarda, traduz-se no cuidado e na diligência dos pais ao integral desenvolvimento dos filhos. Por isso estão eles autorizados a proibir que os filhos mantenham relações com determinadas pessoas, que freqüentem certos ambientes, que participem de espetáculos inadequados, que tenham acesso a leitura imprópria à sua idade. Decorre disso poderem os pais vigiar a correspondência do menor, conforme o respeito devido ao filho e seu grau de maturidade, fixar-lhes horários para estudos, trabalho e lazer, bem como zelar por sua saúde.

<sup>41</sup> ROCHA, V. O pátrio poder, p. 150.

### 1.5.2 Deveres Correlatos dos Filhos

Ao reverso, a lei impõe aos filhos determinadas condutas, das quais nascem direitos paternos. Assim, o artigo 384, inciso VII do Código Civil estabelece que os filhos devem obediência e respeito a seus pais, e também prestação de serviços próprios de sua idade e condição, mais como consequência da comunidade doméstica. Também impõe a lei que os filhos devem alimentos a seus pais (art. 379 -CC), em contrapartida ao direito deles próprios.

### 1.5.3 Outros Atributos e o Controle Estatal

Compete ainda aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, conceder-lhes ou não autorização para o casamento, cabendo aqui a possibilidade do suprimento do consentimento pelo juiz, conforme artigos 183, XI e 188 - CC, nomear-lhes tutor e reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, por meio de ação cautelar de busca e apreensão, prevista no artigo 839 e seguintes do CPC.

Todos os atributos do pátrio poder de ordem pessoal estão sujeitos, no seu exercício, ao controle do Estado,<sup>42</sup> seja administrativo ou judicial, com o escopo de evitar o jugo paterno, limitando-o no tempo, restringindo-lhe o uso e dele suspendendo ou destituindo os pais negligentes, nas hipóteses previstas

<sup>42</sup> "A função serviente da família, deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, com a colaboração com outras formações sociais: não como uma ilha, mas como um autônomo território, que é parte que não pode ser eliminada de um sistema de instituições civis predispostas para um escopo comum; todas essas formações sociais serão merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia. Valores que representam, juntamente com a solidariedade, o pressuposto, a consagração e a qualificação da unidade dos direitos e dos deveres no âmbito da família. A delineada função serviente da família, [...] explica o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar.", cf. PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil*, p. 245-246.

em lei. Isso porque hoje triunfa a idéia de que se fala mais em deveres do que em direitos e, sobretudo, importa a proteção integral dos menores.<sup>43</sup>

## 1.6 VICISSITUDES DO PÁTRIO PODER

Como vimos, o pátrio poder é instituto de proteção da menoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores e não emancipados. Trata-se de um *munus* público, razão pela qual o Estado está legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. E o faz fiscalizando a atuação dos pais, por não ser o pátrio poder absoluto nem intangível, com o propósito de evitar abusos.

O exercício do pátrio poder encontra, assim, vicissitudes, que vão desde a cessação absoluta de seu funcionamento, por esgotar-se em si mesmo ao alcançar sua finalidade, ou por falecimento de seus sujeitos, ou por motivos que venham alterar seu normal desenvolvimento. O legislador previu uma gradação dessas vicissitudes, cabendo aqui distinguir as hipóteses. A privação ou o desmembramento do pátrio poder dá-se por motivos de diversa natureza. Às vezes, em virtude de situações jurídicas com ela incompatíveis, por outras, via sanções às faltas mais ou menos graves, cometidas pelos pais.

Ordinariamente, o pátrio poder se *extingue* pela morte dos pais ou dos

<sup>43</sup> A respeito desse controle, o STF (RE 11.601, *Revista Forense*, v. 143, p. 172) é incisivo: "Menor sob guarda de terceiros - Reclamação da mãe - Não atendimento - Submissão do pátrio poder ao controle da autoridade pública. Não basta, para reclamar menores, quando sob a guarda de terceiros, a condição de pai, mãe, tutor ou encarregado de sua guarda. A lei exige, ainda, no interesse deles, que às prerrogativas do pátrio poder concorram outros pressupostos, cuja verificação é simples 'quaestio facti'. A submissão desse poder ao controle da autoridade pública constitui um dos traços mais coloridos da socialização do Direito. Não deve ser restituído à mãe o menor por ela abandonado, cuja educação seria prejudicada com a sua volta."

filhos, pela emancipação, pelo atingimento da maioridade ou pela adoção, conforme artigo 392 do CC, mas conhece limitações ou restrições, em situações anormais previstas em lei, respectivamente nos artigos 394 e 395 do CC ; artigos 22, 25 e 129, X do ECA, que antecipam o seu término. Em certos casos, em que a conduta dos pais os torna indignos dessa condição, comprovando-se abuso de poder, faltando eles aos seus deveres paternos, dilapidando os bens dos filhos, intervém o Estado através do juiz, que pode, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, considerando a gravidade da falta, *suspender* temporariamente, no todo ou em parte, o exercício do pátrio poder, seja em relação apenas ao filho vítima, seja em relação a toda a prole, conforme os artigos 155 a 163 do ECA.

Também sob a denominação de destituição, *perdem* os pais o pátrio poder em relação aos filhos, por castigarem-nos imoderadamente, deixando-os em abandono ou que tenham praticado atos contrários à moral e aos bons costumes. É pena civil mais grave, então, podendo atingir a somente um dos pais. Sendo imperativa, abrange toda a prole. A privação do pátrio poder não implica na liberação da obrigação alimentar, o que é natural, pois, como dissemos acima, essa obrigação não surge do pátrio poder, mas do vínculo do parentesco. Aplicada a sanção, de maior ou menor gravidade, o pátrio poder passa ao outro genitor; se esse não se achar em condições de assumir o encargo, o juiz nomeará tutor ao menor, conforme previsto nos artigos 406, II do CC ; artigo 101, VIII e 165 a 170 do ECA.

Observa-se que “as causas de *extinção* operam *ipso jure*, ou pelo ministério da lei, enquanto as de perda ou privação operam *ministerio judicio*, ou

por sentença judicial”,<sup>44</sup> assim como o de sua restauração, cessadas as causas que a determinaram. A sentença será averbada no registro civil de nascimento do menor, conforme artigo 163 do ECA e artigo 102, § 6º da Lei 6.015/73.

No Projeto de Código Civil, o Direito de Família constitui do Livro IV (arts. 1509 a 1807), desmembrando-se as partes que tratam do direito pessoal (Título I) e do direito patrimonial (Título II). Naquela, trata do casamento (Subtítulo I) e das relações de parentesco (Subtítulo II) e dentre essas, no Capítulo VI, do pátrio poder. A Seção III refere-se à suspensão e à extinção do pátrio poder. A grande inovação do Projeto é atribuir ao pai e à mãe o exercício conjunto do pátrio poder (art. 1659), solução já implantada com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Quanto às causas de extinção do pátrio poder, nota-se que o projetista eliminou as circunstâncias do atingimento da maioridade e da adoção, certamente por entender implícitas as hipóteses no texto do artigo 1658, que merece essa releitura: “Os filhos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.” Tal solução não é aplaudida por José Antônio de Paula SANTOS NETO, embora a entenda correta “mas nem por isso deixa de parecer mal redigido”, dando a “falsa impressão de ter sido extraído de algum compêndio de direito romano, fazendo aparentar que a pátria potestade se extingue pela morte e pela emancipação, somente”.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> GOMES, O. *Direito de família*, p. 416.

<sup>45</sup> SANTOS NETO, J. A. P. *Do pátrio poder*, p. 198.

## 2 GUARDA E PROTEÇÃO DA PESSOA DO MENOR

### 2.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO

As relações jurídicas em Direito de Família situam-se em três territórios distintos, que se interpenetram e se destacam teleologicamente. Ora regulam as *relações pessoais* entre os cônjuges, entre esses e seus ascendentes e descendentes; ora regulam as *relações patrimoniais* que surgem e interessam ao grupo familiar; ora regulam as *relações assistenciais* ou *protetivas*, que substituem as familiares.<sup>1</sup>

Estas relações que se apresentam em todas as formas de família, como se vê no artigo 226 da CF, compreendem-se na lição de Clóvis BEVILAQUA, quando oferece o conceito de família: “o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela”.<sup>2</sup>

Deste conceito, concordemos ou não com ele por marcar a família somente a partir do casamento regulado pelo Estado, interessa observar que ele abrange todos os institutos do Direito de Família, que se desdobram no Código Civil nos artigos 180 a 484 e no Projeto de novo Código Civil nos artigos 1509 a 1806.<sup>3</sup> Referem, então, ao do *casamento*, ao do *parentesco* e aos de *proteção*, a

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, p. 22.

<sup>2</sup> BEVILAQUA, C. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, p. 6.

<sup>3</sup> Conforme versão atualizada em 26.08.97, DCN - Suplemento ao n. 074.

que comumente se denominam *direito matrimonial*,<sup>4</sup> *direito parental* e *direito assistencial*.<sup>5</sup>

Estes diversos setores de atuação do Direito de Família não contemplaram sistematizadamente a guarda, como estruturaram o pátrio poder, a tutela e a curatela. A ela se referem senão como dever comum, mútuo e simultâneo cometido aos cônjuges, como efeito principal do casamento, igualmente aos filhos extramatrimoniais reconhecidos, pelo artigo 231, IV e como atributo do pátrio poder, conforme artigo 384, II, como vimos acima. Entretanto, fora regulada pelo Título IV, do Livro de Direito de Família, ao cuidar do destino dos filhos menores na dissolução da sociedade conjugal nos artigos 325 a 329. Tais artigos, com exceção do último, foram, posteriormente, revogados pelos artigos 9 a 16, da Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977, que passaram a reger inteiramente a matéria, sem agredir, entretanto, o sistema inicialmente traçado pelo Código Civil, omitindo-se, porém, quanto às obrigações com os filhos havidos fora do casamento e na separação de fato. Nas uniões livres, a guarda de filhos é regulada pelo artigo 2º, IV da Lei 9.278/96, aplicando-se analogicamente os artigos correspondentes da Lei do Divórcio.

O Estatuto da Criança e do Adolescente,<sup>6</sup> dispondo sobre a proteção integral do menor, em obediência aos princípios constitucionais estampados nos

<sup>4</sup> Sobre "direito matrimonial", apóia José Lamartine Correa de OLIVEIRA ; Francisco José Ferreira MUNIZ. **Direito de família : direito matrimonial**. AMARAL NETO, F. S. A relação jurídica matrimonial. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, n. 2, p. 150-206.

<sup>5</sup> FRANÇA, R. L. Direito de família. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, p. 160-161, anota que os institutos complementares da tutela, curatela e ausência não são objeto do Direito de Família. Também assim pensa Francisco Pontes de MIRANDA, como expressa em seu **Direito de família**: "Rigorosamente, o Direito tutelar, quer no tocante ao pátrio poder, quer no tocante à tutela e à curatela, não devia achar-se no Direito de Família, salvo quando tratasse de efeito imediato da relação parental.", p. 45.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990.

artigos 227 e 229, também cuida da guarda de filhos, através dos artigos 33 a 35, de forma diversa. Na expressão de Antônio CHAVES, a guarda de que trata a lei estatutária só se aplica ao menor em situação irregular, isto é, separado da família, por morte ou por abandono dos pais.<sup>7</sup> Para outros autores, porém, com mais razão, a “guarda pode ser deferida com relação a qualquer menor de 18 anos, independentemente de sua condição”, pois o novo Estatuto, que incorpora a doutrina sócio-jurídica da proteção integral proposta pela ONU, contrariamente aos anteriores Códigos de Menores, acabou com a idéia de situação irregular.<sup>8</sup> A guarda, na medida em que se destaca do pátrio poder, é a forma mais simples de colocação do menor em família substituta, nada importando sua situação jurídica, conforme se depreende do artigo 28 - ECA.

O vocábulo *guarda*, como informa De PLÁCIDO E SILVA, 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*”, especificando que guarda de filhos “é locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de *ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E *guarda*, neste sentido, tanto significa *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”.<sup>9</sup>

Enfocada por diversos diplomas e oferecendo variegada casuística, torna-se difícil apropriar um conceito unívoco ao instituto de que tratamos, “dos mais

<sup>7</sup> CHAVES, A. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*, p. 147.

<sup>8</sup> FELIPE, J. F. A. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*, p. 41. Ainda, Marco Aurélio S. VIANA. A tutela da criança e do adolescente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. p. 285-297.

<sup>9</sup> DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*, p.365-366.

delicados de todo o direito de família”.<sup>10</sup> Tomando por base a definição oferecida por Rubens Limongi França, José Antônio de Paula SANTOS NETO formula o seguinte conceito: “guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”.<sup>11</sup>

Guillermo A. BORDA, compreende no estudo da guarda, a vigilância, o direito de reter consigo os filhos menores, correlatamente à obrigação desses de viverem na casa de seus pais e a responsabilidade por danos causados.<sup>12</sup> Por sua vez, Gustavo A. BOSSERT e Eduardo A. ZANNONI, definem a guarda como “*el derecho de tener consigo al menor; solo así pueden orientar la formación y educación de los hijos en toda la plenitud de este concepto*”.<sup>13</sup>

Reconhecendo ser tarefa difícil conceituar a guarda, dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja, Guilherme Gonçalves STRENGER, diz que “a guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar”.<sup>14</sup> A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao pátrio poder, através dos artigos 384, II - CC e 21 e 22 - ECA, com forte assento na idéia de posse, conforme artigo 33, § 1º - ECA, surge, através dos artigos 231, IV e 379 a 383 - CC, como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na

<sup>10</sup> MONTEIRO, W. B. **Curso de direito civil**, p. 231.

<sup>11</sup> SANTOS NETO, J. A. P. **Do pátrio poder**, p. 138-139. É este o conceito de Rubens Limongi França, referido pelo autor: “Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, 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.”

<sup>12</sup> BORDA, G. A. **Tratado de derecho civil**, p. 148.

<sup>13</sup> BOSSERT, G. A. ; ZANNONI, E. A. **Manual de derecho de familia**, p. 534.

<sup>14</sup> STRENGER, G. G. **Guarda de filhos**, p. 31.

convivência com seus filhos, previsto no artigo 384, II - CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas, através do artigo 384, I - CC.

## 2.2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em nosso Direito, como vimos, o tema da guarda mereceu relevância em duas hipóteses distintas e sujeitas, cada qual, a um ordenamento jurídico peculiar: na dissolução da sociedade conjugal, ou de qualquer outra forma de união, e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em linhas gerais, percorreu este caminho legislativo.

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

O Código Civil, de 1916, cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos,<sup>15</sup> distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial e mandava, através do artigo 325, observar-se, na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” e, na última, pelo artigo 326, distintamente, conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos. Era assim o esquema: a)

<sup>15</sup> Artigos 315 a 329, revogados, com exclusão desse, pelo artigo 54 da Lei do Divórcio.

havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai; c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues à guarda do pai; d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda. No caso de anulação do casamento e havendo filhos comuns, aplicava-se-lhes as regras dos artigos acima referidos.

O decreto-lei 3.200/41, pelo artigo 16, disciplinou a guarda do filho natural, determinando que esse ficasse com o progenitor reconhecente e se o fossem ambos, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor.

A Lei 4.121/62, promoveu alterações no desquite litigioso, mas conservou as disposições do desquite amigável relativamente à guarda de filhos. Dessa maneira, o Código Civil passou a ter o seguinte esquema: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade desses, salvo disposição contrária do juiz; c) verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas.

O decreto-lei 9.701/46, dispendo sobre a guarda de filhos no desquite judicial, quando não entregues aos pais, mas à pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, assegurava ao outro, o direito de visitas aos filhos. A Lei 5.582/70, modificou o artigo 16 do decreto-lei 3.200/41 e lhe acrescentou parágrafos, determinando que o filho natural quando reconhecido por ambos os genitores, ficasse sob o poder, agora, da mãe, salvo se de tal solução adviesse

prejuízo ao menor. Também previu a hipótese de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. Havendo motivos graves, poderia o juiz decidir, a qualquer tempo, de modo diverso, sempre no interesse do menor.

Este quadro permaneceu até o advento da Lei 6.515/77, que, ao instituir o divórcio no Brasil e regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, combinando o princípio do desfazimento por culpa, pelo artigo 5º, *caput*, com hipóteses de dissolução sem culpa, previstas no artigo 5º, parágrafos 1º e 2º,<sup>16</sup> revogou as disposições atinentes do Código Civil.<sup>17</sup> Entretanto, conservou, em suas linhas gerais, o sistema vigente, com adaptações. Assim é que:

a) na dissolução consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (cf. art. 9º);

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

b.1) - art. 5º, *caput* - os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa (cf. art. 10, *caput*);

b.2) - art. 5º, § 1º - os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (cf. art. 11);

b.3) - art. 5º, § 2º - os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e

<sup>16</sup> SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. *AJURIS*, v. 40, p. 128-149.

<sup>17</sup> Na verdade, a Lei do Divórcio não alterou a orientação do Código Civil, repetindo virtualmente seus dispositivos. Veja-se: art. 9º, LDiv = art. 325, CC; art. 10 e seus parágrafos, LDiv = art. 326 e seus parágrafos, CC; art. 13, LDiv = art. 327, CC), permanecendo, assim, o espírito da codificação, à preservação dos melhores interesses do menor.

educação (cf. art. 12).

Na separação não consensual em que forem por ela responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores, independentemente de sexo e idade, ficarão com a mãe (cf. art. 10, § 1º).

O parágrafo segundo, do artigo 10, reservou ao juiz deferir a guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, quando verificar que os filhos não devam permanecer em poder da mãe nem do pai. A nova lei conferiu assim ao juiz, através de seu artigo 13, função de grande responsabilidade: a de afastar as regras ordinárias sobre guarda, podendo regular de maneira diversa, a bem do menor e sempre que houver motivo grave.<sup>18</sup> No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos artigos 10 e 13.

Todos estes critérios são gerais e abstratos. O legislador partiu do princípio de que seriam os mais adequados para atender os interesses dos filhos menores: tais interesses, e não a autoridade paterna, são o eixo de todo o problema. Eles limitam até a livre avença dos pais em uma separação consensual, podendo o juiz recusar sua homologação se restar comprovado que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos, na dicção do artigo 34, § 2º.<sup>19</sup> O direito de visitas, o de ter os filhos em sua companhia e de fiscalizar-lhes sua manutenção e educação, foram ampliados pelo artigo 15, como foram estendidas, através do artigo 16, todas as disposições referentes a

<sup>18</sup> Esta idéia de retirar os filhos da guarda dos pais e confiá-los a terceira pessoa, por razões graves e insuperáveis, já era contemplada no art. 302 do Código de Napoleão, em sua edição de 1804, inspirada no melhor interesse do menor, ainda que em detrimento dos pais: "Os filhos serão confiados ao cônjuge que obteve o divórcio, a não ser que o tribunal, a pedido da família e do ministério público, e em vista das informações recolhidas em execução do art. 238 (alínea 3), ordene, para maior vantagem dos filhos, que todos, ou alguns deles, sejam confiados aos cuidados quer do outro cônjuge, quer de uma terceira pessoa".

<sup>19</sup> Cf. OLIVEIRA, J. L. C. ; MUNIZ, F. J. F. *Direito de família*, p. 478.

guarda de filhos menores aos maiores inválidos.

Neste quase centenário de vigência do Código Civil, produto de uma sociedade patriarcal de fim-de-século e impregnado ainda de um individualismo jurídico que remonta às suas origens romanas, a par das inovações introduzidas, como visto, vieram à lume, através do Decreto 17.493, o Código de Menores de 1927 (o primeiro da América latina) e o de 1979, conforme Lei 6.697. O primeiro limitou-se, em um único artigo (27), a dizer o que se devia entender por “encarregado da guarda” de menor (pessoa que, não sendo pai, mãe, tutor tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia). O segundo, pelo artigo 2º, parágrafo único, substituiu esse conceito pelo de “responsável” pela guarda (art. 2º, parágrafo único), já disciplinando o instituto de maneira mais completa, admitindo-o como forma de colocação em família substituta, conforme artigo 17, II e estabelecendo as normas de regência em seus artigos 19, 24 e 25.

A Constituição Federal de 1988, pelo artigo 227, 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 8.069/90), diploma legal de um ramo do Direito que, tomando como consideração a qualidade do sujeito a que se destina e em razão da sua especificidade, regula as relações jurídicas e institutos referentes ao menor de idade, dentre eles, o artigo 33, parágrafo 1º, a guarda, destinada a regularizar a posse de fato do menor.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Sobre a autonomia desse novo ramo da Ciência Jurídica, cf. CAVALIERI, A. O direito do menor : um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito*, p. 383-399. O Direito do Menor surge como “uma nova especialidade entre as ciências jurídicas”, cf. Tânia da Silva PEREIRA. Direito da Criança e do Adolescente : a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. p. 639-694.

No Código projetado, as regras não se alteram, conforme se depreende dos artigos 1587 a 1594, conservando-se o espírito do sistema vigente com vistas à preservação do maior interesse do menor,<sup>21</sup> obediente ao *Princípio 2º* da Declaração Universal dos Direitos da Criança. Porém, uma novidade, é a preferência pelo deferimento da guarda à mãe, se houver sido homologada somente a separação de corpos e reconhecer o juiz circunstâncias relevantes da vida dos cônjuges e de suas famílias. O artigo 1592, corrige o texto do artigo 329 do Código Civil, em vigor, conferindo ao pai e à mãe, que contrair novas núpcias, o direito de ter consigo os filhos do leito anterior.

Em nosso Direito, a guarda de filhos menores advém de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas, que aproveitam, entretanto, o mesmo conceito: em decorrência da separação ou do divórcio dos pais e da que cuida o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o presente estudo diga respeito à guarda oriunda da primeira hipótese, e em que se desdobrará, impõe-se breve referência a propósito da guarda de menor disciplinada pelo Estatuto. Não é o caso, porém, de abordar historicamente todas as etapas de evolução do chamado Direito do Menor, como nova especialidade da Ciência Jurídica,<sup>22</sup> mas considerá-lo genericamente.

Como foi visto, a guarda, embutida no pátrio poder, é normalmente

<sup>21</sup> Sobre a noção de melhor 'interesse do menor', cf. LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 194-202. Para esse autor, existe dificuldade na determinação da noção. Ela só pode ser determinada a partir da consideração, pelo juiz, de elementos objetivos e subjetivos de cada caso concreto. Mas, diz, 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, são pontos de referência do *interesse do menor*. Acrescentamos nós: o interesse do menor deve ser interpretado no seu sentido mais amplo, analisando-o, em cada caso concreto, com vistas ao futuro do menor, em especial, em matéria de valores éticos, equilíbrio, otimização de suas qualidades e capacidades.

<sup>22</sup> Neste caso, cf. por todos, Tânia da Silva PEREIRA, **Direito da criança e do adolescente** : a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. p. 639-694. Da mesma autora, **Direito da criança e do adolescente**.

exercida pelos pais, seja na constância ou não do casamento, ou de outra forma de conjugalidade, sobre a pessoa dos filhos enquanto menores e não emancipados - é a chamada *guarda comum*. Em princípio, pois, o menor deve ser criado no seio de sua família natural. Não sendo isso possível, através do artigo 19 - ECA, dá-se-lhe uma família substituta, que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária. A guarda apresenta-se, então, pelo artigo 28 - ECA, como uma das modalidades legalmente previstas, ao lado da tutela e da adoção, para satisfazer, mesmo que provisoriamente, o propósito da lei.

A guarda, única modalidade que aqui interessa, vem disciplinada nos artigos 33 a 35 da lei estatutária. Uma vez estabelecida, obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais, como se depreende do artigo 33. Visa regularizar a posse de fato,<sup>23</sup> podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, salvo naquela feita por estrangeiros, onde é juridicamente impossível, conforme artigo 33, § 1º.

A guarda prevista no Estatuto decorre do abandono e da orfandade. Porém, a só orfandade não determina a guarda sob os auspícios dessa lei. É preciso circunscrevê-la nas hipóteses do seu artigo 98 (direitos ameaçados ou violados), quando então emerge a competência da Justiça especializada, através do artigo 148, parágrafo único, letra a: "conhecer dos pedidos de guarda e tutela".<sup>24</sup>

O Estatuto prevê duas modalidades de guarda: definitiva e provisória. A

<sup>23</sup> VIANA, M. A. S. **Da guarda, da tutela e da adoção**, p. 43: "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."

<sup>24</sup> Neste sentido, cf. José Luiz Mônico da SILVA, **A família substituta no estatuto da criança e do adolescente**, p. 37.

primeira, regulariza a posse de fato do menor, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou incidentalmente, nos processos de tutela e adoção. É provisória, precária, especial, a que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção e até que sejam tomadas as medidas adequadas para defesa de seus interesses, conforme artigo 33, § 2º. Há quem distinga três modalidades de guarda: provisória, permanente e peculiar. A primeira, através do artigo 33, parágrafo 1º, pode ser deferida liminar ou incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção. A segunda, prevista no artigo 33, parágrafo 2º, 1ª hipótese, destina-se a atender situação peculiar onde não se logrou sucesso a uma tutela ou adoção. É medida perene, estimulada pelo artigo 34. A terceira, pelo artigo 33, parágrafo 2º, 2ª hipótese, apresenta-se como novidade no Estatuto e visa suprir uma eventual falta dos pais (ex.: pais que se encontram em localidade diversa da do menor e estão impedidos de se deslocarem, necessitando de representação).<sup>25</sup>

A definitividade da guarda é, paradoxalmente relativa porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado (art. 35), pois sua concessão não faz coisa julgada.<sup>26</sup> Nestas questões, a coisa julgada está subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do Código de Processo Civil. Ao contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

A guarda, diferentemente da tutela e da adoção, não afeta o pátrio

<sup>25</sup> Marchesa, A. M. M. Colocação em família substituta : aspectos controvertidos. (**Revista dos Tribunais**, v. 689, p. 297). Também referido por CHAVES, *op. cit.*, p. 147-148.

<sup>26</sup> **Revista dos Tribunais**, v. 596, p. 262 ; v. 628, p. 106 ; v. 637, p. 52.

poder, pelo que não afasta o dever material dos pais de assistência, v. g., os alimentos, se o menor dela necessitar, apesar de o guardião estar obrigado à prestação de assistência material, moral e educacional.<sup>27</sup>

Questão peculiar é a que salta do parágrafo 3º do artigo 33. Aí se inscreve que à criança se confere a condição de dependente, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciários. Recente legislação apresentada pelo Decreto 2.171, de 05.03.97, retirou o menor sob guarda judicial da proteção previdenciária estatal. Para Luiz Edson FACHIN, tal é inconstitucional e atentatória ao ECA, além de desumana, frente ao artigo 226 da Carta de 1988, segundo o qual a família tem especial proteção do Estado e o artigo 227, no qual está insculpido o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança com absoluta prioridade, o direito à saúde.<sup>28</sup> Entendendo ter a guarda finalidade maior, J. M. Leoni Lopes de OLIVEIRA manifesta-se contrário à guarda previdenciária, com apoio em Ana Maria Moreira Marchesa, quando demonstrado que a única finalidade é permitir ao menor usufruir os benefícios previdenciários do guardião.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> SILVA, José Luiz Mônico da. **A família substituta no estatuto da criança e do adolescente**, p. 59-60, adverte que "leitura açodada do art. 33, *caput*, poderia sugerir, contudo, a seguinte ilação: uma vez que o guardião se encontra obrigado, mercê do enunciado legal supracitado, a prestar alimentos ao menor cuja guarda detém, mostrar-se-ia vigoroso o argumento segundo o qual os genitores estariam livres de cumprir idêntica obrigação. Afinal de contas, poder-se-ia argumentar, estando o menor sob a guarda de outrem, que os pais se eximiriam, por completo, do dever de prestar alimentos."

<sup>28</sup> FACHIN, L. E. Em nome do pai : estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Org.]. **Direito de família contemporâneo**. p. 591.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, J. M. Lopes. **Guarda, tutela, adoção**, p. 43-49. A matéria, porém, continua a suscitar divergência. Veja-se o Ac. da 4a. Cm. Cv. do TJMG, que apresenta o debate, a um tempo, pela possibilidade da guarda previdenciária e, a outro, em sentido inverso, estampado no Informativo Semanal (COAD-ADV, Rio de Janeiro, n. 22, 1994, verbete 65.665), *apud* SANTINI, J. R. **Adoção e Guarda**, p. 39-41. Na Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal, perante a Vara Federal Previdenciária de Curitiba (N. 97.0022442-2), deu-se procedência ao pedido para garantir às crianças paranaenses, que se encontrem sob guarda judicial, serem inscritas como beneficiárias, na condição de dependente do segurado guardião.

## 2.3 IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO

Por certo, o Código Civil disciplinou a guarda da perspectiva do pátrio poder, enunciando-a como atributo desse. Embora o artigo 231, IV refira à guarda como dever dos cônjuges, fixou-se entre os efeitos pessoais do pátrio poder, competindo aos pais quanto à pessoa dos filhos, “tê-los em sua companhia e guarda”, podendo “reclamá-los de quem ilegalmente os detenha”, pelo artigo 384, II e VI. É a projeção jurídica da lei natural da paternidade.

É inquestionável que a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta. Na guarda está o dever de vigilância que, lenta e constantemente atua decisivamente no desenvolvimento da personalidade do menor e na sua formação integral.

Mas, quem é o menor sujeito passivo do pátrio poder e, portanto, à guarda? O conceito de menor de idade é determinado pela natureza humana. A única diferença que encontramos a esse respeito nas legislações é a que estabelece um limite superior para essa etapa da vida que, sem dúvida, começa com o nascimento. Entretanto, tal limite não é uniforme. Para o nosso Código Civil, a menoridade acaba ao completar-se 21 anos (art. 9º). A lei estatutária distingue a criança, pessoa até doze anos, do adolescente, dessa idade até dezoito anos, mas tem aplicação excepcional aos menores entre dezoito e 21 anos, para efeito da proteção integral. No Direito estrangeiro, a menoridade termina para o argentino e uruguaio aos 21 anos, para o paraguaio aos vinte anos. Nos Estados Unidos, em razão de ser estadual a legislação civil, não existe uniformidade: Arizona, Columbia, New Jersey, dezoito anos; Nebraska, dezenove anos; Colorado, 21 anos.

Até meados deste século, a Jurisprudência proclamava o caráter quase

que absoluto do “direito de guarda” sobre os filhos, na moldura do pátrio poder de feição romana, sem nenhuma, ou quase nenhuma consideração ao melhor interesse do menor.<sup>30</sup> O Direito, regulador das condutas humanas, apresenta um suporte fático que resulta imprescindivelmente tomar em consideração o tempo de seu tratamento normativo, daí o pátrio poder, nele incondicionado o “direito de guarda”, passou a experimentar uma revisão do conceito e nova orientação foi se consolidando, com vistas à melhor formação do menor, perdendo sua característica de intangibilidade - agora sob o controle do Estado - e subordinado à nova ordem social. As exigências do bem comum atribuíram aos pais novas funções na regência da pessoa dos filhos menores.

Por isso afirma-se, repetidamente, que a guarda não é da essência do pátrio poder, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviverem pacificamente, ou seja, a primeira (a guarda) não exclui o segundo (o pátrio poder). A guarda é dos elementos do pátrio poder, o mais destacável, independentizando-se e ganhando desdobramento próprio.

A ruptura do regime de guarda como poder discricionário do pai, encarando-o, agora, em consideração ao melhor interesse do menor, tanto do ponto de vista biológico como psicológico, atuou vigorosamente no âmbito do Direito de Família e no do Menor, nesse encontrando um novo *habitat*, sem renegar suas origens civilísticas nem desprezar a experiência doutrinária e jurisprudencial de muitas décadas.

Seguindo as transformações havidas no Direito de Família nestas três últimas décadas, em constante reelaboração dos interesses, atualmente pouco e mesmo ainda não reconhecidos, submetido às flexibilizações sociais, o instituto

<sup>30</sup> Revista dos Tribunais, v. 261, p. 198 ; v. 316, p. 518.

da guarda, espécie do gênero das relações entre pais e filhos, absorveu as novas realidades sociais e teve que percorrer diversos caminhos (Códigos de Menores, Lei do Divórcio, Constituição Federal) até encontrar disciplinação específica no Estatuto da Criança e do Adolescente, como vimos na parte final do número anterior.

A Carta de 1988, pelo artigo 277, assegurou ao menor com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, espectro das funções parentais.

Anota Yussef Said CAHALI, que “o desiderato revela-se indiscutivelmente ambicioso e elogiável, demandando a sua consecução a ação integrada dos três aludidos segmentos [da família, da sociedade e do Estado], via de uma política orientada no sentido do bem-estar do menor”.<sup>31</sup>

Buscando tornar efetivo esse direito fundamental do menor, o Estatuto aprimorou o instituto da guarda, que não reclama prévia suspensão ou privação do pátrio poder, pois, como se disse, a guarda não se exaure nem se confunde com ele, podendo existir um sem o outro.<sup>32</sup> A guarda de que cuida o artigo 33 da lei estatutária é modalidade de colocação do menor em família substituta, mas não é incompatível com a que se dá quando exercida pelos próprios pais que, também, têm o dever de assistência material, moral e educacional, já entranhado nas obrigações decorrentes do pátrio poder.

Doutrina corrente diz da guarda o que se diz da posse, segundo a teoria de Ihering: quando a coisa está em poder do proprietário, nenhum interesse

<sup>31</sup> CAHALI, Y. S. A importância do instituto da guarda. In: XIV CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS JUIZES E CURADORES DE MENORES. (1991 : Vitória) Anais ... Ver também, *Revista de Jurisprudência do TJSP*, v. 133.

<sup>32</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 554, p. 209 ; v. 575, p. 134.

oferece o exame da posse, mas que se torna necessário quando a coisa passa do proprietário para alguém que dela se aproveita. Assim também na guarda: só em face do conflito entre pretendentes à guarda é que se tomam aplicáveis os princípios que regem o tema. Segundo Yussef Said CAHALI, há um símile entre a posse e o domínio e a guarda e o pátrio poder. Como a posse é o exercício de fato de alguns dos poderes inerentes ao domínio, mas com este não se confunde, a guarda de menor também é o exercício de fato de um dos atributos inerentes ao pátrio poder, mas não se confunde com este, podendo ambos, também aqui, serem exercidos concomitantemente por pessoas diversas; o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, assim como a concessão da guarda a um dos genitores, ou terceiros, não extingue ou elimina o pátrio poder do outro.<sup>33</sup>

Quando isto acontece, a autoridade do genitor não guardador é restrita, embora conserve todas as faculdades que decorrem do pátrio poder, conforme artigos 381- CC e 21- ECA, mesmo quando transferida a terceiros, pois com os pais subsistem certas atribuições (v.g., a prestação de alimentos), que só devem desaparecer com a privação do pátrio poder por determinação do juiz. Até por isso, a guarda não se confunde com a tutela, nem o guardião se investe da mesma autoridade que o tutor. A guarda é compatível com a titularidade e o exercício do pátrio poder pelos genitores. A tutela, segundo reiterada Jurisprudência, não se compadece com o pátrio poder que, ao menos, restará suspenso, conforme artigo 36, parágrafo único - ECA.

No estudo da guarda é inquestionável a prevalência do interesse dos filhos, naturalmente valorizado pelos pais, seus parentes mais próximos. A

<sup>33</sup> Cahali, Yussef Said. Estatuto da criança e do adolescente comentado *apud* José Luiz Mônaco da SILVA, *A família substituta ...*, p. 26. *Revista dos Tribunais*, v. 510, p. 130 ; v. 526, p. 61.

guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psiquicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta, ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação à pessoa dos filhos.

A questão da guarda é envolvente, ressentida pela escassa literatura a respeito e por uma Jurisprudência que ainda não encontrou sistematização, assentando-se em complexa casuística<sup>34</sup> à míngua de legislação minuciosa e detalhada, como ocorre em outros direitos. Em verdade, o tema na legislação pátria está reduzido a poucas e genéricas disposições da Lei do Divórcio, que não privilegiam a igualdade entre marido e esposa face à sociedade conjugal. Como já apontado, o artigo 10, parágrafo 1º, da Lei do Divórcio, o artigo 16, do decreto-lei 3.200/41 e o artigo 383, do Código Civil, priorizam a guarda à figura materna, negando a igualdade constitucional que a guarda compartilhada, tema central deste estudo, almeja assegurar a ambos os pais na conduta dos filhos.

Decorre da multiplicidade de problemas que envolve este ramo peculiar do Direito, a sua importância que deve ser constantemente aprimorado, caminhando no sentido da *proteção integral* dos filhos, para tornar efetivo seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária e assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

<sup>34</sup>V. *ad exemplum*, BENETTI, S. A. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais. *Revista dos Tribunais*, v. 622, p. 36-45.

## 2.4 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA

Enquanto a família permanece física e espiritualmente unida não costumam evocar-se questões relativas à guarda de filhos menores. Essas afloram, de imediato, tão logo surjam os primeiros sinais de discórdia. O feixe de direitos e deveres que se estabelecem nas relações parentais é exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe em plena igualdade de condições, como já observamos. Ele não se altera com o advento da separação ou do divórcio dos genitores, para quem não há ruptura, nem restrições, nem isenções, exonerações ou limitações de direitos ou deveres em suas funções parentais.

Assim já se manifestava Francisco Cavalcante Pontes de MIRANDA, em lição que permanece atual, expendida em 1917: “a natureza da relação entre os filhos e os pais casados é tal que, no caso de desquite, se põe o problema de se saber qual o destino que se há de dar aos filhos comuns. Enquanto juntos, a lei regula (ou deixa às normas éticas regularem) os direitos, os deveres e os poderes dos cônjuges”.<sup>35</sup>

Porém, chegada a ruptura (tomada esta expressão como sinônima de qualquer das formas de desfazimento da conjugalidade, na família legítima ou natural) conjugal, nasce grave e intrigante problema no que respeita à guarda de filhos que, a partir deste momento, não mais continuarão a viver com ambos os pais sob um regime *igualitário*, agora *dual*. Esta é uma imposição legal que emerge do parágrafo 1º, do artigo 10, da Lei do Divórcio: *os filhos menores ficarão em poder da mãe*. Aqui, a norma parte de uma presunção que tem fundamentos psicofisiológicos, ao estimar que a mãe se encontra, invariavel-

<sup>35</sup> MIRANDA, F. C. P. *Direito de família*, p. 387-388.

mente, em posição mais adequada de conviver com os filhos.

Na constância do casamento, ou em outra forma de família, o exercício da guarda é comum. Domina a idéia de que as decisões tomadas por um dos pais é naturalmente aceita pelo outro. Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente. Ao genitor que discordar, cabe recurso ao Judiciário. É neste momento que a questão ganha relevo: qual dos genitores é o mais indicado para deter, com exclusividade, a guarda dos filhos menores? E, qual o modelo a ser aplicado, em benefício deles?

Atentando à primeira, nota-se que o conflito conjugal, inevitavelmente, atinge os filhos, objeto de disputa pelos pais. Para minorar os efeitos danosos que provoca, com a divisão das atribuições, já que os filhos não podem partir-se salomonicamente, os pais terão de limitar suas pretensões, repartindo o tempo, as atitudes, as atenções, os cuidados “como meio de sobrevivência da co-responsabilidade parental, como recurso extremo de permanência dos laços com o outro genitor, aquele que exerce o direito de visita”,<sup>36</sup> pois os filhos seguem sendo filhos e os pais sendo pais; portanto, a família segue existindo, como antes, alquebrada mas não destruída. A família existe de outra maneira e nessa nova situação tem que seguir cumprindo com seu bem comum familiar: transmissão de valores para o desenvolvimento dos filhos.

Nos casos de dissolução da sociedade conjugal, legítima ou natural, pela via consensual, o destino dos filhos é regulado por acordo dos pais (a isso lhes obriga o art. 1121, II - CPC), sujeito à homologação do juiz, recusável, porém, se não preservar suficientemente os interesses dos filhos, conforme artigo 34,

<sup>36</sup> LEITE, E. O. O direito (não sagrado) de visitas, p. 66-93.

parágrafo 2º - LDiv. Na falta de acordo, o juiz decidirá, utilizando-se do critério que exsurge, a *contrario sensu*, do artigo 10 e seus parágrafos, da Lei do Divórcio.<sup>37</sup> Enquanto o parágrafo 1º desse artigo se refere ao “prejuízo de ordem moral para eles” (os filhos menores), o 2º reafirma o “interesse” quando dispõe: “Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai”.

#### 2.4.1 O Interesse do Menor

O objetivo da lei é proteger interesses de uma forma geral e abstrata, convido a um sem número de casos que cabem na hipótese legal. De outra parte, existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que *cada caso é um caso*, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscado em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, aptos à formação equilibrada de sua personalidade, é *critério de decisão* do juiz.

Esse princípio, em nosso Direito positivo é afirmado pelo artigo 13 da Lei do Divórcio, abrangente e superior a todas as hipóteses dos artigos antecedentes, quando faculta ao juiz dispor sobre a guarda da maneira que julgar mais conveniente: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida.” O fundamento

<sup>37</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 193.

desse critério é o caráter de sujeito de direito que tem o menor, que não é objeto de direito dos pais, senão uma pessoa que tem direito à proteção, assistência e educação. Essa faculdade vem sendo repetidamente confirmada pela Jurisprudência.<sup>38</sup>

É inquestionável que o legislador pátrio, na trilha do italiano, do francês, do alemão, do espanhol, para atribuir a guarda de filho menor a um ou a outro dos genitores, tomou como critério legal e universal, o favor filial, ou seja, o *interesse dos filhos*, ao se referir a “prejuízo de ordem moral”, “verificado que não devem permanecer”, “a bem do menor”, isto é, que o interesse dos filhos deve primar por cima de qualquer outro interesse, ou circunstância, do pai ou da mãe. Na atribuição da guarda, respeita-se o direito dos pais que, entretanto, não pode chocar-se com o dos menores.<sup>39</sup>

Nosso Direito consagra à semelhança do estrangeiro,<sup>40</sup> o interesse não só moral como material, de forma cogente, não sujeita à disposição, aplicável de ofício pelo juiz - releia-se o artigo 13 da Lei do Divórcio -, pelo qual supera-se os demais textos legais e é consagrado pela jurisprudência.<sup>41</sup>

Porém, resta vaga e imprecisa a noção de interesse do menor,<sup>42</sup> apesar de constantemente utilizada pelos textos legais, pela Doutrina e pela Jurisprudência, principalmente essas duas últimas. Sendo básico, não determiná-

<sup>38</sup> Revista dos Tribunais, v. 498, p. 106.

<sup>39</sup> Revista dos Tribunais, v. 575, p. 134 ; v. 604, p. 29.

<sup>40</sup> No Direito italiano: Lei 898, 1.12.70, art. 6o. No Direito francês: Lei de 11.7.75, que modificou o art. 287 do Código Civil. No Direito alemão: lei da reforma do matrimônio e da família, de 14.6.76, que modificou o art. 1671 do Código Civil. No Direito chileno: art. 262 do Código Civil. No Direito argentino: art. 308 do Código Civil. No Direito espanhol: art. 156 do Código Civil.

<sup>41</sup> Revista dos Tribunais, v. 602, p. 274.

<sup>42</sup> Carbonnier, Jean. *Note sous tribunal de grande instance [TGI] de Versailles*, 24.9.62. Dalloz, 1993, p. 54 *apud* Irène THÉRY, *Le demariage* : justice et vie privée, p. 140.

lo tomar-se-ia perigoso. Por certo, o arbítrio do juiz em cada caso concreto, como dito acima, é o primeiro elemento de caracterização da noção, que não encontra moldura legal, nem uma pauta esteriotipada, que a reduza a um conceito limitado, inafastável e claro. É o juiz que, examinando a situação fática, determina a partir de elementos objetivos e subjetivos qual é, verdadeiramente, o interesse de determinado menor em determinada situação de fato.

Segundo Eduardo de Oliveira LEITE, 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”.<sup>43</sup>

Assim também expõe Edgard de Moura BITTENCOURT, para quem o *interesse do menor* é uma questão de fato a ser dirimida pelo juiz, com apoio em Philippe Simler, que transcreve: “o interesse da criança é questão de puro fato: ao juiz cabe aplicar o direito, flexível certamente, mas que impõe uns tantos limites de constrangimentos.” Igualmente, refere à Jurisprudência, que proclama constituir o interesse do menor ponto “cuja verificação é simplesmente *quaestio facti*”.<sup>44</sup>

Há que se distinguir entre o interesse moral e o interesse material para a determinação da guarda. Evidentemente, aquele prevalece sobre esse, referido

<sup>43</sup> LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 197. O tema *interesse do menor* recebeu especial atenção da *Revista International Journal of Law & The Family*, editada pela Oxford University Press, dedicando todo o volume 8, n. 2 - agosto 1994 a seu estudo, desde diversos pontos de vista e em distintos contextos e países. Resumo dos artigos *in Derecho de Família Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, v. 10, p. 209-211.

<sup>44</sup> BITTENCOURT, E. M. **Guarda de filhos**, p. 70-71.

por uma completa e eficiente formação sociológica, ambiental, afetiva, espiritual, psicológica e educacional. No interesse moral, tenha-se presente a idade do menor, que, na primeira infância necessita de um particular cuidado e afetividade constante. Enquanto que o material não se pode considerar independentemente do moral, nem priorizá-lo.

Por vezes, é claro, sobrepõe-se o interesse material, transitoriamente, porém, sobre o moral, quando, v.g., sofre o menor de grave doença, necessitando mais de meios econômicos. O interesse material ou econômico não deve ser tomado em conta como fator decisivo na questão que consideramos. O genitor que disponha de mais recursos estará obrigado a transferi-los aos filhos na forma de alimentos, independentemente de qual dos pais esteja no exercício da guarda. Não se pode confundir maior fortuna com maior aptidão pessoal ao exercício da guarda, embora muitos magistrados argumentam representar o econômico um meio garantidor de uma certa estabilidade psicológica da criança.

“Tratando-se”, enfim, “de posse e guarda de filho, o interesse do bem estar do menor é o único critério a solucionar o problema [...]. A composição em benefício do filho deve ser a meta dos pais”,<sup>45</sup> devendo prevalecer, ainda e sempre, em qualquer patamar em que se o discuta, quer o social, quer o jurídico, quer o psicológico,<sup>46</sup> quer o sentimental.<sup>47</sup> Já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O que prepondera é o interesse do menor e não a pretensão do pai e

<sup>45</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 561, p. 179.

<sup>46</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 627, p. 196. Ao decidir sobre a guarda de filhos entre mãe e avós paternos, o TJPR, no julgamento da Ap. Cv. n. 47.816-8, levou em conta *os melhores interesses do menor*, afirmando que “o que deve ser considerado primordialmente é o interesse da criança e não da sua genitora biológica, pois esta não possui, apenas por essa condição, o direito de ter a filha em sua companhia, mas o dever desse encargo.” (*Revista dos Tribunais*, v. 740, p. 401-404). Sobre a prevalência do interesse do menor, vejam-se os seguintes acórdãos insertos nas *Revista dos Tribunais*, v. 518, p. 111 ; v. 581, p. 60 ; v. 570, p. 100 ; v. 587, p. 105-106, e v. 724, p. 414.

<sup>47</sup> *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 115, p. 1413.

da mãe”,<sup>48</sup> pois o seu conteúdo é o bem estar material e emocional dos filhos, seus aspectos morais e espirituais, sua saúde corporal e intelectual, sem comprometer seu adequado desenvolvimento.

#### 2.4.2 Idade e Sexo

Com a revogação dos artigos 325 a 328 do Código Civil pela Lei do Divórcio, essa questão foi suprimida do debate pela determinação da guarda, pois, como acabamos de ver, a pesquisa primeira e fundamental dá-se relativamente ao bem estar do menor e ao seu melhor interesse, que podem não estar relacionados com a idade e o sexo desse.

É certo que na primeira infância, na tenra idade, o menor tem mais vinculação com a mãe, etapa da vida em que a personalidade do menor se desenvolve por instintos, não oferecendo preocupação quanto a um juízo de valor relativo aos pais e a guarda se definirá pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores mais insertos na maternidade. Ensinam as psicólogas e psicanalistas Eliane Micheline MARRACCINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA, que “do nascimento até por volta dos 18/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe”, formando com ela um par, “da qual não se discrimina e da qual depende quase que completamente para a própria sobrevivência física e psicológica”, de modo que, concluem, “a respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> *Diário de Justiça da União*, 20 dez. 1967, p. 4405.

<sup>49</sup> MARRACCINI, E. M. ; MOTTA, M. A. P. Guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas. *Revista dos Tribunais*, v. 716, p. 346-357.

Levando isso em conta, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná: “a criança disputada pelos pais está com tenra idade e a sua mãe é que tem melhores condições para dirigir-lhe a criação e a educação nesta fase”.<sup>50</sup>

A mesma regra, entretanto, não prevalece assim tranqüila, quando o menor inicia sua vida escolar, já compreendendo e podendo julgar as atitudes de seus progenitores. O interesse do menor quando adentra o mundo dos adultos, exige pesquisa do juiz para saber da capacidade educativa dos pais, o ambiente cultural em que vivem, o tempo disponível à dedicação de seus filhos.

A idade do menor tem incidência na medida em que esta faz variar suas necessidades. Inobstante, pode-se citar exemplos que são válidos para menores de qualquer idade, quando, mesmo por força da atividade laboral dos pais, tenham que residir em lugar insalubre.

A legislação atual não leva em conta o gênero dos filhos como critério determinante da guarda, repetindo aqui que o que interessa é o bem estar do menor, independentemente de seu sexo. Não existe inconveniente de se atribuir a guarda de uma filha a um pai de bons princípios e dotado de boa visão educativa, face à mãe que não sabe valorar as exigências éticas e as relações sociais. Do mesmo modo, não se há negar a guarda de um filho a uma mãe, embora não possua grande cultura, porém moralmente sã, frente a um pai de vida irregular.

“O perigo maior”, adverte Eduardo de Oliveira LEITE:

continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe “naturalmente” boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, como afirmou Décoret, “as mulheres são mais mães

<sup>50</sup> Revista dos Tribunais, v. 580, p. 254.

do que os homens, pais”.<sup>51</sup>

Seguramente, há momentos especiais nos quais é necessária a presença imediata do genitor do mesmo sexo, pois existem conflitos e problemas que podem afetar o menor nesta etapa da vida. Aí, aparece como mais adequado às filhas, a aptidão materna e aos filhos a paterna. Inexistindo limite etário e preferência pelo sexo do menor à determinação da guarda, prevalece a idoneidade dos pais para o seu exercício, tomada aqui essa idoneidade como a capacidade de ser pai e de ser mãe, com o fim de promover o desenvolvimento integral dos filhos.

#### 2.4.3 Irmãos Juntos ou Separados

Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já alquebrada. A conveniência de não separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido o que resta da família. Perde razão este critério, quando há grande diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas diferentes atividades. Quando for impossível manter-se os irmãos unidos, recomenda-se um amplo e geral regime de visitas.

<sup>51</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 200.

#### 2.4.4 Opinião do Menor

Nossa legislação civil silenciou quanto à ouvida do menor nos processos de separação e divórcio, não, porém, quando se destinam à colocação do menor em família substituta.<sup>52</sup>

Na ruptura consensual, o juiz acolhe o que os pais decidiram sobre a guarda dos filhos, militando em favor dos pais a presunção de serem os melhores e naturais educadores dos filhos. A disciplina legal contrária a esta solução não tolera interpretação ampla, mas restrita. É natural que os pais tendem a valorizar os melhores interesses dos filhos.

Não é raro que os pais no juízo de separação procurem seduzir a vontade dos filhos menores, para que esses manifestem sua preferência para estar sob sua guarda exclusiva. Daí a necessidade de ser tomada devidamente em conta a opinião do menor, conforme sua idade e seu grau de maturidade, segundo pautas assentadas pela Convenção dos Direitos da Criança.<sup>53</sup>

Esta tendência já encontra eco na prática de alguns Juízos de Família para “ouvir, sim, mas exigir que os filhos escolham, nunca. Todos concordam nesse ponto - magistrados, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais. Seria um conflito muito doloroso, para a criança, perguntar a ela com quem gostaria de

<sup>52</sup> Independentemente de ser criança (até 12 anos) ou adolescente (de 12 a 18 anos), na divisão estabelecida pelo art. 2º, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu a oitiva dos menores nas seguintes disposições: arts. 28, § 1º; 45, § 2º; 124, I e II; 161, § 2º; 168, como modalidade fundamental do direito de opinião e expressão, integrante do da liberdade (art. 16, II).

<sup>53</sup> Em "O direito do menor a expressar sua opinião e a ser ouvido: um intento de interpretar o artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança da ONU", publicado em *The International Journal of Children's Rights*, v. 3, n. 3-4, 1995, Marie Françoise LÜCKER-BABEL, sustenta que se deve reconhecer aos menores a possibilidade de interatuar no mundo que o circunda, que freqüentemente decide por ele, incluindo-o no processo de decisão, o que os permite ser uma parte mais ativa de sua família e no meio social em que se movem. *Resumo in Derecho de Família - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, v. 11, p. 291.

morar. Os filhos não querem responder a esta pergunta, porque sabem que escolhendo o pai ou a mãe o outro ficará magoado”.<sup>54</sup> A Jurisprudência chega a reconhecer a hipótese mesma, da opção manifestada pelo menor ao juiz: “uma vez que o menor tenha manifestado vontade no sentido de ver-se custodiado por sua genitora, sendo o alvitre da assistente social, que acompanhou o caso, precisamente em apoio a tal deliberação, é de se dar procedência à ação de alteração de guarda movida pela mãe, cuja índole e temperamento a fazem mais temamente ao infante”.<sup>55</sup> No mesmo sentido, os julgados: “[...] já estando com 14 anos e manifestando firme opção pela nova família”<sup>56</sup> e “[...] porém, se se trata de menor relativamente incapaz, no que tange à sua guarda, há de ser respeitada a opção por ele próprio manifestada”.<sup>57</sup>

Favoravelmente à ouvida do menor, assim se expressa Eduardo de Oliveira LEITE: “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”,<sup>58</sup> não obrigatoriamente, porém, nem vinculante para o juiz, mas como elemento investigatório sobre o ambiente social, moral e afetivo vivenciado pelo menor, considerada pelo juiz, entre outros mais, que se integram a uma decisão desta natureza.

Tratando-se de menor de tenra idade, tal atitude seria de relativa importância. Uma vez, porém, alcançada certa idade, diz Jorge Adolfo

<sup>54</sup> MAYRINK, J. M. *Filhos do divórcio*, p. 94.

<sup>55</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 611, p. 98.

<sup>56</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 554, p. 209.

<sup>57</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 620, p. 65.

<sup>58</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 206.

MAZZINGHI, *“los hijos no son elementos eternamente pasivos en la discusión planteada entre sus padres, y hay un punto de su evolución a partir del cual su opinión prevalecerá sobre lo decidido por el juez”*.<sup>59</sup> E, nas páginas seguintes, conclui: em todo caso, ouvir a opinião dos menores púberes é uma atitude razoável para evitar sentenças distanciadas da realidade e que possam resultar de impossível execução.

Assenta-se, neste passo, a moderna Doutrina na certeza de que se trata de tarefa de nítido corte interdisciplinar, como critério possível para focar cada um dos aspectos envolvidos na decisão, entre tantos a analisar, a opinião do menor, afirmada pelas convenções internacionais relativas à criança.<sup>60</sup>

#### 2.4.5 Comportamento dos Pais

O interesse do menor constitui, como vimos, o princípio básico informador à atribuição da guarda, com toda a carga de subjetividade que carrega. Entretanto, sua determinação não dispensa a pesquisa de outros princípios, supletórios, como a idade e o sexo do menor, a irmandade e a opinião do menor. Dentre esses, a conduta dos pais.

Se, por um lado, a discricionariedade do juiz leva em consideração as necessidades do menor, por outro, também são levadas em consideração as condições que cercam os pais, sejam materiais (profissão, renda mensal,

<sup>59</sup> MAZZINGHI, J. A. *Derecho de familia*, p. 291.

<sup>60</sup> Sobre a opinião do menor, ver a obra de STILERMAN, M. N. *Menores : Tenencia. Régimen de visitas*, p. 69-77. Sobre a pesquisa social, ver os trabalhos insertos in NAZARETH, E. R. *Direito de familia e ciências humanas*. Caderno de Estudos n. 1. Sobre esses temas (testemunho das crianças e pesquisa social), v. ainda LEITE, E. O. *Familias monoparentais*, p. 204-211, 202-204, respectivamente.

habitação), sejam morais (ambiente social, idoneidade, retidão de caráter).

A conduta de um dos genitores contrária à ordem e à moral familiar, tem suma importância na determinação da guarda de filhos menores. Quando se revelam ao juiz, no caso concreto, condutas reprováveis, imorais ou ilícitas dos pais, devem ser limitadas ao máximo as relações parentais, em nome, justamente, do *favor filii*, pois esses são indivíduos ainda em formação.

Tratando-se de guarda de filho menor, deve atender-se ao interesse da criança e às condições e comportamento dos pretendentes à guarda. Assim escreve Edgard de Moura BITTENCOURT em sua festejada obra *Guarda de filhos*: “Os pronunciamentos judiciais sobre guarda de menor devem atender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfeixados nos seguintes pontos: o interesse da criança, as condições e o comportamento dos pretendentes à guarda e a alterabilidade desta a qualquer tempo”, para, mais adiante, afirmar que “Não podem ser investidos nem mantidos na guarda do menor o pai, mãe ou terceiro de comportamento irregular e censurável”.<sup>61</sup>

A conduta irregular dos genitores tem sido objeto de freqüente análise pela Jurisprudência, consoante a visão mais ou menos profunda da questão fática. Por vezes, nega a guarda à mãe acusada de homicídio contra o pai do menor e de levar conduta incompatível com a moral média da macrossociedade ao deixar-se fotografar em posições eróticas-obscenas.<sup>62</sup> Por outras, não nega visita ao pai que esteja *sub-judice*, sendo a vítima do crime de homicídio a mãe dos menores.<sup>63</sup> Outras mais, embora de mau comportamento e tendo falhado como esposa, ao praticar adultério, sendo boa mãe, a ela deve ser conferida a

<sup>61</sup> BITTENCOURT, E. M. *Guarda de filhos*, p. 70, 73, respectivamente.

<sup>62</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 724, p. 414-417.

<sup>63</sup> *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 517, p. 125.

guarda, pois o interesse e bem estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino.<sup>64</sup> O mesmo interesse, o que importa em sítio de guarda, não autoriza a guarda a homossexuais, pouco importando se se trata de doença física ou mental, vício ou perversão, ou apenas desvio de conduta, que revela inidoneidade moral.<sup>65</sup>

Na atribuição da guarda, atento o Estado ao vetor do artigo 227, da Constituição Federal, 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.

## 2.5 AS DISTINTAS MODALIDADES DE GUARDA

Conhece a Doutrina várias modalidades de guarda, conforme a origem e seus fins.

### 2.5.1 Guarda Comum, Desmembrada e Delegada

Na constância do casamento, tanto na família legítima como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualmente entre os genitores. É a chamada *guarda comum*, consistente na convivência e na

<sup>64</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 694, p. 161-162.

<sup>65</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 352. As soluções encontradas por nossa Jurisprudência, são similares às dos tribunais espanhóis, como nos apresenta, Luis ZANÓN MASDEU, *Guarda y custodia de los hijos*, p. 52-55.

comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada assim ao pátrio poder, não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei, senão preexistente ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício.

Sua origem, pois, não é legal nem judicial, antes natural decorrente do fato da paternidade e da maternidade. E assim deverá manter-se nas hipóteses de cisão, através do compartilhamento. A atribuição judicial da guarda se opera em situações de conflito, quando os pais não convivem, fazendo uso o juiz de suas faculdades jurisdicionais. É diferente dos casos de menor abandonado ou em situação de perigo, nos quais atua em virtude da função social que, através de si, assume o Estado.

Trata-se, nesse caso, da guarda *desmembrada* do pátrio poder, intervindo o Estado, através do juizado da infância e da juventude, outorgando a guarda a quem não detém o pátrio poder, para a devida proteção do menor. É, ao mesmo tempo, uma *guarda delegada*, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial. Além destas situações extremas - guarda decorrente do pátrio poder e guarda desse desmembrada -, conhece a doutrina outras modalidades de guarda.

### 2.5.2 Guarda Originária e Derivada

A primeira é aquela que corresponde aos pais, tal como mencionado acima, integrada no pátrio poder, como um direito-dever de plena convivência com o menor, e vice versa, que possibilita o exercício de todas as funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a correção, a

representação. Sua origem, sendo natural, é *originária* dos pais.

*Guarda derivada* é a que surge da lei, através dos artigos 407, 409 e 410, do Código Civil, e corresponde a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme artigo 30 - ECA.

### 2.5.3 Guarda de Fato

É aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação. Desmembrada mas não delegada, uma vez que inexiste controle nem avaliação tanto sobre o guardião como sobre o menor. O vínculo jurídico que assim se estabelece, entretanto, só será desfeito por decisão judicial em benefício do menor. Edgard de Moura BITTENCOURT refere não serem poucas as manifestações jurisprudenciais, reconhecendo o direito de guarda originada do fato.<sup>66</sup>

### 2.5.4 Guarda Provisória e Definitiva. Guarda Única

É, na primeira figura, também chamada temporária, a que surge da

<sup>66</sup> BITTENCOURT, E. M. *Guarda de filhos*, p. 20.

necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como modo primeiro de organizar a vida familiar. Trata-se, obviamente, de uma medida *provisória*, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tomando-se *definitiva*, após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto. O menor, então, confiado à guarda de um só dos pais, ficará sob o regime da *guarda única*.

É a partir da sentença, que homologa ou decreta a dissolução do vínculo conjugal, que o tema adquire um grau de estabilidade, de definitividade - guarda permanente -, impropriamente, porém.<sup>67</sup> Em verdade, a guarda nunca é definitiva, pois seu regime há de seguir a evolução das circunstâncias que envolvem a vida dos personagens. O interesse do menor, há de ser satisfeito sempre e primordialmente.

A definitividade da guarda é, paradoxalmente, relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz pelos artigos 35 e 149, parágrafo único - ECA, pois sua concessão não faz coisa julgada.<sup>68</sup> A cláusula *rebus sic stantibus* subordina, nestas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471, do CPC. A contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

<sup>67</sup> Para atender situações peculiares, o ECA admite, excepcionalmente, a *guarda satisfativa*. Nesse sentido, v. FIGUEIREDO, L. C. B. O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente - questões controvertidas - guarda satisfativa e previdenciária. **Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**, n. 1, p.35-48. Entretanto, seja permanente ou satisfativa, é juridicamente inexistente no sistema, ante à possibilidade de revogação.

<sup>68</sup> **Revista dos Tribunais**, v. 596, p. 262 ; v. 628, p. 106 ; v. 637, p. 52 ; v. 733, p. 284.

### 2.5.5 Guarda por Terceiros, Instituições e Para Fins Previdenciários

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

Já dispunha o artigo 327 do Código Civil, revogado pela Lei do Divórcio, sobre a possibilidade do juiz, em havendo motivo grave e em qualquer caso, regular a situação dos filhos para com os pais, entregando-os a terceiras pessoas. No mesmo sentido, o parágrafo 1º, do artigo 16, do Decreto-lei 3.200/41:

Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

Esta possibilidade foi mantida na Lei do Divórcio, por seu artigo 10, § 2º, com ligeira modificação redacional. Não só a parentes, podendo ser também deferida a estranhos, como facultam os artigos 13 e 15, dessa mesma lei. No ECA, a figura do terceiro consubstancia-se na família substituta.

Sendo a atribuição da guarda uma *quaestio facti*, conforme lição de Edgard de Moura Bittencourt antes vista, cada caso apresenta-se ao juiz com suas características próprias. Não se trata de eleger o genitor ideal, em forma abstrata, senão de optar entre o pai e a mãe, cujas virtudes e falências haverão de avaliar-se, e somente em situações extremas se recorrerá a entrega da guarda a um estranho, parente ou não.

Dentre os parentes, os avós têm sido os preferidos. Não há entre eles ordem preferencial. Primeiro, porque inexistente previsão legal; segundo, porque impera o princípio do artigo 5º, I, da Constituição Federal. Repita-se, aqui, que

sobreleva o interesse do menor, auferido no exame circunstancial dos fatos.<sup>69</sup> A *guarda por terceiro* obriga esse à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, como se vê no artigo 33 - ECA, que não ficam dispensados de seus deveres de assistência, v.g. alimentos, uma vez que não afeta o pátrio poder.<sup>70</sup>

Não existindo parentes nem estranhos ao menor que aceitem o encargo, a criança será colocada em *instituição* governamental ou não, conforme artigo 30 - ECA, como solução última à sua guarda, cumprindo o Estado seu dever de assegurar ao menor os direitos fundamentais insculpidos no artigo 227 da Carta Magna.

Falamos alhures da guarda para *fins previdenciários*. A guarda assegura ao menor a condição de dependente *para todos os fins e efeitos de direito* e, de modo expresso, os *previdenciários*, como se vê no artigo 33, § 3º - ECA, consolidando a proteção à saúde, que o artigo 227, da Constituição Federal, impõe ao Estado. Manifesta-se contrário a essa modalidade de guarda J. M. Leoni Lopes de OLIVEIRA, quando demonstrado que a única finalidade é garantir ao menor usufruir os benefícios previdenciários do guardião. Tem ela, diz, finalidade maior. Os benefícios previdenciários são conseqüências da guarda, e não a sua finalidade.<sup>71</sup> No mesmo sentido, Ana Maria Moreira MARCHESA, que entende haver discrepância entre as situações fática e jurídica, favorecendo a

<sup>69</sup> Sobre a entrega de menor a avós, ver **Revista dos Tribunais**, v. 317, p. 151 ; v. 343, p. 202 ; v. 353, p. 123 e v. 460, p. 222. Sobre a entrega de menor a outros parentes, que não os avós, ver **Revista dos Tribunais**, v. 258, p. 167 e v. 317, p. 588.

<sup>70</sup> SILVA, J. L. M. da. **A família substituta ...**, p. 59-60. Ver o texto do autor em nota anterior, n. 24.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, J. M. L. L. de. **Guarda, tutela e adoção**, p. 43.

simulação.<sup>72</sup>

Acrescente-se, além do debate já exposto, malgrado aquele outro sobre ter ou não a lei especial contemplado expressamente a concessão de guarda para fins previdenciários,<sup>73</sup> o que a razão aconselha e a jurisprudência consagra: “Guarda e responsabilidade para fins previdenciários. Possibilidade jurídica do pedido face o Estatuto da Criança e do Adolescente. Provimento do recurso. ECA, arts. 6º, 7º, 33, § 2º, 153 e 198, VII” em abono à Doutrina da proteção integral, consagrada pela própria lei tutelar.<sup>74</sup>

#### 2.5.6 Guarda Jurídica e Guarda Material

O processo formativo dos filhos requer a concorrência de ambos os genitores. Na constância do casamento o pátrio poder, e nele a guarda, concentra-se nas pessoas dos pais, conforme artigos 380 - CC e 21- ECA. O mesmo se dá na união estável pelo artigo 2º, Lei 9.278/96. Com a separação, através dos artigos 381 do CC e 27 da Lei do Divórcio, nenhum dos pais perde o pátrio poder relativamente aos filhos menores, mas a guarda dissocia-se, debilitando-o. Por certo, a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quanto necessário para atender-se à separação dos cônjuges.

Embora não afetando os direitos e deveres recíprocos, há um

<sup>72</sup> MARCHESA, A. M. M. *Colocação em família substituta ...*

<sup>73</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 727, p. 257-260.

<sup>74</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 685, p. 134-135.

desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visitas ao outro, como facultado pelo artigo 15 da Lei do Divórcio.<sup>75</sup> Tal desdobramento, previsto nos artigos 226, § 5º e 227 § 6º da CF, enfraquece o pátrio poder do genitor não guardador - uma vez estabelecida a igualdade conjugal -, que fica impedido do amplo exercício do seu direito (v.g., correção), com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador. Nesse viés, são naturais os conflitos relativos à guarda de filhos.

Aquele dos genitores a quem é atribuída a guarda, como observa Orlando GOMES, tem-na não apenas a *material*, mas também a *jurídica*, “isto é, que tenha o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele”, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.<sup>76</sup>

Quer isto dizer, que se faz distinção, como ensina De Page, entre “o direito de guarda *stricto sensu* ou *guarda material*” e o “direito de *guarda jurídica*” para aí compreender tudo que concerne à educação intelectual e moral do menor.<sup>77</sup> Assim, a *guarda jurídica* é exercida à distância pelo genitor não-guardador. A *guarda material* prevista no artigo 33, § 1º do ECA, realiza-se pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente, encerrando a idéia de posse ou cargo. Em verdade, o que obtenha a guarda material exercerá o pátrio poder em toda sua extensão.

<sup>75</sup> VIANA, M. A. S. *Curso de direito civil*, p. 191.

<sup>76</sup> GOMES, O. *Direito de família*, p. 281.

<sup>77</sup> De Page, Henri. *Traité Élémentaire apud* Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições* ..., p. 283.

## 2.6 MODIFICABILIDADE DA GUARDA

A fixação da guarda não se submete à autoridade da coisa julgada, embora esse seja um instituto que está ligado ao fim do processo e à imutabilidade da sentença, visando dar segurança às relações jurídicas individualizadas.

A Doutrina conhece duas espécies de coisa julgada: a formal e a material. A primeira, é a imutabilidade da sentença dentro do mesmo processo, por ausência de meios de impugnação possíveis. A segunda, é a imutabilidade dos efeitos da sentença, que se projetam para além do processo, impedindo nova demanda sobre a mesma lide. Diz-se que é o efeito negativo da coisa julgada material, que consiste na proibição de qualquer juiz - o mesmo, outro ou tribunal - vir a decidir a mesma ação.<sup>78</sup>

As decisões sobre guarda são tomadas segundo as circunstâncias fáticas de cada caso concreto, como se depreende dos artigos 13 da Lei do Divórcio e 35 do ECA, cujos elementos são de natureza variáveis, agindo o juiz com certo poder discricionário. Por isso, como já dito, faz-se presente a cláusula *rebus sic stantibus*, atenuando os princípios da coisa julgada. Assim, pode ela ser modificada quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão.<sup>79</sup>

Nesta matéria, onde atua o arbítrio do juiz, criando um estado jurídico novo ao fazer cessar o existente, fixando condições até então não especificadas para o exercício de um direito, são exemplos veementes o juízo de alimentos e o

<sup>78</sup> GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**, p. 245.

<sup>79</sup> LIEBMAN, E. T. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, p. 23-26.

de guarda, que se resolvem em coisa julgada formal e não material, por razões da natureza das relações jurídicas discutidas. E, tratando-se de uma relação jurídica continuativa, que se prolonga no tempo, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, a revisão do que foi decidido pode ser pedida com base no artigo 471, I, do CPC.<sup>80</sup>

“Assentada em orientação do Supremo Tribunal Federal”, registra Edgard de Moura BITTENCOURT, “os tribunais dos Estados reconhecem que fatos ocorridos ulteriormente justificam nova decisão”. Por isso, “A modificação da guarda de filhos terá lugar tantas vezes quantas sejam necessárias, sem que com isso se possa falar em coisa julgada”,<sup>81</sup> dado o caráter provisório que tem.

E é lógico que assim seja. Os interesses implicados devem ser contemplados à luz das circunstâncias supervenientes. Mostrando os fatos a inconveniência de se manter um regime elaborado à base de pressupostos posteriormente alterados, como a saúde dos interessados, a conduta que observam, impõe-se buscar solução que, no novo contexto, melhor interprete os interesses do menor.<sup>82</sup> Pretender-se a cristalização de uma solução resulta, indubitavelmente, negativo.

O procedimento à mudança será o ordinário, “onde as partes têm maior possibilidade de provar os fatos que alegam”, embora persista na Jurisprudência orientação contrária, expondo o pedido de modificação de guarda ao juízo da

<sup>80</sup> GRECO FILHO, V. **Direito processual ...**, *loc. cit.* No mesmo sentido, COUTURE, E. J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, p. 319-321 e 417.

<sup>81</sup> BITTENCOURT, E. M. **Guarda de filhos**, p. 94-95.

<sup>82</sup> Em seu **Direito civil**, p. 220, Silvio RODRIGUES transcreve trecho de acórdão do STF, que assenta a alterabilidade da guarda, em qualquer momento, prevalecendo “o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou mãe” (*in* Diário de Justiça da União, Brasília, p. 4406, 20.12.67).

rescindibilidade.<sup>83</sup> A modificação da guarda, na ótica da lei estatutária, é sobremaneira simplificada, podendo “ser decretada nos mesmos autos do procedimento”, como autoriza o parágrafo único do artigo 169.

## 2.7 GUARDA E TUTELA

Aos menores de 21 anos que não estejam sob a autoridade dos pais, a lei organiza a tutela. Por ela alguém é investido nos poderes necessários à proteção, assistência ou representação do menor, quando falecidos os pais, tendo sido julgados ausentes ou decaído do pátrio poder.

A tutela é daqueles institutos de caráter nitidamente protetivo ou assistencial, ao lado do pátrio poder e da curatela. Aqueles, relacionados com a filiação; essa, encontra guarida no Direito de Família pela semelhança com o sistema assistencial dos menores. Dela não só cuida o Código Civil, pelos artigos 406 a 445, como também o Estatuto da Criança e do Adolescente, pelos artigos 36 a 38 e o Código de Processo Civil, através dos artigos 1187 a 1198.

Em geral, a proteção dos incapazes tem sede em nosso sistema jurídico nos institutos do pátrio poder, tutela, curatela, ausência, adoção e guarda. O fim da tutela é substituir o pátrio poder e, por isso, insere-se no Livro de Família, recebendo aí uma estrutura jurídico-familiar, como observa Orlando GOMES.<sup>84</sup> Consiste no encargo conferido a alguém, que não é o genitor do menor, para

<sup>83</sup> Manifestam-se favoravelmente à ação ordinária, CORRÊA, O. A. e MOURA, M. A. **Divórcio** : teoria e prática, p. 97. Também J. M. Lopes de OLIVEIRA, **Guarda, tutela e adoção**, p. 83-97. Nesse sentido, a Jurisprudência: **Revista dos Tribunais**, v. 544, p. 280. Em sentido contrário: **Revista dos Tribunais**, v. 529, p. 237.

<sup>84</sup> GOMES, O. **Direito de família**, p. 417.

reger a pessoa desse, velar por ele, administrar-lhe os bens, dirigir-lhe a educação e prestar-lhe alimentos. Ao maior, incapaz, dá-se-lhe curatela.

O encargo civil conferido pela lei imita o pátrio poder, supre o poder parental que, naturalmente, deveria ser exercido pelos pais. Porém, suas prerrogativas não são tão amplas, ficando sujeitas à fiscalização mais estrita, como se vê pelos artigos 418 a 421 e 434 a 441, do CC. Como sucedâneo do pátrio poder, integra-lhe a guarda. Em outras palavras, a tutela implica necessariamente o dever de guarda, de acordo com a parte final do parágrafo único do artigo 36, do ECA. A guarda é, pois, pressuposto para a concretização dos deveres do tutor, que são semelhantes aos dos pais: representar o menor até os dezesseis anos e assisti-lo, após essa idade, até 21 anos, nos atos da vida civil, conforme artigos 426, I do CC e 142 - ECA.

A guarda que decorre da tutela, segundo os artigos 406 do Código Civil e 36 do ECA, será deferida ao menor de 21 anos. A guarda prevista no ECA, pelo artigo 2º, cessa quando o menor atinge dezoito anos, operando situação diversa. Isso não significa, porém que, *ipso facto*, estará o menor emancipado. Neste sentido, escreve a lição de José Luiz Mônaco da SILVA:

Sob a ótica do diploma menorista o guardião terá cessada sua responsabilidade tão logo o menor complete 18 anos. É verdade que, se compulsarmos os arts. 33 a 35 do Estatuto, que tratam especificamente da guarda, não encontraremos norma expressa dizendo que, aos 18 anos completos, extingue-se de pleno direito o exercício das funções de guardião. Mas tal assertiva encontra respaldo no parágrafo único do art. 2º do citado diploma, cujo enunciado é este: “Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade”. A lei citada no dispositivo é tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto outro diploma qualquer. E, na Subseção II, que cuida especificamente da *guarda*, inexistente comando legal fixando a responsabilidade do guardião até o teto da incapacidade relativa - 21 anos.

No que tange à tutela, contudo, o art. 36, *caput*, do Estatuto é de uma clareza solar ao estabelecer que a tutela será deferida nos termos da lei civil à pessoa

de até *vinte e um anos incompletos*. Outras exceções, ademais, também encontramos nos arts. 40, 121, § 5º e 148, parágrafo único, e, todos do diploma menorista.<sup>85</sup>

Substituindo a tutela o pátrio poder dele diferencia-se em vários aspectos, apesar de ter como atributos alguns dos que o integram, dentre eles o de ter o menor em sua companhia e guarda.

Enquanto o pátrio poder é exercido sem controle do Estado, a tutela é fiscalizada pelo juiz. A tutela é temporária, servindo o tutor por dois anos, prorrogáveis. No pátrio poder o genitor tem o usufruto sobre os bens dos filhos, o que não ocorre na tutela. No pátrio poder a venda de bens do menor exige autorização judicial, enquanto na tutela, além da autorização, a venda só pode ser feita em *hasta pública*. Somente com autorização do juiz o tutor pode emancipar o menor. A tutela é unipessoal, ao passo que o pátrio poder é exercido conjuntamente pelos pais. A tutela é incompatível com o pátrio poder e só pode ser deferida se desse decair o genitor. O pátrio poder decorre do fato da filiação. A tutela decorre da lei.

Segundo sua origem ou fonte donde provém, são três as espécies de tutela: testamentária, por nomeação dos genitores, pelo artigo 407 do CC; legítima, à falta da anterior, prevista no artigo 409 - CC; dativa, derivada de sentença judicial, pelo artigo 410 - CC.

Cessa a tutela, de ordinário, atingindo o menor a maioridade, sendo emancipado ou caindo sob o pátrio poder, quando reconhecido ou adotado, através do artigo 442 do CC. Perde a tutela sua razão de ser quando surge ou ressurgue o pátrio poder. Cessa, também, cessando as funções do tutor, pela expiração do prazo, sobrevindo escusa legítima ou sendo removido, prevista nos

<sup>85</sup> SILVA, J. L. *A família substituta* ..., p. 38-39.

artigos 413, 443 e 445 - CC. Tanto da nomeação como da remoção e da dispensa da tutela, cuidam os artigos 1187 a 1198 do Código de Processo Civil.

De acordo com o que foi dito, a tutela é uma função supletória, pois opera quando o menor não tem pais no exercício do pátrio poder. Agindo o tutor unipessoalmente, munido dos atributos do pátrio poder, cumpre o *munus* em benefício do menor, regendo sua pessoa e velando por ele. Nesses termos é que o tutor exerce a guarda.

### **3 A CISÃO DA GUARDA**

Enquanto os genitores vivem juntos, a guarda dos filhos menores, prevista pelos artigos 379 e 380 do CC e artigo 21 do ECA, é por eles exercida em igualdade de condições. Esse é o regime vigente, que resulta veemente do texto constitucional, pelo artigo 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Ela decorre do dever comum de ambos os pais no casamento, previsto no artigo 231, IV do CC e se acomoda dentre os atributos do pátrio poder, previstos no artigo 384, II do mesmo Código. As relações paterno-filiais que daí se estabelecem, não se alteram com as situações que venham a abalar a convivência conjugal, conforme artigos 329, 381 e 393 - CC e 27- ECA.

Porém, quando perturbada a convivência conjugal, dá-se a cisão da guarda comum, passando os filhos à conviverem com um só dos genitores, que com eles exercerá uma relação mais estreita. Ao genitor que não exercerá a guarda, o Direito assegura a manutenção das relações paterno-filiais através do sistema de visitas e fiscalização, como limitações à guarda do outro.

É de se reafirmar, que a cisão da guarda não significa que os pais percam a titularidade da autoridade parental, pois o rompimento do casal não atinge os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos. Nosso Direito trata de forma diferenciada cada hipótese. É o que a seguir veremos.

### 3.1 GUARDA NA VIGÊNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL

O Código Civil dispõe que durante o casamento compete o pátrio poder aos pais; na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Divergindo os progenitores quanto ao seu exercício, qualquer deles pode recorrer ao juiz para solução da divergência.<sup>1</sup>

Ordinariamente, os filhos permanecem na guarda dos pais, em face do exercício conjunto do pátrio poder e aquela representar uma pequena parcela desse. Entretanto, poderá surgir a necessidade de serem os filhos confiados a terceiros, parentes ou não dos genitores, mesmo sem a suspensão ou a destituição do pátrio poder, quando desse se destacará a guarda, em função da menor gravidade das causas previstas nos artigos 394 e 395 do Código Civil.

Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa idônea e estranha, sempre que houver motivos graves e a bem do menor, como prelecionam os artigos 10 e 13 da Lei do Divórcio, aplicáveis analogicamente às hipóteses de cisão da guarda independentemente da dissolução da sociedade conjugal. Atribuída a guarda a terceiros os pais conservam, entretanto, sua autoridade parental, ficando privados do essencial de seus direitos: ter os filhos em sua companhia e guarda.

### 3.2 GUARDA NA SEPARAÇÃO DE FATO

Configura-se a separação de fato quando os cônjuges manifestam a

<sup>1</sup> Assim deve ser lido o art. 380 do Código Civil, em razão da isonomia constitucional e em face do art. 21 do ECA.

disposição de não mais viverem juntos nem coabitarem, rompendo o vínculo conjugal sem intervenção do Judiciário.

A lei silencia sobre a destinação ou permanência dos filhos em poder de cada cônjuge quando separados apenas de fato. Tal não afeta, por si só, o pátrio poder, como não o abala a própria separação judicial, pois o vínculo filial continua existindo. Ambos os genitores conservam os mesmos direitos e os mesmos deveres, dentre eles o de ter os filhos em sua companhia e guarda, como ocorre na sociedade conjugal íntegra.

Edgard de Moura BITTENCOURT lembra antigo julgado a respeito: “estabelecendo a lei que a ambos os pais cabe igualmente o direito de ter o filho sob sua guarda e zelar pelo seu bem-estar, cumpre, em face da separação de fato existente entre os cônjuges, declarar com qual deles deve o menor ficar”, que ainda prevalece.<sup>2</sup>

Todavia, a situação fática é insuficiente ao fundamento para a ação de busca e apreensão de filho menor, uma vez que a detenção por um dos pais não é ilegal, conforme se depreende do artigo 384, VI do CC. Só por analogia do que sucede com a separação judicial poderá um dos pais obter contra o outro a guarda de filho, isto é, havendo motivos graves, prevista no artigo 13 da LDiv.

Como acontece na vigência da sociedade conjugal, na hipótese podem os filhos ser confiados a terceiras pessoas, a teor do mesmo artigo 13 antes referido e dos parágrafos do artigo 10 da mesma lei. Havendo ruptura da vida em comum, os filhos permanecerão com quem já se encontravam ao tempo da separação, como se vê no artigo 11 da LDiv, à mingua de regramento legal próprio. Inclina-se a Doutrina pela manutenção do *status quo*, enquanto não

<sup>2</sup> BITTENCOURT, E. M. *Guarda de filhos*, p. 41.

surgirem motivos que aconselhem a sua modificação.<sup>3</sup>

### 3.3 GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO CONSENSUAIS

Neste caso, em princípio, respaldado no artigo 9º da LDiv, os filhos permanecerão com o genitor livremente escolhido, considerando a lei serem os pais os melhores juizes para deliberarem sobre o destino dos próprios filhos. Em princípio, pois pode o juiz regular, através do artigo 13 da LDiv, a guarda de forma diversa, tendo em conta o melhor interesse do menor.

Silenciou, porém, o legislador, quanto ao destino dos filhos no divórcio consensual. Determinando o § 2º, do artigo 40, da lei peculiar, que se adote o procedimento previsto nos artigos 1120 a 1124 do Código de Processo Civil, e estabelecendo o seu artigo 1121 que no pedido inicial os cônjuges obrigatoriamente acordem sobre a guarda de filhos, dizemos que, também no divórcio consensual, cabe aos genitores decidir sobre tal assunto. Isso no divórcio direto, pois se por conversão a guarda já estará determinada no feito de separação prévia.

<sup>3</sup> Assim se expressa Washington de Barros MONTEIRO: "Não se preocupou o legislador com as hipóteses de mera separação de fato estabelecida entre os cônjuges. Nesses casos, separados de fato os cônjuges, preferência alguma assiste ao marido para ter os filhos em sua companhia. Tanto o pai como a mãe se encontram no mesmo pé de igualdade. Pode o juiz dispor sobre a guarda pela maneira que julgar mais conveniente. A tendência jurisprudencial, que se observa nessas situações, é a de manter o *status quo*, até que, por intermédio do processo de desquite, se apurem as culpas e se decida definitivamente a quem cabe o direito de guarda." **Curso do direito civil**, p. 235.

### 3.4 GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVORCIO NÃO CONSENSUAIS

Neste caso, e sempre ao império do juiz, desdobram-se as hipóteses:

a) Com atribuição de culpa, os filhos menores ficarão com o genitor que a ela não deu causa, isto é, com o cônjuge inocente, perdendo o outro a guarda dos filhos (art. 10, *caput*), como regra geral. A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade.

b) Havendo culpa recíproca, os filhos menores ficarão em poder da mãe, confirmando a lei divorcista o privilégio em favor da mulher casada introduzido pela Lei 4.121/62, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles (art. 10, § 1º - LDiv). A reciprocidade da culpa só pode ser verificada se oposta reconvenção e julgando o juiz procedente ambas as ações. Sendo a regra base a de que ao culpado não se defere a guarda, o impasse provocado pela reciprocidade da culpa é resolvido com a entrega do menor a terceiros se não for conveniente a sua permanência com um dos pais, pois nem sempre a responsabilidade pela separação acarreta a inconveniência. A orientação da lei é a entrega, preferentemente, à mãe, que cede, entretanto, ante fatos graves (art. 13 - LDiv).

c) Verificando o juiz que os filhos não devem permanecer com a mãe nem o pai, deferirá a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges (art. 10, § 2º).

d) Havendo ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, os filhos ficarão sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estavam durante o período do afastamento (art. 11).

e) Em caso fundado em doença mental, que se manifestou após o casamento e se prolonga por cinco anos e se mostra de cura improvável, os

filhos ficarão sob a guarda do cônjuge que estiver em condições de assumir essa responsabilidade e de sua educação (art. 12 - LDiv).

De importância solar o artigo 13 da Lei do Divórcio. Estabelece esse dispositivo, que toda decisão sobre guarda deve privilegiar o melhor interesse do menor, pelo que fica o juiz plenamente autorizado, havendo motivo grave, em qualquer caso e a bem do menor, a regular de maneira diferente da estabelecida pelos genitores.

Relativamente aos filhos, o divórcio não traz efeitos quanto os direitos e deveres dos pais, o que sucede, também, se houver novo casamento de qualquer deles, segundo a regra do artigo 27 da lei: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. E o parágrafo único: “O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.”

As regras sobre guarda de filhos menores, aplicam-se aos casos de anulação de casamento, pelo artigo 14 da LDiv - que à frente examinaremos -, bem como aos filhos maiores e inválidos, pela aplicação do artigo 16 - LDiv.

### 3.5 GUARDA NA UNIÃO LIVRE

Reconhecendo, para efeito de proteção do Estado, a união livre, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 226, § 3º, criou um novo modelo de família, a entidade familiar.

Sua regulamentação veio com a Lei 9.278/96, prevendo, no artigo 2º, III, entre os direitos e deveres dos companheiros, o de guarda, sustento e educação dos filhos comuns, nos moldes do inciso IV, do artigo 231, do Código Civil.

Porém, não regulamentando sobre o destino dos filhos nos casos de ruptura, impõe-se recomendar sejam aplicados por analogia os dispositivos atinentes da Lei do Divórcio.

### 3.6 GUARDA NA INVALIDIDADE DO CASAMENTO

O parágrafo único do artigo 14 da Lei do Divórcio regulou a situação dos filhos concebidos dentro do casamento nulo ou anulável, ainda que ambos os cônjuges estejam de má-fé: “No caso de anulação de casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 e 13. Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns”.<sup>4</sup>

Relativamente aos filhos, pois, decorrem a seu benefício todos os efeitos de um casamento válido. Em razão disso, a questão da guarda segue os mesmos princípios estabelecidos para a dos filhos de um casamento íntegro quando da separação judicial litigiosa de seus genitores. Têm total cabimento para a invalidade do casamento as soluções às hipóteses de determinação da guarda preconizadas nos artigos 10 a 16 da Lei do Divórcio.

“Mesmo que se tenha em conta que, em decorrência do casamento anulado, os cônjuges voltam ao estado de solteiro, a autoridade parental e suas conseqüências não se regulam segundo o art. 360 do Código Civil, mas sim consoante a regra dos arts. 380 e 381 do mesmo Estatuto, tendo em vista que os filhos sempre serão legítimos ou legitimados”, afirma Guilherme Gonçalves

<sup>4</sup>Ver artigos 221 e parágrafo único, e 232, incisos I e II do Código Civil.

STRENGER.<sup>5</sup>

### 3.7 GUARDA DE FILHOS EXTRAMATRIMONIAIS

Na filiação extramatrimonial, o problema da guarda fica dependente do reconhecimento por ambos ou por um só dos pais, como pressuposto à produção de efeitos jurídicos. Os fundamentos legislativos para o exame da questão encontram-se nos artigos 359, 360 e 383 do Código Civil e nos artigos 15 e 16 do decreto-lei 3.200/41. Essa regulação oferece-nos soluções às duas hipóteses emergentes: 1) quando somente um dos genitores reconhece a filiação; e 2) quando ambos os genitores a promovem.

Na primeira situação, a lei, sem hesitação, defere a guarda ao genitor reconhecente, através dos artigos 360 - 1ª parte, e 383 do Código Civil, e ainda, artigo 16 - 1ª parte do Dec.-lei 3.200/41: “O filho natural ficará sob o poder do genitor que o reconheceu”, a não ser que seja manifestamente inidôneo ou se trate de um menor não emancipado.<sup>6</sup> Nesse caso, a questão de que tratamos não pode oferecer dúvidas, já que carece de vínculo de filiação juridicamente estabelecido com o outro progenitor. Em conseqüência, não pode haver outra solução senão outorgar a guarda àquele dos pais que reconheceu o filho.

Se o que reconheceu o filho for casado, não poderá tê-lo em sua residência, senão com o consentimento de seu cônjuge, devendo prestar-lhe, fora do lar, toda assistência e alimentos de que necessitar, iguais aos que presta

<sup>5</sup> STRENGER, G. G. *Guarda de filhos*, p. 62.

<sup>6</sup> Em nossa opinião, o menor não emancipado não exerce o pátrio poder sobre filho seu, pois sua incapacidade o priva de seu exercício.

aos filhos matrimoniais se os tiver, conforme artigo 15 do Dec.-lei 3.200/41. Na segunda hipótese, se ambos os genitores reconhecerem o filho extramatrimonial, a guarda será deferida à mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor, podendo o juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, conforme artigo 16 - 2ª parte e parágrafos do Dec.-lei 3.200/41.<sup>7</sup> Se os progenitores extramatrimoniais convivem com o filho, no que respeita a guarda, a Doutrina faz uma aplicação analógica das previsões legais referentes aos filhos legítimos.<sup>8</sup>

### 3.8 A DESUNIÃO E OS NOVOS PAPÉIS DOS GENITORES

Proclama nosso Direito, através dos artigos 226, § 5º da CF, 380 do CC e 21 do ECA, o império do exercício conjunto da autoridade parental,<sup>9</sup> ou da guarda, enquanto não estejam separados os progenitores, como um direito próprio fundamental originário, embora em função dos interesses dos filhos. Isso tanto decorre do dever comum de ambos no casamento, conforme de vê no artigo 231, IV, constituindo-lhes uma obrigação moral e jurídica, como emerge do pátrio poder, prevista no artigo 384, II, integrando as relações paterno-filiais e que compreende aos pais o direito de ter os filhos em sua companhia e guarda e

<sup>7</sup> Idêntica solução é a do art. 13 da Lei do Divórcio: "Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais."

<sup>8</sup> Sobre o tema, consultar BITTENCOURT, E. M. **Guarda de filhos**, p. 54-57.

<sup>9</sup> A expressão "autoridade parental" foi introduzida na legislação francesa pela Lei Malhuret (n. 87-570, de 22.07.87). Observa Françoise DOLTO, que "na nova legislação, mais valeria empregar o termo "responsabilidade parental" do que "autoridade parental". O termo autoridade já não corresponde à realidade da personalidade dos pais de hoje. Os adultos já não têm autoridade, e as crianças percebem perfeitamente as carências da autoridade dos pais. Por outro lado, sabem, que os pais são *responsáveis* por elas." **Quando os pais se separam**, p. 44.

a obrigação de prepará-los para a vida. Em mão inversa, corresponde aos filhos a obrigação de conviver com os pais no lugar que eles determinarem, prestando-lhes obediência.

Porém, nem sempre há correspondência entre a titularidade do poder parental e o seu exercício. A desunião dos pais, pouco importando serem casados ou não, excepciona a regra acima e coloca em evidência o exercício separado da autoridade parental, conforme artigos 9º a 16 da Ldiv. A dissolução da sociedade conjugal, ou da sociedade fática, não dissolve a relação parental, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos, subsistem, apenas modificados, tanto quanto é necessário para atender à separação dos pais.<sup>10</sup>

A ruptura, em si, não provoca modificações nas relações entre os sujeitos da guarda, como se depreende dos artigos 381 - CC e 27 da LDiv, mas estabelece, inevitavelmente, uma nova forma de se vincularem. Nessa perspectiva, o genitor que obtenha a guarda exercerá sua autoridade parental em toda sua extensão, por estar diretamente vinculado ao filho. Por sua vez, o genitor que não a obtenha terá enfraquecido seus poderes paternos, enquanto não os exercerá com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, por estar indiretamente vinculado ao filho. Vale dizer, os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais.

Na pós-ruptura, o genitor que obtenha a guarda, assume unipessoalmente o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos conjuntamente, sem prejuízo, entretanto, do direito do outro de ter uma adequada comunicação com o filho e supervisionar sua educação. Há, assim, uma redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do

<sup>10</sup> BEVILAQUA, C. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, p. 281.

essencial de suas prerrogativas ao genitor não-guardião.<sup>11</sup>

Na família legítima, bem como na natural, quando os pais convivem, a guarda será exercida em conjunto. Se não convivem, a guarda será exercida por aquele a quem fora outorgada, convencional ou judicialmente, pelos artigos 360 - CC e 16 do Dec.-lei 3.200/41, na redação da Lei 5.582/70. Se nenhum dos pais reconhece voluntariamente o filho, a sentença declarará qual deles é o genitor e a esse corresponderá o exercício da guarda. Se um dos pais reconhece voluntariamente o filho e o outro só por imposição judicial, é, sem dúvida, do primeiro o exercício da guarda, pois quem se opõe à filiação não é apto para educar o menor.

Por vezes, os filhos que viviam monoparentalmente com um só dos genitores, vêm-se inseridos em uma nova família, recomposta - *stepfamily*, para os ingleses e *ensamblada* na língua espanhola, também chamada família reconstituída, transformada, rearmada ou de substituição - com a subsequente união do genitor guardador.<sup>12</sup> Em nosso Direito positivado, na conformidade dos artigos 329 e 393 do CC, o genitor que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, seus direitos paternos, mas são raras as manifestações doutrinárias a respeito.<sup>13</sup> Esses modelos de família já não são exceção entre nós e estão a exigir estudo ao estabelecimento de regras sobre os

<sup>11</sup> A psicanalista francesa Françoise DOLTO sempre se recusou a empregar os termos "genitor guardião" e "genitor não-guardião", preferindo as perifrases "genitor que tem o tempo integral" e "genitor que tem o tempo secundário". Na obra citada, p. 42-43, retoma as expressões "genitor contínuo", que assegura uma permanência cotidiana, e "genitor descontínuo", que aparece em datas fixas e desaparece, tornando a aparecer."

<sup>12</sup> Sobre as profundas mudanças que um novo relacionamento provoca na pessoa da mulher, do homem e dos filhos com a recomposição da família, cf. **Casamento** : término e reconstrução, principalmente no Cap. 9, "A família recomposta". Maria Tereza MALDONADO, p. 234-242.

<sup>13</sup> Sobre guarda, companhia, educação dos filhos e alimentos, nas segundas núpcias, v. por todos, CHAVES, A. **Segundas núpcias**, p. 99-114.

modos em que se relacionam seus integrantes, pois o processo de sua organização implica o reconhecimento de uma estrutura complexa conformada com a multiplicidade de vínculos e nexos.

Sem nos determos no exame de suas características, interessa fixar que entre um cônjuge (padrasto/madrasta) e os filhos do outro (enteado/enteada), sejam matrimoniais ou não, se estabelece um parentesco por afinidade em linha reta e em primeiro grau, que os vincula e faz decorrer direitos e deveres recíprocos, limitados, entretanto, à vida cotidiana. Quando menos, assume o cônjuge, ou companheiro, do genitor guardião, que tomou a seu cargo e por autoridade própria o menor, os deveres e as atribuições necessárias para cumprir suas responsabilidades tal como na guarda de fato. Sua atuação é de integração com o pai biológico do menor.

Finalmente, se a mãe não for conhecida ou capaz de exercer este atributo do pátrio poder, dará o juiz tutor ao menor. Divergindo os genitores quanto ao exercício da guarda, qualquer deles poderá acorrer ao juiz para alcançar a resolução mais conveniente em vista o interesse do menor, conforme previsto no artigo 380, parágrafo único do CC. Toda desunião, enfim, provoca graves conseqüências para os filhos, impondo-lhes redefinição de regras e uma nova dinâmica funcional, pois altera seu quadro referencial em relação aos pais, mudando seu esquema de vida, separando-o de um dos pais e de parte de sua família.

### 3.8.1 As Funções Do Genitor Guardião

Guarda, como se disse, é o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe

a residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor. Nesse viés, através do artigo 20 da LDiv, compete ao genitor guardião escolher a residência de ambos, velar e proteger o filho, educá-lo e sustentá-lo, nos limites, porém, que conhecia antes da ruptura. Seus direitos encontram fronteiras nos de visita, companhia e fiscalização do outro não-guardião, ressalvados pelo artigo 15 da Lei do Divórcio.

### 3.8.1.1 Administração Dos Bens

A co-gestão da sociedade conjugal estabelecida pelo artigo 226, § 5º da Carta Magna impõe releitura do artigo 385 do Código Civil: “Os pais são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.”

A ambos os genitores, então, cabe a administração de todos os bens dos filhos. Entretanto, na pós-ruptura, o direito antes colegiado passa à exclusividade do genitor guardião, salvo as restrições descritas no artigo 386 do Código Civil. Em contrapartida à administração, cabe ao genitor guardião o usufruto dos bens dos filhos, na dicção do artigo 389 do mesmo *codex*.

Todavia, não age discricionariamente o genitor guardião. Se assim proceder, atua o Estado-Juiz reprimindo-o, com fulcro no pré-falado artigo 13 da Lei do Divórcio. A contrário, pode o genitor guardião atuar isoladamente na prática de todos os atos conservatórios relativos aos bens do menor, como alienar os bens móveis, interromper a prescrição, aceitar legados sem encargo, sob a fiscalização do genitor não-guardião. Se esse discordar, requererá ao juiz a nomeação de curador especial, como facultado pelos artigos 387 do CC e 9º, I

do CPC.

### 3.8.1.2 Responsabilidade Civil

Questão difícil é a que diz respeito a responsabilidade civil por atos danosos praticados pelo filho menor.

Dispõe o artigo 1521, I do Código Civil:

Art. 1521 - São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

[...].

Trata-se, aqui, da responsabilidade por fato de outrem, ou indireta, quando desborda da pessoa causadora do dano e alcança outra pessoa, à qual o agente ativo esteja ligado por uma relação jurídica; no caso, a guarda. Enquanto exercem conjuntamente o direito de guarda é presumida a responsabilidade do pai e da mãe, como complemento do dever de educar os filhos e manter vigilância sobre eles.<sup>14</sup>

O princípio da *presunção de culpa* vigora quanto aos pais que estejam na titularidade do pátrio poder e no exercício da guarda. Observa Eduardo de Oliveira LEITE, que a coabitação dos filhos com os pais é fundamental, porque daí decorre a idéia da vida em comum, vida familiar, garantidoras da fiscalização dos pais pelos atos dos filhos.<sup>15</sup> Nesse caso, são os pais solidariamente responsáveis pelos atos dos filhos, ou em decorrência do casamento ou da união

<sup>14</sup> "No dever de educar os filhos (art. 231, IV, do CC), inclui-se o de inculcar princípios morais rígidos e o de vigilância. Constitui culpa dos pais a omissão, sendo presumida a sua responsabilidade pela reparação civil do dano causado pelo filho menor." (**Revista dos Tribunais**, v. 373, p. 161).

<sup>15</sup> LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 218.

estável.

O fundamento da responsabilidade parental é duplo. Por um lado, apóia-se na culpa *in vigilando*, que cabe atribuir aos pais se se descuidam da conduta de seus filhos. Por outro, cabe imputar uma falha na educação por não haverem infundido nos filhos hábitos bons, que os afastem de cometer atos ilícitos em prejuízo de terceiros. E na desunião? Persiste a solidariedade, sem dúvida, na hipótese de separação de fato, que permanece alheia ao mundo jurídico.

Cessada a conjugalidade e determinada a unilateralidade da autoridade parental, cessa a solidariedade, recaindo sobre o genitor guardador a exclusividade da *presunção de culpa*. É o que deflui da parte final do artigo acima citado: é responsável o pai, ou a mãe, que tem o filho em sua *companhia*. Está claro que o legislador preferiu concentrar a responsabilidade no genitor que detém a guarda, em vez de no pátrio poder, pois, de fato, esse é que tem o dever de educar e vigiar o menor. “Nessa sorte”, leciona Mário Aguiar Moura, “se a guarda de filho está confiada a um dos genitores, a responsabilidade patrimonial decorrente da prática de atos ilícitos contra terceiros é imputável tão-somente ao detentor da guarda, ainda que o outro continue com o pátrio poder. O fundamento jurídico é este: falta de vigilância cria a culpa *in vigilando*. E a vigilância é consequência jurídica da guarda e não do pátrio poder”.<sup>16</sup> Não há, portanto, responsabilidade sem o dever de vigilância, que não existe sem a guarda. Guarda e vigilância são pressupostos da responsabilidade dos pais, ou de um deles, pelos danos causados pelo filho menor.

Ao genitor guardião, entretanto, são facultadas todas as provas à

<sup>16</sup> *Revista Forense*, v. 273, p. 323-332. A admissibilidade da responsabilidade do pai, no caso de guarda atribuída à mãe, quando o filho estiver sob o poder e em sua companhia (RT 651/194) *apud* FELIPE, J. F. A. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*, p. 29-30.

exoneração de sua responsabilidade, como a inexistência de dependência material, não ter cometido falta na educação ou vigilância do menor, além das causas gerais: força maior, caso fortuito, culpa do terceiro.

### 3.8.2 As Funções do Genitor Não-Guardião

Com o genitor a quem não foi atribuída a guarda, subsistem certos direitos, que os exercerá concorrentemente com o outro: conceder ou negar consentimento para casar; consentir na adoção; reclamar de quem ilegalmente detenha o menor; exigir-lhe obediência. São direitos próprios, o de visitação e o de fiscalização. É dever, que não se extingue com a desunião, o de alimentos.

#### 3.8.2.1 Direito de Visita

Falar-se de visita pressupõe que a guarda já esteja definida, seja por convenção dos pais, seja por imposição legal. O que acarreta, pois, o surgimento do direito de visita, é o desdobramento da guarda quando os pais se separam.<sup>17</sup>

Tanto o Código Civil, pelo artigo 381, como a Lei do Divórcio, artigo 15, asseguram aos genitores em cuja guarda não estejam os filhos menores, o direito de visitá-los e de tê-los em sua companhia, em contrapartida ao despojamento da guarda. Visa, na medida do possível e do desejável, satisfazer a plena e adequada comunicação entre pais e filhos que não convivem. Revela-se, assim, o

<sup>17</sup> Assim pensa Augusto C. Belluscio *apud* MATTIA, F. M. de. Direito de visita. *Revista Forense*, v. 273, p. 101-109.

instituto, diz Eduardo de Oliveira LEITE, “como meio de sobrevivência da co-responsabilidade parental, como recurso extremo de permanência dos laços com o outro genitor, aquele que exerce o direito de visita”.<sup>18</sup>

Estas escassas regras sobre as quais se assenta o direito de visita do genitor não-guardião, tratado, parece, acessoriamente pelo ordenamento jurídico,<sup>19</sup> são, porém, suficientes para permitir o exercício da tolerância dos pais e da prudência e discricionariedade pelo juiz. Seria desejável, entretanto, abandonar-se a orientação exclusivamente jurisprudencial para fincar-se em uma legislação própria e capaz de precisar o conteúdo, a extensão e o modo de exercício desse Direito.

O direito de visita, ou de adequada comunicação e supervisão da educação dos filhos,<sup>20</sup> do pai ou da mãe não convivente a respeito dos filhos cuja guarda foi outorgada ao outro, a parente, a terceiro ou, mesmo, a instituição, consiste no direito de manter um contato pessoal com o menor, da maneira mais ampla e fecunda que as circunstâncias possibilitam. Apesar de a lei referir-se, somente, ao direito dos pais em ter os filhos em sua guarda e companhia, também é o menor titular de igual direito: o de ser visitado.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> LEITE, E. O. O direito (não sagrado) de visitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; LAZARINI, Alexandre Alves (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. p. 66-93.

<sup>19</sup> LEITE, E. O., *Ibidem.*, p. 69.

<sup>20</sup> Modernamente a expressão "direito de visita", corrente e arraigada em nossa linguagem forense, não é apenas o do contato físico. Ele compreende o de se comunicar, o de se relacionar, o de conviver, o de trato. Na Doutrina estrangeira, encontramos as expressões *visitation, right of access, right of access and visit, personal contact, droit de visite, hébergement*.

<sup>21</sup> O Direito comparado demonstra que em vários países essa matéria foi bem cuidada. Alguns sistemas elaboraram normas prevendo sanções civis de indenização e perda da guarda "*Quando el progenitor no conviviente se niega injustificadamente a contribuir com su figura paterna o materna, em forma visible, adecuada y positiva, su conducta viola un derecho esencial del hijo, de cuya formación sana e integral es responsable, incurre en una acción u omisión ilícita que puede ocasionar daños extrapatrimoniales y materiales, que un imperativo de justicia exige reparar.*" BASSET, L. N. M. de. **Derecho de visitas : régimen**

Funda-se o direito de visita em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares, à subsistência real, efetiva e eficaz.

Diante de uma desunião, a finalidade deste instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais, encurtando, quanto possível, do contato que existiria no seio da família unida. A pendência destes processos deve repercutir minimamente sobre os filhos. Mediante o regime de visita pretende-se, de certa maneira, mitigar a necessidade de convivência dos filhos com seus pais, quando estão sob a guarda de um só desses.

À falta de normas claras a respeito, a Doutrina e a Jurisprudência, a *praxis*, adotaram três usuais modalidades de visitação: livre, de mínima regulamentação e extremamente regulamentada. O sistema de visitação livre, amplo, requer maior compreensão, tolerância e adaptação circunstancial. Também o visitado deve contribuir para que a maior liberdade não conspire contra a existência do modelo. Ele atende melhor aos interesses dos adolescentes por não lhes subordinar suas outras atividades, próprias de sua idade. Por sua vez, o modelo excessivamente regulamentado, que possibilita um controle rigoroso de seu cumprimento, permite também maior planificação das tarefas, ao mesmo tempo que pode embaçar a relação paterno-filial. Ele não se aplica a todas as idades. O sistema mais adotado é o segundo, que consiste em o visitador ter os filhos em sua companhia nos finais-de-semana alternados.

Em qualquer caso, e sempre que possível, deve ser ouvido o menor. A lei de 22.07.87, em França, determina que o juiz, obrigatoriamente, escute o

menor, a partir dos treze anos de idade. Entre nós, pelo artigo 16, II do ECA, o direito de opinião e expressão compreende-se no rol dos direitos à liberdade do menor, sendo obrigatória sua oitiva no caso de adoção do maior de doze anos, conforme artigo 45, § 2º do ECA.

Em voo razante sobre a Doutrina nacional, observa Eduardo de Oliveira LEITE, com absoluta precisão, que sobre o tema, o tormentoso tema do direito de visita, é reconhecido o seu caráter absoluto, impostergável, ilimitado, “sagrado” e “impossível de se negar a um dos genitores”.<sup>22</sup> Alinha o autor que assim se expressa, como partidários desse consenso, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Ney de Mello Almada, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, José Virgílio Castelo Branco Rocha e Arnaldo RIZZARDO.<sup>23</sup> Ressalva Eduardo Leite, porém, as opiniões de Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, que reconhecem a possibilidade de supressão desse direito, presente situação de perigo à prole.

De forma veemente repudia Eduardo de Oliveira LEITE a posição majoritária dos escritores brasileiros, que pendem em direção do absolutismo do direito de visita, priorizando os interesses egoístas dos pais, em manifesto detrimento aos melhores interesses do filho.<sup>24</sup>

Em oposição ao elenco dos doutrinadores referidos, a palavra sensível de Fábio Maria de MATTIA, para quem o direito de visita é, ao contrário do

<sup>22</sup> LEITE, E. O. *O direito (não sagrado) de visitas*, p. 69-71.

<sup>23</sup> "O direito é inalienável e impostergável, não podendo ser negado mesmo ao pai condenado criminalmente." (*Revista dos Tribunais*, v. 517, p. 125). RIZZARDO, A. *Separação e divórcio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. p. 334.

<sup>24</sup> LEITE, E. O. *O direito (não sagrado) de visitas*, p. 71.

apregoado, relativo e limitado, recebendo aplauso do autor de *O direito (não sagrado) de visita*. Diz:

o direito de visita não é absoluto, pois, por humana que se apresente a solução de nunca ferir o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízos - principalmente no aspecto moral - sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer.<sup>25</sup>

Anota, no mesmo diapasão, Antônio Cezar PELUSO, que a guarda suporta as mesmas restrições que suporta o pátrio poder, confinado às extremas da probabilidade de prejuízo material ou moral aos filhos,<sup>26</sup> para concluir que o direito de visita está sujeito a limitações, que podem levar à suspensão ou exclusão.

Toda vez que, em lugar de beneficiar a formação do menor, a visita importar em prejuízo moral para ele, tendente a desestabilizá-lo emocionalmente, for pernicioso ao seu desenvolvimento psicológico, e para preservar os seus afetivos interesses, a regra legal autoriza suspendê-la, pelo artigo 15 da LDiv, tornando evidente que o decantado absolutismo se relativiza, como preceitua José Luiz Mônico da SILVA, que condiciona a permanência deste direito a não violação das disposições dos artigos 394 e 395 do Código Civil. Vale dizer, com esse autor: “os genitores ficarão despojados dos direitos catalogados nos arts. 379 a 391 do Código Civil”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> MATTIA, F. M. de. Direito de visita ... *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 431.

<sup>26</sup> PELUSO, A. C. O menor na separação. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. p. 25.

<sup>27</sup> SILVA, José Luiz Mônico da. *A família substituta no estatuto da criança e do adolescente*, p. 54.

### 3.8.2.2 Direito de Fiscalização

O artigo 15 da Lei do Divórcio (bem mais explícito do que o art. 326, § 2º do Código Civil, hoje revogado) confere ao genitor não-guardião o direito de fiscalizar a educação e a manutenção do filho sob a guarda do outro, de permanente vigilância a respeito das condições da guarda, com a conseqüente responsabilidade maior do genitor a quem coube diretamente o exercício da autoridade parental.

Sobre este conteúdo falamos acima. Traduz-se ele no cuidado, na diligência dos pais ao integral desenvolvimento dos filhos. É o exercício indireto, pelo genitor não-guardião, da sua responsabilidade parental, que fica latente e só se manifesta quando o genitor guardião obra com irregularidade, abuso, omissão, negligência. Sempre que houver exercício incorreto do *munus*, pode o genitor não-guardião reclamar ao juiz providências para a reparação do deslize.

Observou Antônio Cezar PELUSO, que “esta inovação [claramente posta na Lei do Divórcio] foi oportuna porque, embora tal direito emanasse da noção do direito de visitas, enquanto acesso à intercomunicação, era raramente exigido e debatido”.<sup>28</sup>

No dever de educação dos filhos, que resulta dos artigos 231, IV e 384, I do Código Civil, se bem que toda responsabilidade pesa prioritariamente sobre o genitor a quem se outorgou a guarda, a norma destaca o direito-dever do outro de não desvincular-se dessa tarefa.

Por meio deste direito o genitor não-guardião exerce um controle sobre o modo em que o outro conduz seu encargo. Implica no direito de informação

<sup>28</sup> PELUSO, A. C. *O menor na separação*, p. 33.

sobre a vida do filho, sua saúde, sua escolaridade e atividades. Como não o definiu a lei, há que ser interpretado de forma extensiva, pois é por ele que o genitor não-guardião deve intervir na educação e formação dos filhos, da mesma maneira que o genitor guardião.

Além dos dispositivos legais acima citados, estão a estabelecer o primado da educação os artigos 205, 227 e 229 da Carta Magna e os artigos 4º e 22 do ECA. No dever de educar, diz José Virgílio Castelo Branco ROCHA, está compreendido o de fiscalização da conduta do filho.<sup>29</sup>

Lamentavelmente (e raramente exigido, com observou Antônio Cezar Peluso, transcrito acima), nas sentenças sobre guarda não se assinala a respeito deste importante direito-dever, notificando-se o genitor não-guardião dessa atribuição que a lei lhe confere. Tão importante, que constitui falta grave não possibilitar ao menor o acesso à instrução fundamental. Tão grave, que a lei penal pune o abandono material (244) e o abandono intelectual (246).

E é de tal importância este direito, que mereceu ser proclamado entre os direitos fundamentais do Homem pelas Nações Unidas (Declaração de 9 de dezembro de 1948): os pais têm o direito a escolher o tipo de educação que haverão de dividir com seus filhos.<sup>30</sup>

### 3.8.2.3 O Dever de Alimentos

É efeito de caráter patrimonial da desunião.

<sup>29</sup> ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, p. 144.

<sup>30</sup> Ver a casuística da fiscalização, em BENETTI, S. A. *in Revista dos Tribunais*, v. 622, p. 44.

O dever de alimentos, ou de prover o sustento dos filhos, integra a trilogia do inciso IV, do artigo 231 do Código Civil: sustento, guarda e educação. Porém, decorre da parentalidade e se legitima através dos laços sangüíneos, não do casamento. Em razão disso, é uma obrigação de grande amplitude, que não pode ter reduzidos seus limites a uma indagação de culpa, como cogitava o artigo 321 do Código Civil, hoje revogado. Assim está na nova lei, em seu artigo 20 da LDiv: “Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos”.

Nosso Código Civil não conceituou o que sejam os *alimentos*. Compreende essa obrigação primária na satisfação das necessidades básicas do menor (alimentação, vestimenta, habitação, instrução e educação, medicamentos e saúde, higiene e lazer), que deve ser atendida por ambos os genitores, na proporção de seus recursos. Pesa, portanto, por igual, sobre ambos os genitores.

A amplitude deste dever, como dito acima, evidencia-se pelas regras dos artigos 397 e 398 do Código Civil, que inclui entre os legitimados passivos parentes consangüíneos do alimentando, por isso inconcebível o antigo artigo 321, mencionado. De raízes mais profundas, então, não pode sofrer restrições em razão da culpa ou da inocência dos genitores. O artigo 20 especializa o dever recíproco dos genitores de prestar alimentos aos filhos, em caso de desunião, independentemente, repita-se, da idéia de culpa.

Com efeito, dispõe o artigo 397 do Código Civil, que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos”, cabendo tanto ao genitor guardião como ao outro, parecendo coerente, então, no feito onde for estabelecido, fixar-se a soma com que cada genitor participará. Aliás, impõe o inciso III, do artigo 1121 do Código de Processo Civil, que na petição inicial de separação consensual seja fixado o valor da contribuição para criar e educar os

filhos. Tal obrigação, descumprida, leva o devedor de alimentos à prisão, como se vê nos artigos 244 - CP, 733, § 1º - CPC e 5º, LXVII - CF.

O dever de alimentos não se extingue com a entrega dos filhos a parentes ou a estranhos, assim como não há *dies ad quem* à sua cessação, exigindo exame especial cada situação, podendo prolongar-se para além da maioridade, objetiva e casuisticamente analisada, *v.g.*, quando o credor dos alimentos estuda. O artigo 33 do ECA obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional à criança, entendendo-se por *assistência material* o amparo e o provimento das necessidades básicas do menor. Essa obrigação não autoriza dispensar os genitores de prestar alimentos, que a têm naturalmente. Razão não teria o artigo 396 ao dispor que os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir; nem o artigo 397 antes referido, pois, como se disse, o dever de alimentos decorre do só fato biológico da paternidade e da maternidade. A obrigação alimentar dos pais só cessará com a sentença de adoção.<sup>31</sup>

Não há distinção entre genitor guardião e genitor não-guardião quanto ao dever de sustento dos filhos menores. Esclarece Yussef Said CAHALI, que “como tanto o pai quanto a mãe são ambos igualmente obrigados, [...], à manutenção da prole, exclui-se daí que se possa considerar a obrigação materna como meramente subsidiária, em relação àquela do pai”.<sup>32</sup> O que de importante deve-se assinalar é que os genitores não podem subtrair-se ao dever alimentar, sujeitando-o apenas à capacitação econômica de cada um.

<sup>31</sup> Mesmo que o menor se encontre albergado em estabelecimento assistencial, a responsabilidade dos pais biológicos permanece inalterada. É o que diz o art. 1341 do Código Civil: “Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato.”

<sup>32</sup> CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**, p. 378.

O dever alimentar está, assim, vinculado às possibilidades econômicas do obrigado, inexistindo regras fixas a respeito. O juiz deve ater-se, como se deduz do texto legal, à “proporção de seus recursos”. O número de filhos, a idade deles, se estudantes ou não, são elementos de exame no momento da fixação do *quantum* alimentar. Também se o prestador de alimentos recompôs sua família e tem outros filhos. Orienta o juiz o artigo 400 do Código Civil, quando não fixado pelas partes no feito de separação.

Apesar da simultaneidade dos genitores à prestação dos alimentos, é mais freqüente competir ao homem esse dever, no caso de desunião, desde que os filhos não fiquem sob sua guarda. A desunião retira do genitor não-guardião a autoridade paterna, mas não o exime de sua responsabilidade, que persiste em face do exercício de alguns dos atributos do pátrio poder, que conserva consigo, como o dever de educação, vigilância, controle.

Uma ligeira mirada sobre a incidência no âmbito do Judiciário sobre as questões contenciosas em que se debatem pais desunidos, revela que existem três temas sensivelmente conflitivos. A *obrigação alimentar* é um deles. Outro é sobre o *regime de visitas*, conseqüência própria da fixação da guarda, o terceiro, cujas noções as mais gerais estudamos até aqui, reservando-se ao próximo título o exame de uma de suas modalidades, a *guarda compartilhada*.

## **PARTE II**

### **GUARDA COMPARTILHADA**

# 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

## 1.1 A RUPTURA DOS LAÇOS FAMILIARES : SURGIMENTO DO PROBLEMA

Enquanto a família, *legítima* ou *natural*, permanece física e afetivamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização). Quer isso dizer, que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação.

É esta uma imposição legal, tanto para a família *legítima*, conforme artigo 10, § 1º da LDiv,<sup>1</sup> como para a família *natural*, conforme artigo 16 do Dec.-lei 3.200/41. A norma parte de uma presunção que tem fundamento psicofisiológico, ao estimar que a mãe se encontra em posição mais adequada para criar e educar os filhos. Em outras situações, o único fundamento é a idoneidade, sem estabelecer presunção alguma.

O crescente número de rupturas - hoje aceitas com mais naturalidade pelo corpo social - dá lugar a que, cada vez mais, se suscitem conflitos em

<sup>1</sup> Para José Lamartine Correa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, a opção do legislador brasileiro não foi feliz, quando faz depender a questão da guarda de critérios que variam de conformidade com a modalidade de separação: é o caso, notadamente, do critério de prevalência da mãe em caso de culpa recíproca [nessa linha, ver *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 55, p. 136 ; *Revista dos Tribunais*, v. 412, p. 177]. Anotam esses autores, que a lei francesa, apesar de pluralista como a nossa na previsão dos casos de divórcio, estabelece um único critério: o do interesse dos filhos. *Direito de família : direito matrimonial*, p. 479. A nova lei alemã sobre guarda, de 1979, em vigor desde 01.01.80, determina que a guarda tem que atribuir-se, tomando em conta o interesse do filho (§ 1671, BGB).

relação à guarda de filhos de pais que não mais convivem, fossem casados ou não. Sendo escassas, como se disse, as regras legais a respeito, cumpre à Doutrina e à Jurisprudência estabelecer as soluções que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais, que o texto constitucional definitivamente expurgou, como se vê pelo artigo 226, § 5º.<sup>2</sup>

Ao legislador, porém, fica reservado buscar um meio de garantir o equilíbrio, a simetria perfeita, entre os direitos e as obrigações de cada genitor, sem se afastar do primado do melhor interesse do menor. A ruptura afeta diretamente a vida dos menores, porque modifica a estrutura da família e atinge a organização de um de seus subsistemas, o parental. Com ela surge o problema da atribuição da guarda: ao pai ou à mãe? A definição dessa questão encontra duas vertentes. Ou decorre de acordo entre os pais, tida como a mais ideal, ou ela é atribuída a um deles por sentença, interferindo aí o Judiciário no ambiente familiar.

Optando os genitores pela primeira delas, a convenção, entretanto, sujeita-se à confirmação judicial, não vinculando o juiz, que pode recusá-la se entender que não preservou suficientemente os interesses morais e materiais do menor. Tais interesses são decisivos, elegendo-os a Lei do Divórcio, através dos artigos 6º e 34, como causa impeditiva da decisão, como medida de salvaguarda, ou cláusula de dureza ou de rigor, que se concebe para evitar conseqüências de maior gravidade. O acordo, além de alcançar todo tipo de

<sup>2</sup> Nos Estados Unidos da América, antes dos anos 70, as mães eram preferidas para o exercício da guarda, o que implicava em muitos Estados a violação da cláusula de igualdade entre ambos os gêneros, descrita na XIV Emenda constitucional, cf. BAHR, Stephen *et al.* *Tendencias en el otorgamiento de la tenencia*. Family Law Quarterly, v. 28, n. 2, resenhado In *Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, v. 9, p. 259.

família, apresenta-se como a melhor solução, pois evita os conflitos e seus reflexos negativos sobre a pessoa dos filhos.

A outra vertente, exige imposição judicial. É a menos desejável, porque alheia ao ambiente familiar. E o menor, neste novo marco referencial, segue tendo o direito a conservar seu pai e sua mãe, porque é fundamental à sua formação pessoal manter ambos os vínculos, já que cabe a ambos os genitores contribuir ao desenvolvimento integral dos filhos. Quando dizemos que o menor tem direito a seus dois pais, como o fazem os documentos supranacionais, formulamos uma preocupação que surge constantemente no âmbito judicial, “que a perenidade do casal parental deve sobreviver à fragilidade do casal conjugal”, na correta expressão de Jacqueline Rubellin DEVICHI.<sup>3</sup>

Mas não é essa, em regra, a postura do Judiciário que, invariavelmente, outorga o exercício da guarda à mãe, de forma exclusiva e unilateral, rompendo o elemento *convivência*, essencial para a formação pessoal dos filhos menores. Por isso é vivamente criticado.

Na realidade presente começa-se a questionar o denominado *instinto maternal*, quando a mulher, notadamente a partir da segunda metade deste século, reconhece para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu *instinto paternal*, sem perder sua masculinidade, tomando-se mais responsável e mais envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente, procura-se estabelecer a co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Deve ele saber que não é causa disso, mas sobre ele caem os efeitos.

<sup>3</sup> DEVICHI, J. R. *Los derechos del niño y su familia en el derecho positivo frances*. Derecho de familia. **Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia**, v. 4, p. 83.

Estas mudanças comportamentais provocaram o surgimento de novas fórmulas de guarda capazes de assegurar a pais desunidos o exercício da parentalidade em igualdade de condições.

## 1.2 OS MEIOS DE EXERCÍCIO DA GUARDA

Diante de uma situação de desunião dos genitores deve-se resolver, como um dos efeitos principais, a questão da guarda. Essa questão recebeu o consenso social no sentido de que era geralmente a mãe a pessoa mais habilitada ao seu exercício, excepcionalmente o pai.

De qualquer sorte, a guarda cabia a um só dos genitores. É a que se conhece por guarda única, exclusiva, uniparental. A Jurisprudência nacional majoritária segue esse critério, orientada pelo artigo 10, e seus parágrafos, da Lei do Divórcio. Com isso, pretendeu o legislador diminuir o risco do sentimento de ambivalência do menor.

Alhures, deixamos a pergunta: qual o modelo de exercício da guarda a ser aplicado? Essa interrogação abre o espectro das várias tendências, que reconhecem, todas, em ambos os genitores *a priori* habilitação para a criação dos filhos, fomentando um melhor vínculo entre os componentes da família transformada pela separação. A par da guarda única, podem configurar-se outros meios.

### 1.2.1 Guarda Alternada

“A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período, os papéis invertem-se”.<sup>4</sup>

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterm-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Refere-se este modelo a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-cônjuges são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade. Por isso a Jurisprudência a desabona, quando a criança passa de mão em mão.<sup>5</sup>

Existem vários tipos de arranjos de guarda alternada para garantir um tempo igual de convivência dos pais com os filhos. Um, comum e viável, é a criança se alternar entre as casas dos pais, por dias, semanas, meses e anos alternadamente. Outro, inadequado à maioria das famílias, é o em que os filhos permanecem na mesma casa e seus pais também ali moram por períodos iguais.

<sup>4</sup> AMARAL, J. A. P. de. *Do casamento ao divórcio*, p. 168.

<sup>5</sup> Confira-se nos julgados insertos nestas revistas: **RJTJRS**, v. 113, p. 428 ; **Revista dos Tribunais**, v. 573, p. 207 ; v. 733, p. 333: “É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda de pais, separados, durante a semana, alternadamente.”

Nesse sistema, são os pais que alternam seus domicílios.

A vantagem oferecida por este modelo, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens destes arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica. No plano jurídico, a guarda alternada também gera preocupações como adverte Eduardo de Oliveira LEITE: qual dos genitores é o responsável pelo menor? É possível se admitir que os atributos sobre os bens da criança mudem periodicamente de titular? Como ficaria a posição dos terceiros em relação aos bens do menor? A alternatividade não criaria um estranho estado de incerteza relativamente à titularidade?<sup>6</sup>

Observa Armando LEANDRO, que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor.

Pode ela afetar gravemente o equilíbrio do menor, sobretudo se é de pouca idade. Conforme opiniões autorizadas (confr., v. g., Anna Freud, Joseph Soldstein e Albert Solnit, in "Beyond the best interests of the child", págs. 32 e segs.) - que a experiência comum parece confirmar - uma das necessidades básicas da criança é a da continuidade e estabilidade das suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal<sup>7</sup> desenvolvimento, causando, por vezes, retrocessos psicológicos espetaculares.

Por sua vez, coroando o entendimento da inconveniência do estabelecimento da guarda alternada, Françoise DOLTO afirma que ela não

<sup>6</sup> LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 260.

<sup>7</sup> LEANDRO, A. Poder paternal : natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária. In: CICLO DE CONFERÊNCIAS DO CONSELHO DISTRITAL DO PORTO. **Temas de direito de família**. p. 155-156. Sobre a necessidade de *continuidade* nas relações interpessoais, pós-ruptura, do ponto de vista psicológico, ver Maria Antonieta Pisano MOTTA [Coord.]. Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e da visita. In: **Direito de família e ciências humanas**. p. 197-213.

propicia um *continuum* afetivo, nem espacial nem social, estando proibida em França desde 1984 por decisão do Tribunal de Cassação.<sup>8</sup>

Em verdade, em nosso Direito não existe a guarda alternada, posto que ela é substituída pelo chamado direito de visita, conforme artigo 15 da LDiv.

### 1.2.2 Guarda Dividida

Essa modalidade apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viverá em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda. A sistemática atribuição da guarda à mãe, gerou distorções no sistema, levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias frente aos encontros e as separações repetidas. São os próprios pais, hoje, que contestam este modelo e procuram novos meios de garantir uma participação maior e mais comprometida na vida de seus filhos depois de finda a sociedade conjugal.

<sup>8</sup> DOLTO, F. *Quando os pais se separam*, p. 74.

### 1.2.3 Exercício Conjunto ou Indistinto

A guarda integra o complexo funcional dos direitos e deveres do pátrio poder, implicando a proximidade física entre os seus sujeitos, como aparece estabelecido no artigo 384, I, do Código Civil, e constituindo um dos elementos de manifestação da autoridade parental.

Na ruptura da união conjugal a guarda concentra-se em um só dos genitores, que, de forma única, tem a proximidade física com os filhos e exerce uma autoridade parental exclusiva. Os meios de exercício dessas faculdades, acima apontados, não mais satisfazem às transformações dos papéis parentais experimentadas neste final de século, afetando a igualdade do homem e da mulher em relação aos filhos.

Salvo os casos patológicos, tanto o pai como a mãe procuram o maior benefício para os filhos. Assim é que, desde a perspectiva do interesse dos filhos, o sistema de exercício compartilhado da guarda, que se apresenta como novidade, resulta mais benéfico que aqueles em que um dos genitores concentra a autoridade parental e exerce, em última instância, o poder de decisão.

No Direito estrangeiro encontramos sistemas de *exercício conjunto*, exigindo para a plena validade dos atos praticados a convergência de vontade de *ambos* os pais, e de *exercício indistinto*, validando-se os atos praticados por *quaisquer* deles.

Segundo Gustavo A. BOSSERT e Eduardo A. ZANNONI,

*El ejercicio conjunto parte del criterio de que no ha de ser el progenitor más veloz quien toma las decisiones, y persigue el pedagógico propósito de indicar a los padres que las decisiones han de ser adoptadas a través de su acuerdo, porque a ambos les compete el bienestar de los hijos. El sistema de ejercicio indistinto se funda en presumir que cada progenitor, aun actuando individualmente, procederá según la mayor conveniencia del menor, y le confiere entonces, a manera de principio general, validez a sus actos. Tiene en cuenta, también, que la vida, con su fluyente realidad, necesita la agilidad de*

*las decisiones individuales.*<sup>9</sup>

Para abrandar o rigor dos efeitos destes sistemas, se aplicados irrestritamente, algumas legislações estabeleceram mecanismos de controle, ora admitindo a validade dos atos que se realizem conforme o uso social e as circunstâncias, ora presumindo o consentimento do outro cônjuge, exceto para os casos em que a própria lei exige consentimento expresso.<sup>10</sup>

Nosso sistema, quanto ao exercício da guarda - tanto em uma relação matrimonial como quando tem lugar uma ruptura -, acomoda-se no primeiro dos sistemas acima referidos, como regime básico, exercitável na forma da legislação civil, assegurado a qualquer dos pais, em caso de desacordo, o direito de recorrer à autoridade judiciária para solução da divergência, através dos artigos 226, § 5º da CF, 380, parágrafo único do CC e 21 do ECA.

### 1.3 A NOÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA

Em uma situação de separação ou divórcio, é sistemática a outorga da guarda a um só dos genitores, critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito sem contestações. Frente a tal situação, aparece outra corrente, que questiona esse princípio, como uma necessidade de todos os personagens envolvidos, a

<sup>9</sup> BOSSERT, G. A. ; ZANNONI, E. A. **Régimen legal de filiación y patria potestad**, p. 269.

<sup>10</sup> Código Civil espanhol, art. 156: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez...Código Civil argentino, art. 264, quater: En los casos de los incs. 1, 2 y 5 del art. 264 se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres...En todos los casos, si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediare impossibilidad para prestalo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar."

partir de noções de outras disciplinas, como a psicologia e a sociologia.

O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o desses de manterem adequada comunicação com os pais, motivou o surgimento desta nova forma de guarda, a guarda compartilhada.

A outorga da guarda, pois, ainda não completou seu ciclo de evolução. Anteriormente a lei privilegiava o pai como adjudicatário exclusivo da guarda e depois passou a privilegiar a mãe. Com o aporte doutrinário de outras ciências, a jurídica busca novos meios para determinar a responsabilidade parental compartilhada.

Assim é que a *Common Law* reconhecia ao pai, e não à mãe, o natural e único guardador dos filhos. Era ele o encarregado da educação escolar e religiosa e, em troca do trabalho dos menores - esses eram importante fator de produção -, era o responsável por sua manutenção. Os filhos eram considerados propriedade do pai e isso explicava as decisões em matéria de separação, fundadas numa realidade econômica: os pais tinham melhores condições de sustentar os filhos.

A Revolução Industrial detona essa preferência. As modificações havidas no âmbito familiar e econômico são a raiz da migração dos homens do campo para as fábricas e oficinas e têm como correlato encarregar as mulheres da criação e educação dos filhos. Começa o pai a desinteressar-se da atenção diária dos filhos por entender que essa tarefa era uma responsabilidade própria da mãe. Essa preferência legal pela guarda materna permaneceu até a década de 60, sendo o pai o provedor e sem nenhum papel direto na educação dos filhos.

Com o reingresso da mulher no mercado de trabalho, fato que se generaliza a partir da segunda metade deste século, mudam-se as regras, tanto no âmbito social como no familiar. Voltam os homens a assumir mais

responsabilidades no lar e a querer participar mais ativamente na vida de seus filhos, incluindo os cuidados físicos.

Neste novo contexto, os arranjos que bem definiam o pai provedor e a mãe dona de casa não funcionavam bem, pois desestimulavam aquele de exercer um papel parental ativo e sobrecarregavam essa com as exigências do dever de cuidar dos filhos. As falhas que os sistemas apresentavam, o movimento feminista, a facilitação ao divórcio, a aceitação da união estável, levavam à constatação sobre os efeitos benéficos do envolvimento do pai na criação dos filhos, abrindo uma nova era nos arranjos de guarda e visita.

O melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros levaram os tribunais a propor acordos de guarda conjunta, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com os dois genitores na família pós-ruptura, semelhantemente a uma família intacta. “Ela 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”.<sup>11</sup>

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

Para o desembargador Sérgio Gischkow PEREIRA, a guarda compartilhada é a “situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados. O caso mais comum será o relacionado a casais que, uma vez separados, ficariam ambos com a custódia dos

<sup>11</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 261.

filhos, ao contrário do sistema consagrado em nosso ordenamento jurídico”.<sup>12</sup>

Essa igualdade no exercício de suas funções parentais, anota Tânia da Silva PEREIRA, incentiva a participação permanente na vida dos filhos.<sup>13</sup>

Para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisamo MOTTA,

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo *dever* de guardar seus filhos.<sup>14</sup>

Por sua vez o psicanalista Sérgio Eduardo NICK formula esta noção de guarda compartilhada:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (“joint custody”, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (“sole custody”, em inglês).<sup>15</sup>

O termo dupla custódia, como Judith S. WALLERSTEIN e Sandra BLAKESLEE denominam a guarda compartilhada, oferece várias definições, que às vezes se confundem. A custódia legal, refere-se a um acordo no qual os pais dividem as responsabilidades e as principais decisões relativas aos filhos, inclusive a instrução, a educação religiosa, os problemas de saúde e, às vezes, o

<sup>12</sup> PEREIRA, Sérgio Gisckow. A guarda conjunta de menor no direito brasileiro. **AJURIS**, v. 36, p. 53-64.

<sup>13</sup> PEREIRA, Tânia da Silva, **Direito da criança e do adolescente** : uma proposta interdisciplinar, p. 239.

<sup>14</sup> MOTTA, M. A. P. Guarda compartilhada. Uma solução possível. **Revista Literária de Direito**, n. 9, p. 19.

<sup>15</sup> NICK, S. E. Guarda compartilhada : um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova família** : problemas e perspectivas. p. 135.

local de residência. A custódia física, ou custódia partilhada, é uma nova forma de família na qual os pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar um com o outro na tomada de decisões.<sup>16</sup>

Não mais se discute sobre as perdas que a separação impõe ao menor. Eles perdem a família que sempre conheceram e, fatalmente, um dos pais. Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, frente à perniciososa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe, e de garantir o melhor interesse do menor. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psico-afetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

#### 1.4 PRECEDENTES INTERNACIONAIS

Inspirada na Declaração de Genebra de 1924, a Assembléia Geral da

<sup>16</sup> WALLERSTEIN, J. S. ; BLAKESLEE, S. **Sonhos e realidade no divórcio** : marido, mulher e filhos dez anos depois, p. 342-343.

ONU adotou, em 20.11.59, a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Exatos trinta anos depois, em 20.11.89, um grupo de trabalho da Comissão de Direitos Humanos da ONU preparou o texto do documento que se conhece hoje por Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacional em 02.09.90.

Pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14.09.90, o Congresso Nacional aprovou a Convenção, tendo o Governo brasileiro ratificado seu texto em 24.09.90, que entrou em vigor para o Brasil em 23.10.90. O Decreto 99.710, de 21.11.90<sup>17</sup> promulgou a Convenção e o Brasil, assim, insere-se dentre os povos das Nações Unidas que reconhecem primordial o *interesse maior da criança*, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade.

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 relativamente a guarda dos pais. Seu artigo 9, parágrafo 3, recomenda 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”.

Também sob a preocupação fundamental que emerge do artigo 3, parágrafo 1 - a consideração ao interesse maior da criança -, o artigo 18, parágrafo 1 chama os Estados à garantia do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados e educados por seus dois pais. Ao mesmo tempo, esse artigo visa promover a igualdade do pai e da mãe em face da

<sup>17</sup> Diário Oficial da União, Brasília, 22 nov. 1990.

educação de seus filhos.

O absoluto poder marital, comenta Augusto César Belluscio, só se mantém nos países árabes e em alguns países africanos, mas, em compensação, vários textos constitucionais estabelecem a igualdade entre os cônjuges. Lembra esse autor, que o artigo 16, § 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, prevê a igualdade de direitos durante e na dissolução do matrimônio. Depois identifica os sistemas jurídicos de igualdade total de ambos os sexos no matrimônio.<sup>18</sup>

No plano legislativo interno essas diretivas, que criam um ordenamento de valores fundamentais, dominado pela idéia da igualdade dos direitos conjugais e dos superiores interesses do menor, vêm pontuadas, como, v.g., no artigo 13 da Lei do Divórcio, de imenso significado, pois se o interesse do menor é soberano, sempre que as circunstâncias indicarem cabe alteração daquilo que havia sido decidido. O ECA, ao firmar o princípio da proteção integral, do amparo completo à criança e ao adolescente, em vários de seus dispositivos realça os direitos fundamentais desses, inerentes à pessoa humana, como sujeito de direitos.

## 1.5 O DIREITO COMPARADO

Embora o Direito comparado seja útil como fonte de soluções possíveis, as experiências vivenciadas na realidade familiar são intransferíveis de pais a

<sup>18</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 12, p. 302-303 e *Revista dos Tribunais*, v. 628, p. 19-39.

pais, em seus costumes e em suas práticas. Nessa quadra, as soluções arbitradas são influenciadas por diversos fatores sociais próprios de cada Estado, as ideologias políticas, porém, servem para tomar-se informações a respeito dos esforços que se realizam para resguardar o processo formativo da personalidade do menor.

O Direito português preferia o regime da guarda única, conforme artigo 1907º, n. 2, impedindo a guarda mesmo alternada, pelo artigo 1906º, n. 1, autorizando o tribunal a decidir, na falta de acordo, em harmonia com o interesse do menor. A guarda conjunta, sem previsão legal, passou a ser admitida pelos tribunais em face das transformações sentidas nas relações familiares tradicionais, sendo recomendada para certas circunstâncias, como a mais adequada ao interesse do menor.<sup>19</sup> Porém, com a entrada em vigor da Lei 84/95, de 31 de agosto, alterou-se o artigo 1906º do Código Civil, facultando aos pais poderem acordar sobre o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoravam para tal efeito na constância do matrimônio.<sup>20</sup>

No Direito espanhol, pelo que se deduz do artigo 154 do Código Civil, os pais são co-titulares do exercício do pátrio poder, cabendo-lhes a faculdade de ter os filhos menores em sua companhia. Anota Luis ZANÓN MASDEU, que o conceito de companhia não supõe só a imediatidade física, senão a comunicação de afetividade e de carinho.<sup>21</sup> A Constituição espanhola proclama clara e terminantemente a igualdade jurídica plena dos cônjuges, da qual seguem

<sup>19</sup> Sobre a evolução da guarda compartilhada no direito lusitano, v. LEANDRO, A. **Poder parental ...** p. 156-163.

<sup>20</sup> AMARAL, J. A. P. de. **Do casamento ao divórcio**, p. 169.

<sup>21</sup> ZANÓN MASDEU, L. **Guarda y custodia de los hijos**, p. 13.

numerosas conseqüências, dentre elas a da guarda conjunta do pai e da mãe. A nova lei do matrimônio, de 07.07.81, em seu artigo 66, estabelece que o marido e a 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, conforme artigo 92. No caso de separação, em princípio, a guarda corresponderá àquele dos pais com quem conviva o filho, podendo o juiz, se solicitado pelo outro genitor, e no interesse do filho, atribuir ao solicitante o exercício conjunto, através do artigo 156, § 5º do Código Civil.

A questão da guarda no Direito alemão, antes da lei do divórcio de 1977, definia-se pela pesquisa da culpa na separação. Com o advento da lei sobre a guarda no ano de 1979, além da mudança da denominação de pátrio poder (*elterliche Gewalt*) para cuidado paternal (*elterliche Sorge*), a entrega da guarda acomodou-se na consideração do melhor interesse do filho, através do § 1671, a um só dos ex-cônjuges, conforme § 1671, par. 4.1. Essa regra foi declarada inconstitucional no ano de 1982, tendo em conta que o cuidado e a educação dos filhos são direitos e obrigações do pais, que existem no interesse da proteção dos filhos. A Corte Constitucional entendeu que o Estado não pode intervir quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes e estão dispostos a exercer o direito e a obrigação do cuidado de forma conjunta quando não existe um interesse do filho à atribuição da guarda a um só dos pais.

Como conseqüência, o direito de guarda pode ser atribuído aos dois ex-cônjuges conjuntamente. Em regra, o tribunal outorga a guarda comum.

A nova lei suprimiu a necessidade de uma decisão sobre a guarda em caso de divórcio. O tribunal só se manifesta se um dos pais apresenta um pedido de ser ele só o encarregado da guarda. “*Sin sollicitud, la custodia sigue estando a*

*cargo de los dos padres*".<sup>22</sup>

A guarda dos filhos extramatrimoniais segue as mesmas regras quando os pais declaram que querem exercer a guarda comum, parecendo ao legislador que, embora não casados e desejando educar e criar seus filhos, são idôneos para essa tarefa no mesmo grau como no matrimônio. Quando os pais se separam, a guarda comum segue vigendo e só quando um dos pais solicita é que o tribunal decidirá a qual deles atribuirá a guarda exclusiva. Se não há acordo, então, a lei sempre atribuirá o direito de guarda à mãe. Desta maneira, não há a guarda comum como regra geral para os filhos extramatrimoniais.

A reforma do Direito de Família procedida na Itália em 19.05.75 introduziu importantes modificações no Código Civil. Agora, a paridade entre os cônjuges constitui o fundamento dos deveres paternos perante os filhos, dispondo o artigo 147 que o casamento impõe a ambos os cônjuges a obrigação de manter, instruir e educar a prole. Por sua vez, o artigo 316, parágrafo 4º estabelece que o pátrio poder sobre os filhos menores corresponde a ambos os pais e deve ser exercido de comum acordo.

Comenta Frida P. de Armas, que *"para los casos de divorcio, generalmente el cónyuge a quien se da la tenencia ejerce la patria potestad em forma exclusiva, pero la potestad de ejercicio común no cesa, pues las decisiones de mayor importancia para el hijo deben ser tomadas por ambos, salvo que el juez establezca lo contrario"*.<sup>23</sup> Assim, o juiz do divórcio pode, através do artigo 159, dispor que todos os atos relativos ao pátrio poder sejam

<sup>22</sup> BENICKE, C. La convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas y la reforma del derecho de custodia y visita em Alemania. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 13-14, p. 60.

<sup>23</sup> Armas, Frida P. de. La reciente ley italiana de reforma al derecho de familia *apud* D'ANTONIO, D. H. **Derecho de menores**, p. 154.

exercidos por ambos os genitores e não só por aquele que detenha a guarda.

Também a legislação argentina, pelo artigo 264 do CC, põe acento no melhor interesse do menor, desde cuja perspectiva deverá ser analisado todo conflito que se suscite durante o exercício do pátrio poder, definido como o conjunto de deveres e direitos que corresponde aos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos. Desse princípio derivam os direitos e os deveres, concretamente enunciados no artigo 265, com a redação da Lei 23.264/85, que mais encarnam o exercício do pátrio poder: os filhos menores de idade estão sob a autoridade e cuidado de seus pais, que têm a obrigação e o direito de criar seus filhos, alimentá-los e educá-los conforme a sua condição e fortuna.

Dessa maneira, o regime adotado, como regime básico, é o de exercício compartilhado, ao dispor a nova lei, pelo artigo 264, § 1º, correspondê-lo ao pai e à mãe conjuntamente, sejam os filhos matrimoniais ou não, entanto que os pais convivam.

Resenham Gustavo A. BOSSERT e Eduardo A. ZANNONI, que no Direito comparado prevalece o sistema de exercício conjunto, como princípio geral, tanto em países da Europa, até mesmo socialistas, como na maioria dos países latino-americanos.<sup>24</sup>

As profundas alterações sociais e familiares que aconteceram neste último quartel do século provocaram, em todas as legislações, substanciais mudanças nesta matéria, reequilibrando os direitos parentais e colocando o menor no centro da questão, colimando que conquiste uma boa formação intelectual, moral, dentro da maior rigidez somática e psíquica, não mais importando o interesse dos pais, senão o dos filhos, “tanto que, em caso de

<sup>24</sup> BOSSERT, G. A. ; ZANNONI, E. A. **Régimen legal de filiación y patria potestad**, p. 270-271. Uma visão geral sobre o tema no direito comparado, cf. D'ANTONIO, D. H., *ibidem*, p. 249-258.

separação dos pais, a guarda do menor é equacionada em função do que lhe convém, abstraído o desejo dos pais”.<sup>25</sup> À necessidade de garantir ao menor uma melhor qualidade de suas relações com seus dois pais, juristas, psicólogos, sociólogos, buscaram nova fórmula de comunicação entre esses sujeitos, que exalta o exercício compartilhado da autoridade parental e considera o menor como sujeito de direitos civis, humanos e sociais.

## 1.6 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

Não referimos na resenha que acabamos de fazer, e o foi de propósito, às diretrizes que o instituto recebeu, particularmente, no Direito inglês, no francês, no americano e no canadense. Esses sistemas, sem dúvida, constituem a vanguarda inquestionável no estudo da guarda compartilhada, como um modelo de cuidado parental que garante aos dois genitores um papel mais ativo em relação aos filhos do divórcio, e o foro de seu desenvolvimento. O valor histórico e jurídico que representam justificam estas considerações a parte.

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”.<sup>26</sup> Ela nasceu há pouco mais de 20 anos na Inglaterra e de lá trasladou-se para a Europa continental, desenvolvendo-se em França. Depois atravessou o Atlântico, encontrando eco no Canadá e nos Estados Unidos. Presentemente desenvolve-se na Argentina e no Uruguai.

<sup>25</sup> PEREIRA, S. *Tendências modernas...*, p. 311.

<sup>26</sup> Fulchiron, Hughes. *Autorité parental et parents désunie apud* LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 262.

Vejam os mencionados sistemas.

### 1.6.1 No Sistema da “Common Law”

No Século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio de que o pai era proprietário de seus filhos, cabendo-lhe, necessariamente, a guarda em caso de conflito, e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos.

Se anteriormente era injustiça à mãe a guarda exclusiva do pai, detentor de amplos poderes sobre a pessoa dos filhos, os Tribunais entenderam, agora, estar injustiçado o pai, na medida em que se passou a atribuir a guarda à mãe. O vínculo não é uma via de mão única. Para minorar os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os Tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order* (dividir, romper, repartir, separar, em inglês) do exercício desse direito 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”.<sup>27</sup>

A idéia do fracionamento encarregou a mãe dos cuidados diários dos filhos (*care and control*) e recuperou ao pai o poder de dirigir a vida do menor (*custody*), possibilitando compartilhar a guarda, isto é, o exercício comum e cooperativo da autoridade parental, pela nítida distinção da *custody* do *care and*

<sup>27</sup> Fulchiron, Hughes, *ibidem*.

*control*, segundo historia Eduardo de Oliveira LEITE.<sup>28</sup>

O novo modelo logo recebeu toda uma literatura, não só jurídica como também nas outras ciências, levando os Tribunais a encarar a nova proposta com cuidadosa atenção, como, mais uma vez, informa o professor Eduardo de Oliveira LEITE.<sup>29</sup>

Esse mesmo autor noticia que:

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,<sup>30</sup> encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

Privilegiaram as decisões inglesas o interesse maior da criança e a igualdade parental, repercutindo francamente nas províncias canadenses da *common law* e, dali, alcançando os Estados Unidos, onde, hoje, a noção de guarda compartilhada é aplicada na maioria de seus Estados, colimando o equilíbrio dos direitos do pai e da mãe.

<sup>28</sup> Fulchiron, Hughes, *Ibidem*, p. 266.

<sup>29</sup> Consultar o rol oferecido pelo Autor, *idem*, em a nota (8) às p. 262 e 263. Consultar, também, a ampla bibliografia sobre o assunto em NICK, S. E. **Guarda compartilhada**, p. 164-168.

<sup>30</sup> LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 266.

### 1.6.2 No Direito Francês

A noção de guarda compartilhada é prontamente assimilada na França, a partir de 1976, com o propósito de minorar as injustiças que a guarda isolada provoca, como haviam sido detectadas na Inglaterra. A Jurisprudência que se formou favoravelmente à guarda compartilhada,<sup>31</sup> resultou na Lei 87-570, de 22.07.87, denominada comumente lei Malhuret, Secretário de Estado dos Direitos Humanos, que modificou os textos do Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental, harmonizando-o com a torrentosa Jurisprudência existente.

A lei Malhuret, diz Jacqueline Rubellin DEVICHI, *“imitando la formula utilizada por Jacques Commaille (Familles sans justice?, 1985, Le Centurion), subrayaba que la perenidad de la pareja de padres podia e debía sobrevivir a la fragilidad de la pareja conyugal, para justificar el ejercicio conjunto de la patria potestad luego del divorcio”*.<sup>32</sup> E, assim, o artigo 371-2 do Código afirma que o pátrio poder pertence ao pai e à mãe e a eles corresponde o direito e o dever de guarda de seus filhos, cuidado e educação. São direitos que subsistem após o divórcio, regulados pelos artigos 372 e seguintes.

Estando unido judicialmente o casal, os dois pais compartilham a guarda. Se se separam, o exercício da guarda tanto pode ser exclusivo, a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita, ou compartilhado por ambos. Sobre esse tema, a nova lei confirma a Jurisprudência, fazendo da guarda compartilhada

<sup>31</sup> Decisão do Tribunal de Cassação, datada de 02.05.84, proíbe as guardas alternadas, passando-se a conceder guardas conjuntas, cf. DOLTO, F. **Quando os pais se separam**, p. 74 e nota 23, p. 151.

<sup>32</sup> DEVICHI, J. R. *Los derechos del niño y su familia en el derecho positivo frances. Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, v. 4, p. 83.

um princípio, já que o exercício comum vem referido no texto precedentemente ao exercício isolado.<sup>33</sup> E o artigo 373-2, sob a égide da nova lei, dispõe:

Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer *em comum* pelos dois genitores, quer por *aquele dentre eles* a quem o tribunal confiou a criança, salvo, neste último caso, o direito de visita e do controle do outro.” (sem grifo no original).

No caso de casal não casado que permanece unido, a guarda pertence à mãe, porém, não plenamente como antes da lei Malhuret, reconhecendo-se ao pai o direito de solicitar ao juiz, que se lhe atribua a guarda ou seu exercício conjunto; estando os pais de acordo, basta fazerem uma declaração conjunta ante o juiz de tutela, através do artigo 374-2. Ao casal não casado, separado, inexistente regra especial. A guarda pertence à mãe, mas o pai que não a tem e deseja adquiri-la basta recorrer ao juiz de assuntos matrimoniais e não mais ao Tribunal, como era no Direito anterior à lei Malhuret.

A citada lei, enfim, permite aos genitores organizarem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio, ou, como referiu o 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 parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução a privilegiar”.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> “Art. 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 (o grifo é nosso).

<sup>34</sup> Caso *Droit de la famille-361 (1987)* apud LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 268.

### 1.6.3 No Direito Americano

O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu largamente.

Judith S. WALLERTEIN e Sandra BLAKESLEE, escrevendo sobre o tema, em 1989, referem que em 1971, quando iniciaram os estudos a seu respeito, a “dupla custódia quase não era conhecida. Atualmente, devido a um movimento para torná-la uma política comum em toda a nação, pelo menos trinta e três estados norte-americanos dão preferência a ela ou a permitem como opção”.<sup>35</sup>

Como cada Estado dita sua própria lei civil, no tema em debate criam-se sérias dificuldades de aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, com danosos efeitos ao bem estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito. O resultado desse intento é a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*,<sup>36</sup> adotada por um crescente número de estados (Arizona, Colorado, Califórnia, Georgia, Louisiana, Minnesota, Ohio, Virginia; a Corte Superior do Distrito de Columbia não tem autoridade para determinar a guarda compartilhada, mas a prática corrente é a de admitir esse arranjo, quando os pais sugerem).

Com a lei uniforme procura-se evitar os conflitos de competência entre os Estados e promover a cooperação entre os respectivos Tribunais, intervindo o que esteja em melhores condições de decidir sobre a questão da guarda, tomando em consideração, em primeiro lugar, o interesse da criança. Com isso

<sup>35</sup> WALLERSTEIN, J. S. ; BLAKESLEE, S. **Sonhos e realidade no divórcio**, p. 342.

<sup>36</sup> Informa Eduardo de Oliveira LEITE, que, dada a inexistência de uma só lei para todos os Estados, foram tentadas leis uniformes para certos setores do Direito de Família. São as “Uniformes Laws”, escritas e publicadas pela “The American Law Institute”. O texto mais divulgado é a “Uniform Child Custody Jurisdiction Act”, virtualmente adotado por todos os Estados americanos. **Temas de direito de família**, p. 31.

fica garantida a estabilidade do regime adotado e facilitado o cumprimento da sentença.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, o que dá a idéia de sua relevância, com o crescimento do número de pais envolvidos nos cuidados com seus filhos. Cada vez mais as relações intrafamiliares tornaram-se complexas, dificultando a atividade dos juizes, dos advogados e de todos os que lidam na área do Direito de Família. Com o objetivo de munir os juristas do que há de mais atual no estudo da Família, a American Bar Association - ABA (órgão similar à nossa OAB) criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores (*Child Custody Committee*). Há uma ampla divulgação aos pais das características deste tipo de guarda. De acordo com a ABA, existem cerca de quatrocentos programas de educação para os pais em quarenta estados americanos.

Para o Dr. Henry S. Gombein, jurista norte-americano especialista na matéria, “o termo ‘joint legal custody’ se refere a tomar decisões em conjunto; o que implica deixar claro que mesmo em situações de divórcio a criança tem dois pais e a comunicação entre eles deve ser encorajada no que concerne a assuntos relacionados com seus filhos. [...] Já a ‘joint physical custody’ é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos”.<sup>37</sup>

Segundo Garrod, citado por Sérgio Eduardo NICK:

enquanto não há grande diferença, no sentido prático, entre “sole custody” e “joint legal custody”, existe uma enorme diferença entre a “sole physical custody” e “joint physical custody”. O que esse autor quis dizer, explica o psicólogo referido, é que morar com um dos pais é muito diferente de morar

<sup>37</sup> NICK, S. E. **Guarda compartilhada**, p. 135. Na guarda jurídica compartilhada, pai e mãe compartilham direitos e responsabilidades, especialmente no relativo aos cuidados médicos, educação, religião. Na guarda física compartilhada, implica compartilharem a responsabilidade e a tomada de decisões diárias.

com os dois pais alternadamente, seja qual for o tipo de arranjo.<sup>38</sup>

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é um dos tipos de guarda que mais cresce. As estatísticas demonstram<sup>39</sup> que os pais são a ela francamente favoráveis, sob vários aspectos: auto-estima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psico-emocional, paciência. Mas, adverte Edward TEYBER, “não há nenhuma panacéia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias - principalmente no caso de pais em conflito”.<sup>40</sup>

#### 1.6.4 No Direito Canadense

No Canadá, a formulação típica da guarda, após o divórcio, é a *sole custody* a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita. A guarda compartilhada só se confere quando os pais manifestam opção por ela, através de acordo para melhor atender os interesses seus e dos filhos. Se o acordo não é possível, o Tribunal decide por eles. A *Court d'Appel* da Província de Ontário, porém, entende ser difícil compelir um pai a cooperar quando ele não deseja uma guarda conjunta, podendo desservir aos seus objetivos.

Atualmente, os Tribunais decidem no sentido de, em casos de pais separados, garantir-lhes o direito de guarda através do instituto da guarda compartilhada. Essa possui benefícios psicológicos para todos os envolvidos.

<sup>38</sup> NICK, S. E., *Ibidem*, p. 139.

<sup>39</sup> Para citar, apenas, dois Estados: no Colorado, a guarda compartilhada é conferida de 90 a 95% dos casos; na Califórnia esse número é de 80%.

<sup>40</sup> TEYBER, E. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**, p. 119.

Nenhum pai deve sentir que *perdeu* a criança e, em muitos casos, o relacionamento entre pais e entre pais-crianças tornam-se melhores. A seção dezesseis de *The Divorce Act*, de 1985, diz que o Tribunal deve garantir à criança o contacto constante com cada pai, na medida de seus interesses.<sup>41</sup>

Qualquer Corte ao decidir sobre guarda indagará acerca dos melhores interesses da criança. O juiz considerará muitos fatores relativos ao bem estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor. O meio econômico não é o fator decisivo. Se a criança tem mais de doze anos, o juiz considerará também a sua vontade, que não tem, entretanto, o direito de fazer a decisão por si mesmo.

Há uma tendência ao estabelecimento de uma *presunção* de guarda conjunta, como a melhor solução para a criança. Nesse sentido, em 1988, foi apresentado um projeto de lei n. 95, para emendar o *Children's Law Reform Act*, para que a criança, quando a guarda é conjunta, passe a metade do tempo na casa de cada genitor, "o que redundaria numa guarda alternada", como observa claramente o professor Eduardo de Oliveira LEITE,<sup>42</sup> que, por sua vez, dizemos nós, redundaria numa guarda isolada, exclusiva, uniparental. Acredita o autor citado, que tal projeto não seja aprovado, seja porque a guarda alternada é prejudicial ao integral desenvolvimento do menor, seja porque tal presunção reduziria o poder discricionário do juiz, o que não é desejável em matéria de Direito de Família. É melhor que o juiz, caso a caso, examinando as circunstâncias, decida quando a guarda conjunta deve ser declarada viável,

<sup>41</sup> CANADÁ. *The Divorce Act*, 1985: Seção 16 (1): "*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*".

<sup>42</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 270.

## 2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1 INTRODUÇÃO

O casamento impõe aos cônjuges, assim também a união estável aos conviventes, através dos artigos 231, IV do CC e 2º, III da Lei 9.278/96, deveres comuns a ambos os genitores para com os filhos, como seu efeito fundamental, tendo por objeto a sorte dos filhos: sustento, guarda e educação. Segundo Clóvis BEVILAQUA, “ao pai e a mãe incumbe, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica, sustentar, guardar e educar aqueles a quem deram a vida; velar cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los e prepará-los para a vida”.<sup>1</sup> Compete-lhes, ainda, através do artigo 384, incisos I e II do CC, dirigir a criação e a educação dos filhos e tê-los em sua companhia e guarda, como dever e direito a um só tempo.

Da tríade dos deveres comuns dos genitores, o de sustento constitui *encargos* de família, para os quais ambos devem contribuir, sendo difusa sua execução, pois não de ser cumpridos dia após dia. Difere da obrigação alimentar, que só aparece em determinadas situações. Tem, assim, natureza econômica.

Os outros dois deveres constituem um *munus*, que se desloca de um ao outro dos genitores em momento de crise na família, que tanto pode surgir na família *legítima* como na *natural*. Na primeira, estando os pais vivos e o vínculo matrimonial intacto, a um deles caberá o *munus* em razão de força maior ou porque ao outro foi imposta sanção que o impeça de seu exercício. Estando os

<sup>1</sup> BEVILAQUA, C. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, p. 88.

pais vivos, mas o vínculo matrimonial afetado pela separação ou pelo divórcio, o que não altera as relações entre pais e filhos, como se vê pelo artigo 381 do CC, desloca-se a guarda a um só dos genitores, restando ao outro o direito-dever de visita.

Na família *natural* este encargo privado distribui-se entre os genitores, conforme haja reconhecimento da filiação por ambos ou por um só deles.

A atribuição do *munus* começa a exigir soluções, provisórias ou definitivas, já a partir da desunião fática (que o Código Civil nem as leis extravagantes supervenientes disciplinaram) e, mais contundentemente, na pós-ruptura, sob intervenção do Judiciário, em atenção ao que for mais razoável ao interesse dos filhos menores.

Como vimos, a guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, compreende a convivência entre pais e filhos no mesmo local, a ampla comunicação entre eles (visitação), a vigilância, o controle, a correção, a assistência, o amparo, a fiscalização, o sustento, a direção, enfim, a presença permanente no processo de integral formação do menor. Como atributo do pátrio poder e meio de realização concreta desses deveres, sofre a guarda as mesmas vicissitudes que aquele, quando seu exercício oferece prejuízo de ordem moral e material ao menor, conforme artigo. 394 e 395 do CC.

Configurada a desunião, a disciplina da guarda dos filhos menores e não emancipados deve sujeitar-se, em princípio, aos parâmetros estabelecidos pelo legislador.

## 2.2 A ATRIBUIÇÃO DA GUARDA NA LEI ATUAL

Os artigos 325 a 328 do Código Civil,<sup>2</sup> que disciplinavam a matéria da proteção da pessoa dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, foram revogados pela Lei do Divórcio, de 1977. A partir daí, toda matéria ficou regulada pelos artigos 9º a 16 dessa lei, que, não muito distante das previsões que por ela foram revogadas, estabeleceu uma nova série de diretivas à atribuição da guarda.

Assim é que, havendo separação consensual, observar-se-á, em princípio, o que for ajustado pelos cônjuges, conforme artigo 9º (antigo 325), pois “ninguém maior interesse poderá ter sobre a sua prole” senão os pais, devendo a lei “respeitar-lhes a vontade”.<sup>3</sup> O decreto-lei 181/1890, no § 3º de seu artigo 85, cuidando do divórcio por mútuo consentimento, exigia que na petição inicial devia constar “a declaração do acordo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, se os tiverem.”

Idêntica disposição está contemplada no vigente Direito processual civil pátrio, quando o Código respectivo, no artigo 1121, II, estabelece que a petição inicial deve, obrigatoriamente, referir ao acordo relativo à guarda dos filhos

<sup>2</sup> “Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.” “Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.” “§ 1º. Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.” “§ 2º. Verificado que não devam os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.” (artigo e parágrafos com a redação da Lei 4.121/62) “Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular, por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores, a situação deles para com os pais.” “Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só cônjuge, fixará o juiz a contribuição com que para o sustento deles haja de concorrer o outro.” “Art. 328. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.”

<sup>3</sup> BEVILAQUA, C. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, p. 223.

menores. Semelhante regra é encontrada na legislação estrangeira. O Código Civil espanhol, por exemplo, dispõe no artigo 90, que:

*El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 [separação e dissolução do matrimônio, respectivamente] de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.*

No Código Civil português, o destino dos filhos, nos casos de divórcio, separação judicial, declaração de nulidade ou anulação do casamento, também é regulado por acordo dos pais pelo artigo 1905, 1.<sup>5</sup>

Relembre-se, aqui, como em tudo o que diz respeito à guarda e visita de filhos, o prevalente interesse dos menores, não fazendo, por isso, coisa julgada a decisão que a homologa ou a sentença que a decreta, podendo ser modificada a qualquer tempo em atenção ao sistema legal.<sup>6</sup>

No caso de separação judicial baseada na culpa, a guarda é atribuída ao cônjuge que a ela não houver dado causa, conforme artigo 10, *caput* (antigo 326); em outras palavras, ao cônjuge inocente, de modo a privar o culpado da guarda dos filhos. Observa Clóvis BEVILAQUA, que “um dos cônjuges, ou ambos, será declarado culpado pela sentença do juiz, porque, ainda quando um só seja o queixoso, o processo pode revelar terem ambos incorrido em culpa”.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Redação conforme a primeira reimpressão da sexta edição do Código Civil. Madrid : Civitas, 1981.

<sup>5</sup> Edição por Moraes Editores, Lisboa, 1977.

<sup>6</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Federal confirma ser primordial o interesse do menor, *in Revista dos Tribunais*, v. 724, p. 416: “O que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe”. No mesmo sentido, consultar acórdãos do TJPR, *in Revista dos Tribunais*, v. 740, p. 401, e do TJMG, *in Revista dos Tribunais*, v. 708, p. 153 ; v. 713, p. 195.

<sup>7</sup> BEVILAQUA, C. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, p. 224.

O artigo 10 cuida de regra geral, que, contudo, comporta exceções. Pode ela ser afastada por acordo entre os cônjuges, direito que se lhes deve assegurar, ou por ocorrer a circunstância do artigo 13, *motivo grave*, que leve o juiz a mudar ou deixar de cumprir esse imperativo legal. Cede, sobretudo, ante os interesses do menor. Esta disposição legal em nosso Direito, também encontra referência na legislação estrangeira. A lei francesa consagra o princípio da entrega dos filhos menores ao cônjuge inocente, salvo se outra deliberação houver de ser tomada no interesse dos menores, conforme ensinam Henri e Jean Mazeaud: “*asi, el cónyuge culpable pierde, em principio, la guarda de los hijos; solamente em principio - porque el tribunal puede decidir de otro modo*”.<sup>8</sup>

A Jurisprudência confirma o império da regra:

Fundada a separação judicial no *caput* do art. 5º, da Lei 6.515/77, os filhos menores devem ficar sob a guarda do cônjuge *inocente*, a não ser quando daquela possa resultar prejuízo de ordem moral para os menores (RJTJRS 82/430);

no desquite litigioso, ao cônjuge *inocente* cabe o direito de ter consigo os filhos (RF 198/185); “Desde que o desquite se impõe por *culpa* da esposa, cabe ao pai *inocente* a guarda da filha do casal (RT 301/284);

Com relação a guarda das filhas, o art. 10 da Lei do Divórcio recomenda fiquem com a mãe, por ser mãe e considerada *inocente* (2ª Cm. TJSP, Ap. 2.315-1, 27.06.80).

Arremata-se com esta decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

“Reconhecimento da *culpa* da mulher. Posse de filho menor. Completando o infante a idade escolar, deve ficar em poder do cônjuge *inocente*, a menos que seu internamento seja providência aconselhável a critério de juiz”.<sup>9</sup>

Se houver culpa recíproca, reconhecida por sentença que julgou

<sup>8</sup> Mazeaud, Henri e Jean. *Leciones de derecho civil apud ABREU, J. O divórcio no direito brasileiro*, p. 69.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 81.189, de 17 jun. 1975. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 5.582, 8 ago. 1975. CAHALI, Y. S. *Divórcio e separação*, p. 975.

procedente a ação e a reconvenção, a lei não só manifesta preferência como impõe a guarda materna, exclusiva, “salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles” (os filhos menores), conforme o artigo 10, § 1º - antigo 326, § 1º -, modificado pela Lei 4.121/62. É o segundo critério da lei à disposição do juiz. Em sua aplicação a Jurisprudência não encontra dificuldade, uma vez que o provimento judicial funda-se no exame de cada caso concreto.<sup>10</sup> Esta preferência legal é justificada, admitem alguns autores, porque a mãe, em regra, reúne melhores condições para educar e criar os filhos menores. É essa a opinião de Sílvio RODRIGUES: “a mulher tem, ordinariamente, refinamentos de sensibilidade que o homem, por mais bondoso que seja, nem sempre apresenta”.<sup>11</sup> Não é esse, entretanto, o pensamento de Pedro SAMPAIO: “a nosso parecer, o direito ali estatuído em favor da mulher é inconstitucional, desde que vulnera a paridade legal, existente na Carta Maior, a que se refere o artigo 5º, I, isto é, o direito do homem enquanto tal” e sugere adequação do texto da lei divorcista à Constituição da República, passando a este enunciado: “Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder do genitor que melhor possa cumprir o dever de lhes prover o sustento, guarda e educação (art. 231, IV, do Cód. Civil)”.<sup>12</sup>

Se a separação se fundar em ruptura de vida em comum há mais de um

<sup>10</sup> **Revista dos Tribunais**, v. 371, p. 146: “Se ambos os cônjuges são culpados, devem os filhos do casal ficar em poder da mãe.”; **Paraná Judiciário**, v. 19, p. 102: “A guarda de filho menor, com sete anos de idade, deve ser deferida à mãe, eis que pela separação foram responsáveis ambos os cônjuges, e dessa solução não advirá prejuízo de ordem moral para aquele.”

<sup>11</sup> RODRIGUES, S. **O divórcio e a lei que o regulamenta**, p. 110.

<sup>12</sup> SAMPAIO, P. **Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões**, p. 69.

ano, a lei acolhe o princípio da imodificabilidade da situação precedente, através do artigo 11 (sem precedente no Direito anterior), sendo a guarda atribuída ao “cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum”, ficando evidenciada a impossibilidade de reconstituição da vida em comum. Tal regra melhor diria se usasse o verbo *permanecer*, pois a situação nela prevista manda que os filhos permaneçam com o cônjuge que com eles já estão. De qualquer maneira, protege a lei o *status quo* em que se encontravam os filhos, a partir da cessação da vida em comum, cuidando o legislador de conservá-lo, ausente motivo grave a recomendar sua modificação.

Quando a separação judicial tem por base alegação de doença mental, a lei determina, pelo artigo 12, que o juiz entregue os filhos menores “ao cônjuge que estiver em condições de assumir normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação”. A hipótese inexistia no Código Civil e parece óbvia. A guarda só pode ser deferida ao cônjuge sadio. Também aqui o dispositivo proclama o prevalente interesse do menor.

Todos esses critérios são gerais e abstratos, supostamente os mais adequados para atender os melhores interesses dos menores. Tais interesses é que dão substrato à noção de *motivo grave*, que autoriza o juiz, através do artigo 13, “em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores” a situação deles com seus pais, tomando todas as regras anteriores relativas.

O artigo 13 da Lei do Divórcio tem origem no revogado artigo 327 do Código Civil, do qual difere por pequena alteração redacional, mantendo seu conteúdo. O dispositivo já se encontrava no artigo 302 do Código de Napoleão, em sua edição de 1804. Inspirado no interesse do menor, tem como pressuposto de sua aplicação a existência de motivos graves, não se podendo retirar a guarda

dos pais se esses inexistirem ou forem superáveis. Confere a lei, nesse artigo, uma função de grande responsabilidade ao juiz, qual é a de poder afastar as regras estabelecidas nos artigos antecedentes. “Tanto mais discricionária é a sua autoridade, quanto mais extensa há de ser a sua responsabilidade”, diz Clóvis BEVILAQUA em escólio a este princípio.<sup>13</sup> Revela o dispositivo em exame, que nesta matéria não cabem princípios imutáveis;<sup>14</sup> todos subordinados ao interesse do menor, como em qualquer legislação. O Código Civil português, no artigo antes citado, em o n. 2, determina que:

Na falta de acordo, o tribunal decidirá em harmonia com o interesse do menor, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º [prejuízo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho], à guarda de terceira pessoa ou em estabelecimento de educação ou assistência.

A lei arma o juiz de importante instrumento para a solução que melhor atenda os interesses do menor, autorizando-o a apartar-se tanto do acordo apresentado pelos genitores como das regras dos artigos 10 a 12, provendo como lhe pareça mais prudente e acertado, pois “a guarda de filho menor não está subordinada aos sentimentos afetivos ou à situação econômica dos pais, mas deve ter sempre por norte os interesses maiores da criança.” (Jur. Bras. 123/130).

O mesmo interesse justifica a regra do § 2º do artigo 10 (antigo 326, mesmo parágrafo, e que não existia na redação original do Código Civil, nele introduzido pela Lei 4.121/62) - o terceiro critério desse artigo - , quando o juiz

<sup>13</sup> BEVILAQUA, C. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 225.

<sup>14</sup> Informa Sinaida de Gregório LEÃO, que o Tribunal rabínico pode manter a guarda materna aos filhos maiores de seis anos de idade, quando a lei determina que ela passe ao pai. Disso resulta que também na legislação hebraica não se constitui de normas rígidas mo que se refere a guarda de filhos menores, dependendo, caso a caso, da possibilidade e das aptidões de cada um dos cônjuges. *A influência da lei hebraica no direito brasileiro : casamento e divórcio*, p. 205-206.

verificar que os filhos não devem permanecer em poder da mãe nem do pai. Poderá, então, deferi-la a um parente ou estranho. Se da primeira categoria, encontra limite no conceito geral do artigo 331 do Código Civil, ou seja, até o sexto grau, pois, a partir daí, são minguados os laços de solidariedade e afeição, podendo o juiz deferir a guarda a pessoa estranha, porém, idônea. Essa solução já existia em nosso Direito, introduzida pela Lei 9.701/46, cujo texto foi consolidado pelo chamado *Estatuto da Mulher Casada*. Ela inovou o Direito brasileiro ao consagrar pelo artigo 15, o direito de visita, tratado, agora, na nova lei, em dispositivo autônomo.

Estas regras serão também observadas no caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, e se estendem aos filhos maiores e inválidos, pelo artigo 14 (antigo 328) e 16, respectivamente, seguindo a ordem das hipóteses do artigo 10 e seus parágrafos, isto é, havendo culpa exclusiva pela anulação, os filhos ficarão com o ex-cônjuge inocente; havendo culpa recíproca, o juiz deferirá a guarda à mãe (vale aqui a irresignação de Pedro Sampaio acima transcrita); verificando o juiz que os filhos não devem permanecer com a mãe nem o pai, a guarda dos filhos será deferida a parentes ou estranhos. Submetem-se todas essas regras, todavia, à norma do artigo 13, ou seja, presente motivo grave, estará legitimado o juiz a regular a guarda por maneira diferente, a bem do menor.

O parágrafo único do artigo 14, contém uma outra prescrição, que o professor Sílvio RODRIGUES entende deveria estar incluída no rol das determinadas pelo artigo 50 da lei. Melhor caberia, observa, acrescentar o princípio como um novo parágrafo ao artigo 221 do Código Civil, passando o

atual parágrafo único a ser o § 1º.<sup>15</sup> Esta norma refere ao casamento putativo, “aquele que se contraiu na ignorância de impedimento”,<sup>16</sup> que faz produzir efeitos ao casamento nulo. Assim, faltando boa fé a um ou a ambos dos contraentes e para não se transferir aos filhos as conseqüências de um ato cuja responsabilidade não lhes respeita, se diz que o casamento nulo é putativo para aproveitar aos filhos comuns todos os efeitos civis de um casamento válido. Aqui, observa Pedro SAMPAIO, “acha-se o parágrafo único ab-rogado, frente ao preceito existente no art. 227, § 6º, da Constituição, o qual eliminou todas as desigualdades jurídicas até então havidas entre diversas categorias de filhos, desaparecendo, conseqüentemente, a razão de ser da putatividade no casamento, em relação à prole”.<sup>17</sup>

Pelo artigo 16 da lei sob comento, aos filhos maiores e inválidos aplicam-se, quanto à guarda e aos alimentos, as disposições relativas aos filhos menores e não emancipados. É inválido à equiparação a esses todo aquele que se ache impossibilitado, permanente ou temporariamente, de prover sua própria subsistência, quer essa invalidade decorra de uma deficiência física, quer de outra natureza. No que concerne à guarda, essa regra é novidade, não porém quanto aos alimentos, embora inexistente expressamente, a hipótese se inclui na generalidade do artigo 396, que impõe aos parentes reciprocamente o encargo alimentar em caso de necessidade. Para Sílvio RODRIGUES, o artigo 16 é inútil e só confusão pode trazer, diante da imperfeição da regra. Observa esse autor que “o filho maior inválido pode ser pessoa juridicamente capaz e sua vontade tem que ser respeitada. [...] A idéia de invalidez não se confunde com a de

<sup>15</sup> RODRIGUES, S. *O divórcio e a lei que o regulamenta*, p. 114.

<sup>16</sup> RUGGIERO, R. de. *Instituições de direito civil*, p. 93.

<sup>17</sup> SAMPAIO, P. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*, p. 69.

incapacidade”.<sup>18</sup> Impõe-se, assim, pesquisar a causa da invalidez. Se absoluta, decorrente de doença mental, cabe a regra; a contrário, é realmente inútil, porque pode ser pessoa plenamente capaz, porém inválida. Ao juiz cabe garantir aos filhos maiores e inválidos os mesmos direitos que cabem aos filhos menores.

O interesse do menor, não preservado suficientemente pela deliberação dos cônjuges, impõe limites a esses critérios, que, assim, não são absolutos, podendo o juiz, discricionariamente, à vista dos artigos 6º e 34 da Lei do Divórcio, regular por maneira diferente da estabelecida, fundado nos artigos, 10, § 2º e 13 da Lei do Divórcio.

Atribuída a guarda a um só dos genitores, não perde o outro, como repetidas vezes dissemos, o pátrio poder, assegurando-lhe a lei pelo artigo 15 (antigo 326) § 2º, na redação da Lei 4.121/62, os direitos de visitar seus filhos e de tê-los em sua companhia, afora o de fiscalizar a atividade do genitor guardião. Separado o casal, ao que não detém a guarda é assegurado o direito de visita; se há acordo entre os ex-cônjuges, cumpre-se o acordo. Se há divergência, o juiz fixará o ritmo e a freqüência das visitas. Embora generalizado esse entendimento, o Código silenciara a respeito. Foram as leis 9.701/46 e 4.121/62, que o asseguraram.

Nossa legislação não traz nenhuma norma expressa para coibir as obstaculizações por parte do genitor guardião ao exercício desse direito pelo não guardião. Se o guardião não apresenta razões de relevo à sua oposição, pode o juiz, a qualquer tempo, e se o interesse do menor o exigir, suspender a guarda, valendo-se da amplitude contida no artigo 13 da Lei do Divórcio. Legislações há que prevêm a suspensão desse direito (v.g., a espanhola e a portuguesa, nos

<sup>18</sup> RODRIGUES, S. O divórcio e a lei que o regulamenta, p. 122.

dispositivos antes referidos). Não há regra fixa, portanto.

É através das visitas que o genitor não-guardião fiscaliza a educação e a manutenção do menor sob a guarda do outro.

É inescandível a intenção do legislador em estabelecer a guarda única (não alternada como comumente se fala) preferentemente à mãe, o que contraria o princípio da igualdade estampado na norma maior do texto constitucional, através dos artigos 226, § 5º c/c 227, § 6º. Com efeito, dispõe o artigo 10 e seu § 1º da Lei do Divórcio:

Art. 10. Na separação judicial fundada na *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§ 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

E o artigo 15, da mesma lei, dispõe que:

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Na família *natural*, presumindo o legislador que a mãe reconhecerá o seu filho (ou dificilmente se omitirá em fazê-lo), estabeleceu a guarda materna como regra. Assim dispõe o artigo 16 do decreto-lei 3.200/41:

Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconhecerem, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

No mesmo sentido, o artigo 383 do Código Civil:

Art. 383. O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

Diante dessas previsões legais, a quem quer que seja atribuída a guarda,

a uniparentalidade daí estabelecida atingirá diretamente os filhos. Para evitar as previsíveis disputas judiciais entre os pais, nada benéficas aos filhos, o legislador claramente procurou minorar esses efeitos, através do artigo 15 da Lei do Divórcio, disciplinando que a um dos genitores competirá a guarda física, ou seja, os meios de conduzir a educação da prole e ao outro os direitos de visita, companhia e fiscalização.

Ao genitor não-guardião ficou reservado um papel verdadeiramente secundário, que o priva do integral relacionamento com seu filho, situação que tem sido objeto de questionamento não só por juristas, mas também por sociólogos, psicólogos, psiquiatras, médicos, assistentes sociais. E é tão evidente uma tal imposição, 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”.<sup>19</sup>

A redistribuição dos papéis na comunidade familiar, como exigência da evolução dos costumes nas sociedades modernas, decretou a impropriedade da guarda exclusiva, impondo a reconsideração dos parâmetros vigentes, que não reservam espaço à atual igualdade parental. Quando o modelo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade quotidiana observada no foro prioriza, sistematicamente, a maternidade em detrimento da paternidade, quando se nega à criança o direito a ter dois pais, quando inevitável o processo de isonomia entre o marido e a esposa, criando uma simetria dos papéis familiares, é hora de se rever a questão da autoridade parental.

Nesta perspectiva, como nas legislações mais avançadas, inspiradas

<sup>19</sup> A observação é do Ministro da Solidariedade Nacional da França *apud* LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 184.

fundamentalmente no interesse do menor, o Direito brasileiro não constitui exceção e se debruça no estudo de nova fórmula de guarda capaz de assegurar eficácia ao princípio constitucional, que garante aos pais, embora desunidos, uma repartição eqüitativa no exercício da autoridade parental.

É o que veremos a seguir.

### 2.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO MODELO NO DIREITO PÁTRIO

As profundas e sucessivas mudanças ocorridas na realidade social em um passado não muito distante, a revolução nos costumes, na tecnologia, modificaram os pressupostos clássicos do conhecimento humano em geral, atingindo o Direito como um todo e o Direito Civil em particular, nele seu sistema familiar, então de feição conservadora. Nesse contexto, a família emoldurada pelo Código Civil, refletindo o espírito do século passado, já que foi elaborado em 1899, é reestruturada, seja em seu subsistema conjugal, seja no parental.

Isso aconteceu através da edição de estatutos especiais, que vieram a reboque de fatos sociais significativos da realidade do século XX (de que são exemplos, dentre outros, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente) e se consolidaram na Carta Constitucional de 1988, que viabilizou a plena realização do homem e da mulher como seres humanos, com ênfase ao bem-estar do menor, pessoa em desenvolvimento.

A família é uma realidade sociológica, que precede “ao surgimento do Estado” e é “anterior ao próprio direito”, como expõe Eduardo de Oliveira

LEITE,<sup>20</sup> e, como tal, é compelida a trilhar novos e revolucionários caminhos, projetados pelos fenômenos sociais verificados. Não escapou a estas transformações o modelo de relacionamento familiar codificado, engessado por estruturas perenes e acabadas, moldadas à exclusão de elementos estranhos ao seu objeto.<sup>21</sup>

Buscou-se, então, escolher um modelo, novo, que privilegiasse a idéia, na ruptura conjugal, de compartilhamento dos pais no cuidado aos filhos menores, voltado para o melhor interesse das crianças. A substituição do modelo tradicional de guarda (única), exercida sistematicamente pela mãe, por outro, que almeja preservar o “melhor nível de relacionamento entre pai e mãe, com vistas a proporcionar um desenvolvimento ótimo dos chamados ‘filhos do divórcio’”,<sup>22</sup> tem sido, como vimos, objeto de estudo e de larga utilização no Direito estrangeiro.

A escolha deste modelo de relacionamento para o casal com seus filhos é consequência da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo. Por isso deve sempre ser cogitado como opção alternativa às soluções tradicionais e imutáveis: a guarda com a mãe, os alimentos com o pai.

Neste passo, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois “mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões

<sup>20</sup> LEITE, E. O. **Tratado de direito de família**, p. 4.

<sup>21</sup> Sobre a neutralidade do direito, *cf.* KELSEN, H. **Teoria pura do direito**, p. 17.

<sup>22</sup> NICK, S. E. Guarda compartilhada : um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova família : problemas e perspectivas**. p. 128.

importantes que se referem à criança”.<sup>23</sup>

Seguindo a trilha aberta pelos diplomas internacionais e pela legislação alienígena mais avançada, o Direito brasileiro igualmente elegeu o interesse do menor como fundamental para reduzir os efeitos patológicos que o impacto negativo das situações familiares conflitivas provocam na formação da criança.

Com esse norte, já se estuda no país a guarda compartilhada, como um modelo que propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que esses não foram negligenciados após o divórcio. As decisões mais importantes na vida do menor, como a educação, a saúde, as questões psicológicas, as atividades extracurriculares, as viagens, as férias, e as do dia-a-dia, são repartidas entre ambos os genitores, “ensejando um melhor desenvolvimento psico-emocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda”.<sup>24</sup>

Em 1986, o então Juiz de Direito e hoje desembargador do TJRS, Sérgio Gischkow PEREIRA, fez publicar<sup>25</sup> o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada, ou conjunta, em nosso Direito, anotando que, naquela década, o modelo começara a ser pesquisado no Rio Grande do Sul “sob o prisma jurídico e psiquiátrico”,<sup>26</sup> envolvendo profissionais do Direito, da Educação, da Medicina, da Sociologia, etc..

Arnoldo Wald, apresentando a obra de Guilherme Gonçalves STRENGER,

<sup>23</sup> LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 261.

<sup>24</sup> NICK, S. E. **Guarda compartilhada**, p. 149.

<sup>25</sup> **AJURIS**, n. 36, p. 53-64. Reproduzido também na **Revista do Advogado**, n. 9, p. 43-47.

<sup>26</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 12, p. 37. nota 63.

observa que “na ampla bibliografia do Direito de Família, a guarda de filhos não tem sido objeto de estudos específicos e, muito menos ainda, de monografias exaustivas”.<sup>27</sup> Assim, a guarda compartilhada, como de resto todo o tema da guarda, resente-se de peculiar trato normativo e de melhor abordagem doutrinária e jurisprudencial; não, porém, no campo das ciências que estudam a mente.<sup>28</sup> Por isso, é modalidade pouco conhecida entre nós.

Embora inexista norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso Direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda uniparental, que frustra a adequada convivência do filho com o pai ou a mãe não-guardião, desatendendo às necessidades do menor, que não dispensa a presença, permanente, conjunta, ininterrupta, de ambos os genitores em sua formação para a vida. A função paternal, nas diversas fases do desenvolvimento dos filhos, não é descartável.

São poucas, como vimos no item anterior, as regras reguladoras da matéria, porém são claras e objetivas e, “de maneira geral, revelam-se incensuráveis”, como observa o des. Sérgio Gischkow PEREIRA,<sup>29</sup> dado o

<sup>27</sup> STRENGER, G. G. **Guarda de filhos**, p. 7.

<sup>28</sup> A propósito do tema nesta seara, consultar: MARRACCINI e MOTTA: Guarda de filhos : algumas diretrizes psicanalíticas. **Revista dos Tribunais**, v. 716, p. 346-357, Ainda, NAZARETH, E. R. [Coord.]: Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuição da psicanálise ao direito de família. In: **Direito de família e ciências humanas**. Também, MOTTA, M. A. P. [Coord.]: Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. In: **Direito de família e ciências humanas**. E ainda, BARROS, F. O.: Interdisciplinaridade : uma visita ao Tribunal de Família - pelo olhar da psicanálise. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. p. 781-835.

<sup>29</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. **AJURIS**, v. 36, p. 56.

alinhamento do Direito brasileiro ao primado do melhor interesse do menor, prevalente no Direito moderno.

Se, por um lado, não existem regras proibitivas à aplicação do modelo, por outro, a escassa Doutrina nem a Jurisprudência o repelem. Bem a contrário, vez por outra, desaplaudem a chamada guarda alternada: “É *inconveniente* à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda de pais, separados, durante a semana, *alternadamente*” (sem grifo no original),<sup>30</sup> na medida em que essa modalidade não consolida os hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor.<sup>31</sup> Nem “deve o juiz restringir-se a regular as visitas, estabelecendo-lhes datas e horários; a preocupação máxima deve ser no sentido de fixar regras que não permitam o desfazimento das relações afetivas que devem existir entre pais e filhos”.<sup>32</sup>

Nesta perspectiva, e sem grande esforço, garimpamos nas leis vigentes vários dispositivos que mostram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada em nosso Direito. Do texto constitucional, pelo artigo 226, § 5º, a consagração do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 1º, dispondo sobre a proteção integral do menor, impõe

<sup>30</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 733, p. 333.

<sup>31</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 573, p. 207-208: “GUARDA DE FILHO MENOR - Custódia alternada semanalmente - Desvantagens - Alimentos devidos à esposa separada. Posse e guarda de filho menor. A chamada ‘custódia conjunta’, importando o revezamento semanal do ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da personalidade do mesmo.” O acórdão, visivelmente, mistura as noções de guarda *alternada* e guarda *conjunta*; à evidência, alude à primeira modalidade, quando afirma que “Confusão mental deve produzir na mente infantil o revezamento semanal da guarda, pela convivência do menor uma semana em um ambiente familiar e, em outra, em outro. Tal solução não é, por isso, aconselhável.”

<sup>32</sup> *Revista Forense*, v. 228, p. 95. Acórdão do TJSP entende que a regulamentação de visitas obsta o fortalecimento dos laços de amizade entre pais e filhos (RJTJSP, São Paulo, v. 22, p. 204) in CAHALI, Y. S. *Divórcio ...*, p. 270-271.

dever à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público de assegurar ao menor uma convivência familiar, através do artigo 4º, à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento, conforme artigo 6º. Por isso é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar, pelo artigo 16, inciso V, e de “ser criado e educado no seio de sua família”, conforme artigo 19.

Está claro que o Estatuto privilegiou o convívio da criança com seus pais e ressalta a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento. É inegável, assim, que a lei menorista acolheu a tese da guarda compartilhada, sendo-lhe amplamente favorável.

Da Lei do Divórcio, em abono à possibilidade jurídica do modelo, destaca-se seu artigo 13:

Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Sérgio Gischkow PEREIRA refere-se a esse dispositivo como dos mais significativos a respeito, pois, “como se constata, é uma regra que desfaz todas as regras, ou, se preferirem, passa a ser a regra das regras, entregando à discricção do magistrado a palavra última”.<sup>33</sup>

Igualmente o Decreto-lei 3.200/41, através dos parágrafos 1º e 2º do artigo 16, de forma expressa, autoriza o juiz resolver sobre a guarda de modo a atender o critério geral do melhor interesse do menor.

Importando, inafastavelmente, nas decisões sobre guarda o interesse do menor, princípio básico e determinante de todas as avaliações, está o juiz subordinado a esse critério preponderantemente sobre direitos ou prerrogativas,

<sup>33</sup> PEREIRA, Sérgio, *A guarda conjunta...*, p. 56.

a que, porventura, se arroguem os pais.<sup>34</sup> 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 educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, como se vê nos artigos 3º e 4º - ECA, robustece-se de motivos o Direito brasileiro para adotar a guarda compartilhada.

Dos vários dispositivos legais pontuados, foi possível anotar que, antes de impedir, nosso Direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariedade do juiz nesta matéria. Utilizando-se dessa prerrogativa, pode o magistrado determinar a guarda compartilhada, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende aos superiores interesses do menor e for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, conforme artigo 151-ECA.

Assim, arrematamos na segura companhia de Sérgio Gischkow PEREIRA: “a guarda conjunta não esbarra em obstáculos no direito brasileiro”.<sup>35</sup> Porém, adverte esse autor, que “certamente brotarão dificuldades jurídicas diante da nova espécie de guarda”.<sup>36</sup> Idêntica preocupação manifesta Eduardo de Oliveira LEITE, quando lança as perguntas: “Como tomar viável tal proposta? Ou melhor, como exercitar a guarda conjunta em ambiente quase sempre hostil ao entendimento?”<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Ao decidir sobre a guarda de filhos entre mãe e avós, o TJPR levou em conta os melhores interesses do menor, afirmando que “o que deve ser considerado primordialmente é o interesse da criança e não da sua genitora biológica, pois esta não possui, apenas por essa condição, o direito de ter a filha em sua companhia, mas o dever desse encargo” *in Revista dos Tribunais*, v. 740, p. 401-404.

<sup>35</sup> PEREIRA, Sérgio, *A guarda conjunta...*, p. 61.

<sup>36</sup> PEREIRA, S., *ibidem*, p. 62.

<sup>37</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 271.

## 2.4 CONSEQÜÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA

Sabemos que a ruptura do vínculo matrimonial gera uma nova situação fática, tanto aos filhos como a cada um dos genitores, que se resolve por acordo ou decisão judicial. Uma clara compreensão do que se decide sobre a guarda, resultará em benefício da família toda, enquanto contemple os filhos e também os pais, a fim de que nenhum deles negligencie da criação e da educação daqueles.

O fato está ligado ao funcionamento interno da família, que, no devenir histórico, não teve um só meio de resolução, ora reconhecendo a preferência paterna, ora preponderando a materna, pensando o legislador em, assim agindo, evitar conflitos entre os pais. Em todos os casos, porém, a guarda pertencia a um só dos genitores; é a que se conhece por guarda única, exclusiva ou uniparental.

Esse modelo, que atendia exclusivamente às expectativas dos genitores, começa a ser questionado, como reflexo, na família, das modificações operadas na cultura, na economia, na política, chegando-se ao consenso social da indispensabilidade do pai e da mãe na formação dos filhos menores.

Bem solucionar sobre a guarda deve, necessariamente, incluir todos os que nela intervêm (os advogados, os juizes, os promotores de justiça e outros profissionais), para que a solução dada seja aquela que redunde em benefício da família e de toda a sociedade. A evidência dessa necessidade já se faz presente no Judiciário nacional, como prática regular em todas as ações de Família nos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná, a exemplo dos Tribunais argentino e uruguaio.

Esta nova postura, que privilegia e envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, ainda é pouco utilizada entre nós, mais

pela ausência de Doutrina e Jurisprudência próprias do que por sua possibilidade jurídica. Nossa legislação, como vimos acima, acolhe francamente esta nova corrente, compreendida no princípio da igualdade plena entre os pais e desses no exercício da guarda, capaz de salvaguardar a vida afetiva entre pais e filhos, ao menos.

A guarda compartilhada 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. Isso supera os questionamentos manifestados alhures por Sérgio Gischkow Pereira e Eduardo de Oliveira Leite.

A tendência *adulto centrista*, que marca as disposições do Código Civil, cedeu lugar, nas sociedades modernas, ao reexame da situação dos filhos, que, de repente, são separados do pai ou da mãe, ou de uma parte da família. A separação, pois, dos pais não deve repercutir no desempenho de suas funções parentais, para as quais não há divórcio. Os filhos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família segue existindo, alquebrada, mas não destruída.

Com vistas a garantir o melhor interesse do menor e ao desaparecimento da noção de culpa, que retira o caráter conflituoso das separações, passou-se a rever a questão da autoridade parental, a partir do aporte de outras disciplinas, como a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, a pediatria, dos assistentes sociais, com a nítida intenção de realçar uma autoridade que compete ao casal, aos pais, para atenuar as conseqüências injustas que o monopólio da autoridade parental do guardião único provoca.

No afã, então, de aperfeiçoar os mecanismos de proteção ao menor, de atenuar o impacto negativo que as desuniões lhe impõe e de reduzir os efeitos

patológicos das situações conflitivas por ele vivenciadas, passou-se a admitir o compartilhamento da guarda, como mais valiosa ao bem estar do menor. Ela propicia a continuidade da convivência de ambos os genitores com seus filhos, preservando as relações de afeto existentes anteriormente.

Enquanto a família permanece física e espiritualmente unida, não costumam evocar-se questões relativas à guarda de filhos menores. Trata-se do exercício comum da guarda. O sistema funda-se na presunção de que cada genitor procederá segundo o uso social e as circunstâncias na maior conveniência do menor e de que a decisão tomada por um dos pais é naturalmente aceita pelo outro. Assim, no dizer centrado de Eduardo de Oliveira LEITE, “logo, não há nenhuma divisão no poder de decisão, que se exerce conjuntamente”.<sup>38</sup>

Quando, porém, instala-se o conflito na sociedade conjugal e desaparece o *casal conjugal*, há indeclinável necessidade de se manter o *casal parental*, como observado por Clóvis BEVILAQUA: “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”.<sup>39</sup>

A desunião dos pais, resultante da separação ou do divórcio, também da dissolução da sociedade fática, redistribui os papéis parentais, que antes eram exercidos conjuntamente, atingindo diretamente os filhos, que, a partir do momento de adversidade conjugal, não mais continuarão a conviver com ambos os pais, sob um regime igualitário; agora, dual. É esta, como vimos, uma imposição legal, que emerge do artigo 10, § 1º, da Lei do Divórcio: *os filhos menores ficarão em poder da mãe*. A norma, aqui, parte de uma presunção que

<sup>38</sup> LEITE, E. O., *loc. cit.*

<sup>39</sup> BEVILAQUA, C. *Código civil ...*, p. 281.

tem fundamentos psicofisiológicos, ao estimar que a mãe se encontra em posição mais adequada de conviver com o filho. Em outras situações, o único fundamento é a idoneidade, sem estabelecer a lei presunção alguma.

A guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade do exercício comum da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocos, como observou (acima) Clóvis Bevilacqua, não prevalecendo contra eles a desunião dos pais, pois, mesmo decomposta, a família continua biparental.

O primeiro aspecto a considerar na operacionalização do modelo é sobre a residência do menor,<sup>40</sup> pois “é inconcebível falar-se em guarda de menor na ausência do direito de fixar residência; pois é esse elemento que confere ao guardião o meio de assegurar sua função”.<sup>41</sup>

Esta nova modalidade de guarda deve ser compreendida, então, como aquela forma de custódia<sup>42</sup> em que o menor tem uma residência fixa (na casa do pai, na casa da mãe ou de terceiros) - única e não alternada (essa modalidade só

<sup>40</sup> Do latim *residens*. Exprime o lugar em que a pessoa pára para descanso, tendo-o como *morada* ou *habitação*. Se definitiva ou permanente, adquire o caráter de *domicílio*, para estabelecer a situação de direito, que por ele se determina. DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**, p. 1365. A importância do domicílio revela-se em várias conseqüências que dele decorrem para a pessoa e para terceiros que com ela estejam ligadas por vínculos jurídicos. O domicílio é que determina a lei aplicável, nos conflitos regidos pelo direito internacional (arts. 7º e 18-LICC), a competência do juízo (art. 94-CPC), o lugar onde cumpre suas obrigações (art. 950-CC), o lugar da abertura da sucessão (art. 1578-CC).

<sup>41</sup> Simler, Philippe. *La notion de garde de l'enfant*, in *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, v. 70, p. 708 *apud* BITTENCOURT, E. M. **Guarda de filhos**, p. 2.

<sup>42</sup> Explica DE PLÁCIDO E SILVA: “Derivado do latim *custódia*, de *custos* (guardião, conservador, defensor, protetor)...significa o estado da pessoa que está sob guarda, proteção ou defesa de outrem...”. *Op. cit.*, p. 465. No Direito argentino, *guarda* expressa o mesmo que custódia, na significação oferecida por De Plácido e Silva, ao passo que *tenencia* refere a um aspecto meramente material ou fático, implicando a proximidade física de alguém, conforme D'ANTONIO, D. H. **Derecho de menores**, p. 259.

aumenta os sentimentos de insegurança e instabilidade na mente do menor, quando passa freqüentemente de mão em mão) -, próxima ao seu colégio, aos vizinhos, ao clube, à pracinha, onde desenvolve suas atividades habituais e onde, é lógico presumir, tem seus amigos e companheiros de jogos. A determinação do local de residência do menor gera “a estabilidade que o direito deseja para o filho” e “não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo”, como enfatiza Guilherme Gonçalves STRENGER.<sup>43</sup>

Na infância e na juventude, ao menor deve-se evitar grandes alterações em sua vida e rotina, permanecendo tudo o que não for imprescindível mudar. Assim, o menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e um centro de apoio para suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual ele sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida.

São destas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias. Os pais devem tentar manter constantes o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura. “A mudança é estressante”, sentencia Edward TEYBER.<sup>44</sup>

Os critérios de determinação da guarda, dentre eles a situação dos pais, definirão o local de residência do menor, atendendo-se, sempre, ao seu melhor interesse, devendo ficar com aquele dos pais que apresente melhores condições ao seu pleno desenvolvimento. Cada caso é um caso à discricionariedade do juiz,

<sup>43</sup> STRENGER, G. G. **Guarda de filhos**, p. 71.

<sup>44</sup> TEYBER, E. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**, p. 130.

que deve evitar as fórmulas estereotipadas, utilizadas automática, invariável e tradicionalmente. Tais são preconceituosas, na medida em que desatendem a necessidade do menor e dispensam a presença permanente, conjunta e ininterrupta do pai e da mãe na sua formação para a vida.

A residência única, onde o menor se encontra juridicamente domiciliado, define o espaço dos genitores ao exercício de suas obrigações. Também possibilita ao genitor não-guardião - o que não mora com o menor -, o cumprimento de seu dever de visita, que só pode ser regularmente exercido se o menor dispõe de um local permanente de referência, pois o que mora com o filho tem a guarda física, também chamada material, imediata, próxima, mas ambos têm a guarda jurídica.

Quando o juiz, na sentença, outorga a guarda a um dos cônjuges (a parentes ou a terceiros), está determinando a residência habitual do menor, seu domicílio. Portanto, a residência do menor passa a ser a mesma da pessoa com quem viva. Ela é importante não só aos pais como a terceiros, para saberem quem tem especificamente o concreto e cotidiano dever de vigilância. Essa escolha é obrigatória para o juiz. Ao fazê-la, estabelece a guarda única (como imperativo legal), excluindo, conseqüentemente, a guarda alternada, quando o menor vive na casa de cada um dos genitores por um certo período de tempo igual, e depois volta. “Isso é muito ruim”, exclama Françoise DOLTO, “porque, nesse caso, não há nem *continuum* afetivo, nem *continuum* espacial, nem *continuum* social.” É assim quando “os pais dividem entre si, durante a semana, seu ‘filho-joguete’”.<sup>45</sup>

Pretendendo a guarda compartilhada reequilibrar os papéis parentais (co-

<sup>45</sup> DOLTO, F. *Quando os pais se separam*, p. 74.

responsabilidade) na tomada de decisões importantes relativas aos filhos e incentivar o contato freqüente e contínuo desses com seus dois genitores, não significa uma divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos, como ocorre na guarda alternada (semana com um, semana com outro; semestre com um, semestre com outro). Os filhos nem a guarda se dividem. Na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, “a residência continua sendo única”, conclui Eduardo de Oliveira LEITE.<sup>46</sup>

Outro aspecto a considerar na viabilização do modelo de compartilhamento da guarda é o que permite que os ex-parceiros deliberem conjuntamente sobre o programa geral de educação dos filhos, compreendendo não só a instrução, como meio de desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos para a vida de relação, como também a que tem um sentido mais amplo, ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas do menor.

É a principal missão dos pais, indeclinavelmente de ambos os pais, dirigir a formação de seus filhos, traçar-lhes o rumo moral, como flechas atiradas ao futuro de que fala Gibran em seu poema. É tão importante este direito, que mereceu ser proclamado entre os direitos fundamentais do Homem pelas Nações Unidas. A Constituição Federal, em seu artigo 6º, estabelece a educação como um dos direitos sociais do cidadão, a ela referindo-se de forma específica como direito de todos e dever da família, no artigo 205, reafirmando o princípio no artigo 227.

<sup>46</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 286.

Vinculado a este dever, e como consequência dele, está estampado no artigo 395, inciso I do Código Civil, o que têm os pais de corrigir a seus filhos, nos limites de sua finalidade mesma, podendo determinar os excessos uma conduta que leve à perda da guarda.

No dever de educação compreende-se o de assistência, tanto em seu aspecto moral, dada a generalidade daquele, como em seu aspecto material, traduzido na obrigação alimentar, que tem como fonte a relação de parentesco, e no dever de sustento.

Lamentável e sistematicamente, como se vê na prática forense, ocorre confundir *dar educação* com *pagar pensão*.

“Dar educação” exige o concurso de ambos os genitores, “já que ela não depende da competência exclusiva de um só”,<sup>47</sup> pois “enquanto no sistema tradicional o guardião toma sozinho as decisões (sob duplo controle, do juiz e do genitor não guardião), o exercício conjunto da autoridade parental invoca um acordo permanente entre os pais”.<sup>48</sup>

Na guarda compartilhada, não só as grandes opções sobre o programa geral de educação e orientação (escolha do estabelecimento de ensino, prosseguimento ou interrupção dos estudos, escolha da carreira profissional, decisão pelo estudo de uma língua estrangeira, educação religiosa, artística, esportiva, lazer, organização de férias e viagens), mas também os atos ordinários, cotidianos e usuais (compra de uniformes e material escolar) - como se praticam no seio de uma família unida - pertencem a ambos os genitores, embora esses (os usuais) possam ser praticados isoladamente pelo genitor guardião, garantindo-se, assim, o exercício conjunto da autoridade parental,

<sup>47</sup> M. F. Nicolas-Marguin *apud* LEITE, E. O., *ibidem*, p. 274.

<sup>48</sup> H. Fulchiron *apud* LEITE, E. O., *loc. cit.*

como no modelo da família antes da ruptura.

Para bem funcionar a co-parentalidade, adverte Eduardo de Oliveira LEITE, é fundamental distinguir as noções de educação e coabitação, que, se confundidas alcançarão resultado diverso do esperado neste modelo de guarda. Pode ser entendido que a mãe (por exemplo), porque detém a guarda física, seja a única responsável pela educação da criança. Não! Embora a criança viva com a mãe, as opções educacionais desta criança não dependem só da mãe, mas de uma ação conjunta, de uma comunhão e unidade educativas.<sup>49</sup>

Os esquemas de visita ou acesso usualmente adotados servem para permitir ao genitor não-guardião exercer fiscalização (o que raramente acontece) sobre a educação dos filhos, conforme artigo 15, da LDiv, facultando-lhe a lei, pelo artigo 380, parágrafo único do CC, recorrer ao Tribunal para solucionar a divergência quando não satisfeito com os atos de educação praticados no exercício da guarda. Na nova modalidade a controvérsia fica eliminada, na medida em que ambos os genitores participam diária e ativamente na educação da criança.

Uma outra questão a considerar, diz respeito aos alimentos parentais, que tanto derivam da lei civil, como se vê nos artigos 397 - CC e 22 - ECA, como, agora, do texto constitucional:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores[...].

O termo *alimentos*, anota Luiz Edson FACHIN, “não se esgota no sentido físico quando tomado na acepção jurídica. No ordenamento jurídico, compreendem universo de prestações de cunho assistencial que,

<sup>49</sup> H. Fulchiron, *loc. cit.*

evidentemente, tem conteúdo mais elástico no plano do direito que na percepção coloquial”.<sup>50</sup>

É bem conhecida a advertência de Pontes de Miranda, reproduzida em quase toda parte, de que a palavra alimento, conforme a melhor acepção técnica, e, conseqüentemente, podada de conotações vulgares, possui o sentido amplo de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidades e às despesas de criação e educação. Ensino análogo se encontra nas fontes do direito luso-brasileiro. Hoje em dia, ao catálogo mencionado se acrescenta o lazer, fator essencial<sup>51</sup> ao desenvolvimento equilibrado e à sobrevivência sadia da pessoa humana.

Por isso dissemos alhures, *dar educação* não é, unicamente (como pensam muitos pais), *dar pensão*, pois dessa não pode prescindir o projeto geral de ampla assistência dos filhos do divórcio. Se na família quando intacta ambos os genitores concorriam na proporção de seus ganhos para o sustento, guarda e educação da prole, na família decomposta o mesmo proceder é exigido. Trata-se, antes de tudo, de uma obrigação primária, natural mesma do Homem, que não é afastada nem quando os filhos são entregues a terceiros, conforme artigo 33 do ECA.<sup>52</sup>

Aos efeitos pensionários não corresponde distinguir entre filhos *legítimos* ou *naturais*, nem entre filhos de pais unidos ou separados.

Nosso Direito codificado não dispõe de um artigo que defina o conteúdo da obrigação alimentar, a exemplo do Código Civil argentino:

<sup>50</sup> FACHIN, L. E. Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Lima (Coord.). *Curso de direito civil*. p. 268.

<sup>51</sup> ASSIS, A. de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, p. 88.

<sup>52</sup> Com base em Edgard de Moura Bittencourt (Alimentos), Yussef Said Cahali (Dos alimentos) e Pontes de Miranda (Tratado), José Luiz Mônaco da SILVA defende a idéia da obrigação alimentar dos genitores quando os filhos estão sob guarda de terceiro e cita Acórdão do TJSP: “O direito a alimentos decorre do pátrio poder, não podendo o pai furtar-se a esse dever, embora permaneça o filho em casa de terceiros” (RT, São Paulo, a. 61, n. 444, p. 133, out. 1972). **A família substituta no estatuto da criança e do adolescente**, p. 59-61. No mesmo sentido, MARMITT, A. **Pensão alimentícia**, p. 58.

*Art. 267. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.*

Idêntica regra encontramos no Código Civil paraguaio:

*Art. 256. La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades.*

A lei do divórcio, porém, traz um único e genérico dispositivo sobre o tema:

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

Os exemplares acima confirmam a lição de Luiz Edson Fachin, quando afirma compreenderem os alimentos universo de prestações de cunho assistencial, para além do sentido físico que carrega, como comumente se encontra nos embates judiciais. Na expressão *manutenção*, de que se utiliza o artigo 20 transcrito, está a idéia de que prover alimentos aos filhos é, também, dar-lhes habitação, vestuário, instrução, educação, tal qual o conceito que aparece no Código Civil português:

Art. 2003 (noção).

1. Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário.
2. Os alimentos compreendem também a instrução e educação do alimentando no caso de este ser menor.

O fundamento da obrigação alimentar é, sem dúvida, o dever de solidariedade entre os Homens, mais acentuado entre pais e filhos, pessoas que se encontram em um grau extremo de proximidade, e muito mais presente quando dissociada a família. Assim, a obrigação de contribuir para a manutenção dos filhos (para usar a linguagem da Lei do Divórcio), pesa sobre ambos os genitores, inobstante a guarda seja exercida de forma exclusiva.

Quando a lei do divórcio, em seu artigo 20, alude à “proporção de seus recursos”, por óbvio, não está estabelecendo uma igualdade numérica de contribuição econômica. Os pais podem formular arranjos vários: um só contribui; ambos contribuem (geralmente a mãe, nesse arranjo, participa com os cuidados pessoais aos filhos, quando detém a guarda); um contribui com mais recursos, outro com menos. O pai, por exemplo, com as despesas escolares mensais e a mãe com as relativas a vestuário, lazer e saúde.

O descumprimento deste dever - que se verifica em altíssimo grau - leva, freqüentemente, os pais aos Tribunais (e, às vezes, à prisão), aumentando os conflitos parentais em ambiente (normalmente) já hostil, de efeitos devastadores sobre a prole, deixando inevitáveis seqüelas ao desenvolvimento psico-emocional do menor. A incapacidade de pagar alimentos, traduzida na Doutrina por *abandono da família*, mais no sentido material que moral, não encontra soluções nas leis, por mais perfeitas que sejam, nem no estudo aprofundado do tema, nem em uma Justiça mais ágil. Não logramos, ainda, encontrar o caminho que garanta, e com eficácia plena, a satisfação do direito aos alimentos, que, em síntese, é o direito à própria vida, como proclama o artigo 227 de nossa Carta Magna: “dever da família, da sociedade e do Estado.”

A guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos. A recíproca, nesse caso, é verdadeira: “quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão”.<sup>53</sup>

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda

<sup>53</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 283.

jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).

O Código Civil, em sua versão original, não referiu ao direito de visita, que:

em nossa legislação, surgiu com o Decreto n. 9.701, de 3 de setembro de 1946, cujo dispositivo foi posteriormente incorporado ao Código Civil (Lei n. 4.121, de 21 de agosto de 1962), no final do texto do § 2º do art. 326, revogado pela Lei do Divórcio que, todavia, reproduziu a garantia do direito de visita em favor do cônjuge separado judicialmente que não ficar com a guarda dos filhos (art. 15).

Os Anteprojetos de Código Civil de 1972 (art. 1773 § 2º) e de 1973 (art. 1760 § 2º) dispõem da mesma forma; assim também o Projeto n. 634, de 1975 (art. 1617 § 2º). O Anteprojeto de 1962, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES, e o Projeto revisto, de 1965, pela comissão integrada por aquele jurista e mais o Min. OROSIMBO NONATO e o Prof. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, eram mais explícitos, não só no tocante à referência a que os pais têm o direito de visita e o de receber os filhos, como também ao ponto em que veda qualquer estipulação em contrário na separação judicial amigável (arts. 160 e 161).<sup>54</sup>

O Projeto de Código Civil (n. 634/75, da Câmara dos Deputados, aprovado pelo Senado Federal) não apresenta alteração quanto ao direito de visita, mantendo-o, lamentavelmente, como um direito acessório na questão da separação e do divórcio,<sup>55</sup> bem como silenciando sobre o exercício desse direito:

Art. 1593. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordarem com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

<sup>54</sup> BITTENCOURT, E. M. **Guarda de filhos**, p. 122-123.

<sup>55</sup> LEITE, E. O. O direito (não sagrado) de visitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. p. 69.

<sup>56</sup> Texto segundo Novo Código Civil : Projeto aprovado pelo Senado Federal

Também não evoluiu a lei projetada quanto à denominação do instituto, apresentando-se restritiva no campo da troca efetiva necessitada pelo menor, pessoa em desenvolvimento. Direito de comunicação, direito de convivência (para usar a terminologia estatutária), “genitor de acesso” (“*right of access*”, “*personal contact*”, “*staying access*”)<sup>57</sup> melhor significariam o ato de conviver, de relacionar-se, de trato diário como pretende a guarda compartilhada.

Diante da acessoriedade do tratamento legislativo dispensado ao tema, é comum falar-se unicamente em direito de visita e não a ser visitado, certamente porque a lei só mencione, pelo artigo 15 da LDiv, como sujeito ativo “os pais, em cuja guarda não estejam os filhos”. Porém, é de toda evidência que o filho que não conviva com o pai é titular do direito a manter uma adequada comunicação com ambos os pais, já que a consolidação dos sentimentos paterno ou materno-filiais, favorecem uma estruturação mais sólida e equilibrada do psiquismo do menor.

Ao conceituar o instituto - “dever de manter relações com o filho e de o receber regularmente” -, Eduardo de Oliveira LEITE ensina, com profunda responsabilidade, que

o direito de visita 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

acompanhado de notas remissivas aos textos do Código Civil de 1916, ao Código Comercial e legislação especial. Organizado por Juarez de OLIVEIRA e Antônio Cláudio da Costa MACHADO, p. 314.

<sup>57</sup> Os tribunais americanos estão começando a usar novos termos, para adequar a linguagem usual, que, muitas vezes, ameaça o poder e a identidade dos pais. Historia Edward TEYBER, que “em 1991, os tribunais britânicos admitiram a força da linguagem na invalidação do papel dos genitores e eliminaram esses termos [“guarda”, “visita”, “guarda exclusiva” e até “guarda conjunta”] com conotação de valor. Em vez de mandados de guarda e visita, os tribunais britânicos estão atualmente usando termos mais neutros, e expedem “mandado de contato” e “mandado de residência.” **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**, p. 120.

privado da presença contínua do filho.<sup>58</sup>

A teor do que foi exposto, deduz-se, sem dúvida, que o direito de visita constitui um direito-dever, tendo por finalidade, não satisfazer direitos, desejos ou interesses dos genitores, senão amparar, em toda sua extensão, as necessidades afetivas e educativas dos filhos. Garantir uma adequada comunicação entre pais e filhos é cumprir com o propósito constitucional da proteger a família, surgida ou não do casamento, conforme artigo 226 da CF.

Embora sejam possíveis os mais variados arranjos ao pleno exercício da co-parentalidade, todos se assentam na continuidade do relacionamento entre genitor e filho e à não exposição do menor ao conflito parental. “Em tal contexto, a guarda conjunta serve para reequilibrar os direitos do genitor guardião assim como os do não-guardião, permitindo (a ambos) participar ativamente na educação da criança”.<sup>59</sup>

Outra das questões que pode apresentar-se diz respeito à responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores. É caso típico de dano causado por fato de terceiro. Em regra, são os pais solidariamente responsáveis por seus filhos menores que com eles convivam, como dispõe o artigo 1521, do Código Civil:

Art. 1521. São também responsáveis pela reparação civil:

I - Os pais, pelos filhos menores, que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

[...]

Na constância do casamento, ou da união estável, e nas separações de

<sup>58</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 221-223.

<sup>59</sup> Pratte, Marie. *La garde conjointe des enfants de familles désunies* apud LEITE, E. O., *ibidem*, p. 275.

fato, há uma presunção *juris tantum* de responsabilidade, que se relaciona intimamente com o exercício do pátrio poder, porque esse “dá ao pai e à mãe o direito e o dever de velar constantemente pelos filhos, enquanto são incapazes de dirigir suas ações e lhes estão submetidos na ordem civil, de prevenir-lhes as faltas, seja pela vigilância atual, seja principalmente pela educação intelectual e moral que estão incumbidos de lhes dar”.<sup>60</sup>

Se compete aos pais a educação e o dever de vigilância sobre os filhos menores, é lógico “presumir que os danos não sejam atribuíveis aos pais quando estes os vigiam devidamente, quando os bem-criam e educam. Haveremos de presumir o mais provável”.<sup>61</sup>

No entanto, no caso de separação judicial ou divórcio, com atribuição de guarda única, será responsável o que exerça a guarda exclusiva, por erro na educação ou falha no dever de vigilância, salvo se ao produzir-se o evento danoso o filho estivesse aos cuidados do outro genitor.

A vasta Doutrina e Jurisprudência a respeito dão o toque de importância deste tema. 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.<sup>62</sup> Essa solução parece atender a maioria dos casos, porque decorre da lei, através do artigo 1521, I (transcrito): “sob seu poder” e “em sua companhia”. Não só, mas

<sup>60</sup> Soudart. *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats* apud DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**, p. 150-151.

<sup>61</sup> Pontes de Miranda apud DIAS, J. A., *ibidem*, p. 151.

<sup>62</sup> Sobre os diversos pontos de vista, cf. DIAS, J. A., *ibidem*, p. 148-158. Pela responsabilidade de quem exerce a verdadeira vigilância, efetiva guarda física, inclina-se Sérgio Gischkow PEREIRA, **A guarda conjunta...**, p. 63.

também porque ao genitor guardião único cabe a verdadeira vigilância atual sobre o menor. “Nada mais natural”, diz José Antônio de Paula SANTOS NETO, “pois decorre da guarda o dever de vigilância do guardião em relação ao filho.” E conclui esse autor: “conseqüentemente, não poderá ser responsabilizado o genitor que, embora conservando o pátrio poder, não exerça a guarda”.<sup>63</sup>

Se o menor é impúbere, absolutamente incapaz, previsto no artigo 5º, I - CC, a presunção de quebra do dever de vigilância pelo genitor guardião é absoluta e sua responsabilidade será objetiva, com exclusão, apenas, no caso de força maior e caso fortuito. Se o menor é púbere, relativamente incapaz, conforme artigo 6º, I - CC, a presunção de quebra do dever de vigilância cede à prova de que os genitores agiram como bons pais, vigilantes, em nada concorrendo para a atitude do filho. É a própria lei que reconhece a esse menor uma certa dose de autonomia; por isso é assistido, não representado, pelos pais. Tanto que, para distinguir as situações, o Código Civil disciplinou:

Art. 156. O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.

Então, só serão os pais guardiães responsáveis solidariamente se provada a culpa *in vigilando* deles, já que o menor, a teor desse dispositivo, é pessoalmente responsável.<sup>64</sup>

No Projeto de Código Civil, inexistente regra similar e a distinção quanto à extensão da vigilância que se exerce sobre os menores impúberes e púberes desaparece a teor do artigo 935:

Art. 935. As pessoas indicadas nos ns. I a III do artigo antecedente [pais; tutor e curador; empregador], ainda que não haja culpa de sua parte, responderão

<sup>63</sup> SANTOS NETO, J. A. P. **Do pátrio poder**, p. 180.

<sup>64</sup> Ver, mais amplamente, sobre a obrigação de indenizar os danos cometidos por menores, J. Virgílio Castelo Branco ROCHA, **O pátrio poder**, p. 156-160.

pelos atos praticados pelos terceiros [filhos; pupilos e curatelados; empregados] ali referidos.

Tratando-se, porém, de guarda compartilhada, pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que “as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre esta presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa, recai sobre ambos os genitores”, como já se referira Eduardo de Oliveira LEITE.<sup>65</sup>

## 2.5 FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

A questão da guarda de menores, ressentida do pouco trato técnico-jurídico, transborda em problemas psico-emocionais. Ela é um estágio no ciclo da vida familiar, uma circunstância descontínua desse, precedida por uma crise e seguida de mudanças estruturais com a exclusão de um membro. A partir da ruptura conjugal, é unânime isto, os filhos passam a um plano secundário, servindo de objeto de disputa<sup>66</sup> entre os ex-cônjuges. Sobram aí profundas questões psicológicas, que, com informações sobre a preservação, a perpetuação e a transmissão de padrões, ajudam no desenvolvimento da família pós-divórcio, como um todo, propiciando uma reassociação entre o casal conjugal e parental.

Nos processos de família lidamos com pessoas e a singularidade de cada

<sup>65</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 277.

<sup>66</sup> Ver nosso artigo “Não faça de seu filho uma arma”, publicado no caderno Direito e Justiça, *Jornal O Estado do Paraná*, Curitiba, 3 maio 1998. Também *Síntese Jornal*, Porto Alegre, maio 1998.

um de seus membros não pode ser ignorada. Faz-se, assim, necessário, um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações sociais e familiares.

Nesta perspectiva, o Direito não pode prescindir do conjunto de conhecimentos oferecidos por outras ciências, para bem dispor sobre um equilibrado relacionamento quer entre os ex-cônjuges, quer entre esses e seus filhos. E esses conhecimentos são particularmente relevantes quando se considera a escalada das desuniões e todas as questões relativas à reorganização familiar, dentre elas a guarda de filhos.

A complexa situação dos filhos que, de repente (normalmente sem pré-aviso), são privados do relacionamento com seus dois pais, exigiu que se pensasse rapidamente na questão da guarda e suas conseqüências. Logo ouviram-se as manifestações de diversos profissionais, médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos,<sup>67</sup> todos preocupados em minimizar os nefastos efeitos da saída de um dos pais da vida diária dos filhos, uma vez que a paternidade e a maternidade são, indiscutivelmente, realidades bio-psico-social.

A alta freqüência do divórcio passou a ser uma possibilidade previsível, contemporaneamente considerada normal na vida familiar. É um evento grupal, que exige uma reestruturação dos relacionamentos vigentes, reajustados, agora, às demandas das famílias monoparentais. Um lar, onde conviviam pai, mãe e filhos, depois do divórcio biparte-se: mãe e crianças, de um lado; pai, que passa a visitar os filhos com uma freqüência que oscila entre o muito presente e regular ao desaparecimento total, de outro.

Todos os personagens envolvidos experimentam uma transição dolorosa.

<sup>67</sup> FERREIRA, Verônica A. M. Cezar. Da pertinência da interdisciplinaridade nas questões de família. In: NAZARETH, Eliana Riberti [Coord.]. **Direito de família e ciências humanas**. p. 165-176.

Cônjuges que não são capazes de vencer suas dificuldades. Filhos que reagem com raiva, medo, depressão ou culpa. Sob todos os ângulos, o divórcio provoca uma significativa desarrumação familiar. Suas fontes são variadas. Quando (e lamentavelmente), as funções de seus integrantes subvertem-se, quando conflitivas as relações conjugais - arena de intermináveis embates judiciais - , quando as relações intrafamiliares não mais correspondem ao projeto idealizado,<sup>68</sup> quando o amor não mais compensa as frustrações, quando há mais prejuízos que benefícios, restando destruído o equilíbrio sócio-afetivo,<sup>69</sup> deixa de existir a família, comprometendo os futuros projetos conjugais e parentais que dela se esperavam.

Para as crianças, o divórcio apresenta um aspecto positivo e outro negativo. O aspecto positivo é a redução do conflito parental. O aspecto negativo é a diminuição da disponibilidade de relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família e, conseqüentemente, de ser por ele (ou ela) abandonada. Esses efeitos, ligados à exclusão de um dos genitores e não ao divórcio, fazem a criança experimentar sentimentos de rejeição e baixa auto-estima.

Na medida em que a guarda é sistematicamente deferida à mãe, os pais tomam-se progressivamente menos disponíveis a seus filhos. Na medida inversa, quando se compartilham as responsabilidades parentais e os pais aprendem a ser pais durante o relacionamento com seus filhos, os resultados são altamente

<sup>68</sup> Sobre a importância dos aspectos inconscientes dos protagonistas nas situações de separação e a relevância do trabalho interdisciplinar, ver o trabalho da psicóloga e psicanalista Angela OLIVEIRA. Aspectos psicológicos relacionados à situação de separação de casal. In: NAZARETH, Eliana Riberti [Coord.]. **Direito de família e ciências humanas**. p. 47-56.

<sup>69</sup> Sobre "O papel jurídico do afeto nas relações de família", vide Silvana Maria CARBONERA. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. p. 273-313.

positivos para toda a família, mesmo após o divórcio.

Hoje é imperioso pesquisar maneiras de garantir um relacionamento harmonioso da co-parentalidade e que minimizem as perturbações psico-emocionais que emergem do divórcio. Bem compreender o processo relacional dos sujeitos envolvidos, nos ambientes social e familiar que vivenciaram e as transformações que se operaram em suas individualidades é tarefa de que deve se ocupar a pesquisa social.

A pesquisa social não foi contemplada no Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê nos artigos 161 § 1º, 162 § 1º, 167, 168 e 186 § 4º, a intervenção de equipe interprofissional sempre que necessário, com esta competência:

Art. 151/ Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

É através do estudo procedido pela equipe interprofissional,<sup>70</sup> que o juiz coleta elementos informativos para a determinação do melhor interesse do menor e, conseqüentemente, para a outorga da guarda àquele que for mais adequado às necessidades da criança. Assim, não haverá genitor perdedor no pleito judicial sobre guarda. Haverá, sim, um só ganhador, a criança, que recebeu a melhor solução de guarda para ela.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Sobre um modelo de metodologia psicanalítica para a elaboração de perícia psicológica, vide A perícia psicológica na vara de família e sucessões : proposta para uma metodologia psicanalítica, Cláudia Amaral Mello SUANNES. In: NAZARETH, Eliana Riberti [Coord.]. **Direito de família e ciências humanas**. p. 59-69.

<sup>71</sup> As psicólogas e psicanalistas Eliane Michelini MARRACCINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA, oferecem-nos importante estudo interdisciplinar na determinação da "Guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas". Em outro estudo, Maria Antonieta Pisano MOTTA, apresenta-nos diretrizes básicas para a condução adequada das partes e para que seja

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procura amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação. Esse, resumem Judith S. WALLERSTEIN e Sandra BLAKESLEE, é o “principal argumento psicológico para a dupla custódia”.<sup>72</sup>

É importantíssimo que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divórcio suscita na criança: o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhes permite discutir os detalhes diários da vida dos filhos, como pressuposto do novo modelo.

A co-educação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade. “Para algumas pessoas”, lamenta Maria Tereza MALDONADO, “é difícil entender que a relação conjugal terminou, mas a função parental permanece”,<sup>73</sup> e parece ser justamente a capacidade de estabelecer esta

tomada a decisão mais justa, tendo em conta o interesse da criança *in Diretrizes psicológicas ...*, p. 197- 213.

<sup>72</sup> WALLERSTEIN, J. S. ; BLAKESLEE, S. **Sonhos e realidade no divórcio** : marido, mulher e filhos dez anos depois, p. 343.

<sup>73</sup> MALDONADO, M. T. **Casamento** : término e reconstrução, p. 214.

diferença, entre os papéis maritais e parentais, o grande facilitador do ajustamento familiar como um todo.

Quando os pais são capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade, a complexa situação dos filhos instaurada pelo divórcio encontra resposta na guarda compartilhada. Entretanto, adverte Edward TEYBER, “não há nenhuma panacéia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias - principalmente no caso de pais em conflito”.<sup>74</sup>

As vantagens e as desvantagens deste modelo é o que veremos do capítulo seguinte.

<sup>74</sup> TEYBER, E. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*, p. 119.

### 3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO

#### 3.1 MUDANÇAS E DEMANDAS DE MODERNIZAÇÃO

O advogado Felipe Paiva, de 40 anos, provoca risos em suas secretárias quando recebe recados urgentes de que a máquina de lavar roupas quebrou ou o chocolate em pó acabou. A “piada” aumenta quando ele larga às pressas reuniões importantes para resolver problemas das três crianças:

Quando me perguntam, gosto de dizer que estou saindo afobado por causa das crianças e de ver que me olham como se eu fosse uma ‘perua’. Outro dia, a máquina de lavar roupa quebrou. Era uma sexta-feira e na segunda-feira recomçavam as aulas. Os uniformes estavam sujos e tive que providenciar o conserto urgente.

Para Tony Belotto, guitarrista dos Titãs e autor do recém-lançado romance policial “Belline e a esfinge”, a paternidade não tem muitos mistérios. Ele tem três filhos, dois com a atriz Malu Mader, sua mulher:

- Um pai legal é alguém presente, que está ao lado dos filhos nos bons e nos maus momentos. Alguém que mesmo sem saber respostas exatas está sempre de mãos estendidas e braços abertos para os filhos. Não me importo com esse papo de funções de pai. O importante é amar e passar um exemplo de dignidade e respeito. O resto é conversa, muita conversa.

Nossos personagens reais, Felipe e Tony, são *pães*, misto de pais e mães no cuidado dos filhos. Os *pães*, porém, são minoria na sociedade brasileira: em apenas 15% dos casos de divórcio os filhos moram com os pais, segundo o IBGE.<sup>2</sup> Os outros 85% ficam com as mães, embora cresça a cada dia o número de pais, divorciados ou não, que participam intensamente no cotidiano dos filhos.

<sup>1</sup> Estes relatos constam da matéria jornalística “Pelo direito de ser um pai total - psicólogos criticam legislação que reduz divorciados a simples pagadores de pensão”, publicada no Caderno Bom Domingo, do jornal **O Estado do Paraná**, Curitiba, 16 ago.1998.

<sup>2</sup> Dado fornecido pela matéria referida em a nota anterior. Na União Européia, 23% das famílias do Reino Unido é constituída de um pai só; na Finlândia, 17%; na França, 15%; na Alemanha, 13%. **Folha de São Paulo** - Folhamundo, 1º Caderno, p. 10, 11.02.99 (Fonte: “The Independent”).

A legislação e a maioria dos julgados reduzem a figura paterna a um mero visitante sazonal e se esquecem do direito da criança de ter um pai presente, confundindo-o com a figura do cônjuge. As visitas, freqüentemente, são motivo de disputas entre os pais, provocando uma diminuição de disponibilidade dos pais para com seus filhos, que acabam, ante às dificuldades encontradas, desaparecendo.

Os relatos acima bem ilustram as mudanças nos papéis e funções parentais, uma vez que a família própria entrou em transição. Assistimos neste século profundas mudanças de paradigmas no que concerne, pontualmente, à proteção da infância e da juventude, destinatárias de inúmeros documentos internacionais. Discorrendo sobre a perspectiva histórica da família americana, Edward TEYBER nos diz que:

os registros estatísticos e materiais de arquivo dos séculos XVIII e XIX mostram que o conflito e a instabilidade da família não são características modernas. Até onde remontam esses registros, há indícios inequívocos de que a vida familiar era cheia de conflitos e tensões, sujeita a dramáticas flutuações, e muito diversificada. Idealizar a família do passado como um refúgio seguro é um romântico erro de percepção.

E continua esse autor:

Essas descobertas não significam que não tenham ocorrido profundas mudanças na vida familiar e no tecido social. A urbanização e a industrialização do século XX, a entrada das mulheres no mercado de trabalho durante a Segunda Guerra e depois dela e o controle da fertilidade pela contracepção nos anos 60 contribuíram, em conjunto, para a guinada dos <sup>3</sup> papéis, nas responsabilidades e nos poderes decisórios tradicionais na família.

Foram mudanças ideológicas, no sentido de um ideal igualitário, conforme os artigos 5º, I e 226, parágrafo 5º da CF, e estruturais, protagonizadas principalmente pelo divórcio. Nesse contexto: quem cuidará das crianças?

<sup>3</sup> TEYBER, E. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*, p. 13.

As tradicionais figuras da *mãe dona-de-casa* e do *pai provedor*, marcadamente presentes até a primeira metade deste século, não mais se reconhece. A escalada feminina no mercado de trabalho, seu direito à escolha individual, à construção de sua própria história, para além das funções maternas, fez crescer, em paralelo, a figura do pai afetuoso e do companheiro amoroso, profundamente envolvido com a vida diária da família e a criação dos filhos. Assim é que nos casais contemporâneos as funções parentais estão mais equilibradas, distribuídas eqüitativamente entre os dois genitores, que dividem e compartilham entre si os deveres da educação e da manutenção da prole.

Se o modelo contemporâneo de família, e suas relações intra-pessoais, é hoje diferente do precedente, modificado pelas transformações econômicas, políticas, culturais e sociais operadas, torna-se demais evidente a necessidade de se considerar, também, um modelo diferente para o cuidado dos filhos quando profundas mudanças estruturais incidem sobre a família.

E a própria Constituição Federal encarrega-se de apontar para esse novo modelo, quando define ambos os pais como devedores aos filhos de assistência, criação e educação:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...].

Em verdade, o texto acima reafirma a idéia já contida no artigo 231 do Código Civil:

São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos

com raízes no Digesto, lembrado esse dever dos cônjuges com relação à educação dos filhos como uma das justificativas para a proibição de doações entre cônjuges. A falta de moderação dessas doações não só provocaria uma

espoliação recíproca entre os cônjuges mas prejudicaria o atendimento preferencial à educação dos filhos.<sup>4</sup>

O princípio que emana do texto constitucional possibilita a presença em nosso ordenamento de sistemas flexíveis de guarda, inclusive a compartilhada. Ao mesmo tempo em que privilegia um comportamento parental igualitário, procura conter a evasão da paternidade, justificada na crença de que a função paternal é limitada ao cuidado indireto do *pai provedor*.

Deste modo, salta aos olhos a clara opção do legislador constituinte por um modelo de relacionamento familiar que envolva e responsabilize ambos os pais, na mesma medida e na mesma intensidade, nos cuidados dos filhos. E, quando os pais sentem-se eficientes em sua capacidade de trocar afeto com seus filhos, saberão manter esse envolvimento após o divórcio.

A continuidade das relações paterno e materno-filiais, ou seja, a manutenção do vínculo co-parental após o divórcio, a proteção dos filhos dos conflitos parentais e o respeito ao direito desses de manterem uma adequada comunicação com ambos os genitores, mais do que quem fica com eles, são os melhores prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer ao desenvolvimento da personalidade do menor, “o que corresponde”, dizem José LAMARTINE e Francisco MUNIZ, “a necessidades psicológicas dos pais e a um profundo enriquecimento de suas vidas”.<sup>5</sup> Isso porque “o vínculo parental não é uma via de mão única; os pais também formam um vínculo com as criancinhas. São o sentimento mais intenso e significativo que os pais experimentam na

<sup>4</sup>D. 24.1.2.: [...] *ne cesset eis studium liberos potius educendi* (e para que não cesse neles [nos cônjuges] a preocupação preferencial pela educação dos filhos), cf. GIORDANI, M. C. **Código civil à luz do direito romano** : direito de família, p. 86-88.

<sup>5</sup> MUNIZ, F. F. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. p. 81.

vida.”, afirma Edward TEYBER.<sup>6</sup>

Como prognóstico, porém, a que se expõe qualquer modelo de guarda (relembre-se de sua modificabilidade: “Em Direito de Família, porém, nada mais relativo e unilateral que regras rígidas sobre a guarda de filhos”),<sup>7</sup> expõe-se a guarda compartilhada a prós e contras, como veremos a seguir.

### 3.2 VANTAGENS DESTE NOVO MODELO DE GUARDA

A guarda compartilhada faz um corte epistemológico nos sistemas vigentes - guarda única, guarda alternada, guarda dividida -, para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas, e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas,<sup>8</sup> sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores.

O pai (ou mãe) periférico - aquele que não detém a guarda -, o dos encontros esporádicos, matematicamente marcados no calendário, é um sério candidato à evasão da paternidade e, de conseqüência, a tomar-se um *pai*

<sup>6</sup> TEYBER, E. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*, p. 36.

<sup>7</sup> RIZZARDO, A. Separação e divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. p. 332.

<sup>8</sup> Indagada se “haveria idades em que seria preferível, mesmo persistindo cada caso como um caso particular, confiar preferencialmente a criança à mãe ou ao pai?”, Françoise DOLTO afirmou: “A situação triangular é sempre preferível para a criança.” **Quando os pais se separam**, p. 46. Esta relação triangular é descrita por Jacques LACAN, desde os lugares que ocupam pai, mãe e filho, o que permite a estruturação psíquica do sujeito no grupo social. **Os complexos familiares, passim**.

*fantasma* no cotidiano de seu filho. A família contemporânea, que repulsa o modelo excessivamente rígido do século passado, é o centro (aglutinador e irradiador) do afeto entre seus membros, e, obviamente, entre pais e filhos.

Por isso, muitos países erigiram a guarda compartilhada ao nível de princípio geral (excepcionalmente é aplicada a guarda única), com o fim de reequilibrar as relações entre pais e filhos, à sombra do princípio da isonomia conjugal, que remete a igual princípio no exercício da parentalidade. Por outro lado, a convenção pertinente aos direitos da criança obriga os Estados ao respeito do direito do menor, que está separado de um ou de ambos os pais, de manter relações pessoais e contato direto com ambos de modo regular.<sup>9</sup>

Entre nós, a questão aguarda adequado tratamento legislativo, enquanto se constrói uma Doutrina (tímida ainda) a seu respeito, com alguma resposta nos Tribunais. No Direito alienígena, como vimos, a guarda compartilhada se apresenta coberta pela legislação: em alguns Estados, como preferencial; em outros, como séria opção; em outros mais, como modelo básico, a exemplo da Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, Argentina, Suécia, Estados Unidos, Dinamarca e França.

Na Doutrina, vozes há que, veementemente, já afirmaram o valor do novo modelo e sua importância para o menor de manter uma relação ativa e permanente com cada um de seus genitores.<sup>10</sup> Por certo, a maioria e os mais

<sup>9</sup> Convenção sobre os direitos da criança. Art. 9, par. 3: "Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança." Brasil. Dec. n. 99.710, de 21 de novembro 1990. *Diário Oficial da União-I*, Brasília, p. 22256 e ss, 21 nov. 1990).

<sup>10</sup> Ao longo deste trabalho referimos, repetidamente, aos estudos científicos, *ad exemplum*, de Eduardo de Oliveira Leite, Sérgio Gischkow Pereira, Armando Leandro, Jorge Augusto Pais do Amaral, no campo do Direito, e a Sérgio Eduardo Nick, Maria Antonieta Pisano Motta, Eliane Riberti Nazareth, Françoise Dolto, Judith S. Wallerstein, Sandra Blakeslee, Edward Teyber, no campo da psicologia e da psiquiatria.

completos estudos sobre o assunto encontram-se nos Estados Unidos.

No nível jurisprudencial, que vem garantindo a manutenção dos vínculos parentais, aplicando a cada caso concreto a melhor solução, a guarda compartilhada desenvolve-se em eco ao sufrágio universal do melhor interesse do menor, como critério fundante da atribuição da guarda.

Em regra, como vimos, o menor é confiado à guarda de um só dos pais. É a guarda única. A par desse modelo, é largamente utilizada a guarda alternada e, modernamente, a guarda compartilhada. Qualquer modelo, entretanto, apresenta vantagens e desvantagens.

Embora os estudos científicos não sejam, ainda, conclusivos (e se desenvolvem por mais de 20 anos), podemos, seguramente, alinhar algumas das vantagens deste novo modelo de guarda.

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva).

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

No contexto da guarda compartilhada, norteado pela continuidade das relações pais-filhos e a não exposição do menor aos (devastadores) conflitos

parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tomando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.

A maior cooperação entre os pais provocada pela guarda compartilhada afasta a possibilidade de obtenção da clássica guarda única por um dos genitores, no caso de insucesso do modelo, que impõe ao não guardador um afastamento e aviva um sentimento de fracasso. Decorrente daí, menos lhe parece evidente cumprir a obrigação alimentar e o dever de visita, aumentando a distância entre pais e filhos e o risco de perder a intimidade e a ligação potencial, a tristeza, a frustração e a depressão.

A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade - a necessidade de escolher entre seus dois pais. “Os filhos querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro.”, ressalta Edward TEYBER.<sup>11</sup> Cooptados à verdade de cada qual dos genitores, repetirão o discurso do pai quando na companhia desse e o da mãe em igual situação, aumentando o conflito. A guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar. Françoise DOLTO já advertia que “a criança deve sempre ser ouvida - o que de modo algum implica que, depois disso, se deva fazer o que ela pede”.<sup>12</sup>

Entre nós, ouvir-se a criança é uma exceção.<sup>13</sup> Os juizes, entretanto,

<sup>11</sup> TEYBER, E. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*, p. 147.

<sup>12</sup> DOLTO, F. *Quando os pais se separam*, p. 134.

<sup>13</sup> Sobre a opinião do menor, vide acima, Parte I, Cap. 2, n. 2.4.1. Julgando Agravo de Instrumento em Ação de Modificação de Guarda proposta por mãe não guardiã, para regularizar a guarda de fato de um dos três filhos sob a guarda paterna, na qual obteve

costumam sentir a opinião do menor, sem exigir que faça escolha, pois “seria uma escolha muito dolorosa, para a criança, perguntar a ela com quem gostaria de morar. Os filhos não querem responder a esta pergunta, porque sabem que escolhendo o pai ou a mãe o outro sempre ficará magoado”.<sup>14</sup>

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

As pesquisadoras Judith S. Wallerstein e Joan Berlin Kelly, publicaram em 1980 o resultado de uma pesquisa iniciada em 1971, realizada com sessenta casais, que passaram pelo divórcio e viram, exatamente, como a ruptura conjugal afeta e vida futura do homem, da mulher e dos filhos. O resultado desse trabalho, que produziu efeitos consideráveis sobre a nova forma de família, especialmente sobre os efeitos do divórcio em relação aos filhos, foi expresso no livro *Surviving the breakup: how children and parents cope with divorce*. Eduardo de Oliveira LEITE anota que esses estudos validaram a nova forma de guarda, ao revelarem

a importância para o menor de uma relação contínua com cada um dos genitores (e não, prioritariamente com a mãe, como sempre se afirmara). São Wallerstein e Kelly que afirmam, pela primeira vez, que 2/3 (dois terços) das crianças entrevistadas, oriundas de famílias monoparentais, lamentavam a ausência do genitor não-guardião (pai, no caso); que existe uma correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência de 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.

Pode-se imaginar, - continua esse autor na análise do trabalho das pesquisadoras americanas -, os efeitos de um estudo desta natureza sobre um

liminar, o TJPR anotou: “Por isso, seria recomendável que o douto Juízo singular, antes mesmo de, liminarmente, acolher o pedido da Agravada, ouvisse as outras duas filhas do casal - que convivem com o irmão e podem aquilatar os benefícios (ou restrições, quem sabe) da permanência com a genitora - e, depois, auscultasse o próprio F. [o menor de 7 anos, sob a guarda de fato da mãe e a ela entregue espontaneamente pelo pai], sobre preferir a companhia da mãe à do pai - com o aconselhamento da equipe interprofissional da Vara de Família.” AI 00775006-3, DJE, Curitiba, p. 15, 2 fev. 1999.

<sup>14</sup> MAYRINK, J. M. *Filhos do divórcio*, p. 94.

instituto que, até então, privilegiara, sem questionar, a guarda materna. Uma conclusão se impunha: “Ao todo, nossas descobertas apontam que o contínuo relacionamento da criança com o pai e a mãe durante os anos que se seguem ao divórcio, através de um acordo permitindo que cada um seja responsável e genuinamente participante em<sub>15</sub> relação ao bem-estar dos filhos” sempre se manifestou altamente positivo.

Resulta disto que, sem participar das decisões importantes da vida dos filhos, os pais que não convivem com os filhos deles se afastam. “Este afastamento foi sentido pelos filhos como rejeição e sobre eles teve um impacto prejudicial”.<sup>16</sup>

Judith S. WALLERSTEIN repetiu esta pesquisa um, cinco e dez anos depois do divórcio, com 56 dos sessenta casais da pesquisa originária, juntamente com a escritora especialista em assuntos médicos e científicos, Sandra BLAKESLEE, cujos resultados não contrariam as observações precedentes. Reconhecem estas autoras, que muitas informações ainda são vagas e aguardam uma análise sistemática, embora tenham visto algumas alterações e mudanças fascinantes.

Relatam que nos Estados Unidos há um movimento crescente para tornar a guarda compartilhada uma política comum em toda a Nação. Seu crescimento foi tão rápido que ainda não puderam determinar o significado desse novo tipo de família para homens, mulheres e crianças. Mostram que, indubitavelmente, as boas relações entre pais e filhos podem ter uma importância decisiva no bem estar psicológico e na auto-estima dos filhos do divórcio; que, particularmente, os adolescentes são vulneráveis quando privados do relacionamento com o pai; que há um crescimento do intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher

<sup>15</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 281-282.

<sup>16</sup> Wallerstein, Judith e Kelly, Joan Berlin. *Surviving the breakup* apud LEITE, E. O., *ibidem*, p. 282.

tanto no trabalho como na família; que a guarda compartilhada incentiva compromissos tácitos relativos à pensão dos filhos.

Observam, ainda, que há um número cada vez maior de homens que deseja continuar envolvido na vida dos filhos, mostrando menor disposição de conceder a guarda à ex-esposa. Por outro lado, há um número cada vez maior de mulheres que deseja seguir ou retomar suas carreiras juntamente com a criação dos filhos, recebendo muito bem a oportunidade oferecida pelo acordo de guarda compartilhada. Por ela os pais podem ajustar seus horários de trabalho.

A guarda compartilhada, descobriram as autores de que falamos, desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais. Reforçam-se, assim, mutuamente como pais, significando para eles, apesar de separados, continuar a exercer em conjunto o poder parental, como faziam na constância do casamento.

Concluem estas autoras que a guarda compartilhada produzirá na criança efeitos psicológicos positivos a longo prazo.<sup>17</sup>

Segundo J. A. Arditti, referido por Sérgio Eduardo NICK, as principais vantagens da guarda compartilhada, nos passos dos resultados obtidos pelas pesquisadoras antes resumidas, são:

ela promove um maior contato com ambos os pais após o divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles (Greif, 1979); o envolvimento do pai no cuidado aos filhos após o divórcio é facilitado (Bowman & Ahrons, 1985); e as mães são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos de vida (Rothberg, 1983).<sup>18</sup>

<sup>17</sup> WALLERSTEIN, J. S. ; BLAKESLEE, S. **Sonhos e realidade no divórcio** : marido, mulher e filhos dez anos depois, *passim*.

<sup>18</sup> J. A. Arditti. *Differences between fathers with joint custody and noncustodial fathers* apud NICK, S. E. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente [Org.]. **A nova família** : problemas e

Na mesma linha de observações, a pesquisa de Ricardo OPPENHEIN e Suzana SZYLOWICKI, desde a perspectiva dos pais e dos filhos:

PAIS	FILHOS
a) Ambos os pais se mantêm guardadores;	a) Convivência igualitária com cada um dos pais;
b) qualificação na aptidão de cada um deles;	b) inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais;
c) equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional;	c) não há pais periféricos;
d) compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho;	d) maior comunicação;
e) maior cooperação.	e) menos problemas de lealdades;
	f) bom modelo de relações parentais. <sup>19</sup>

Também em relação aos pais a guarda compartilhada oferece vantagens. Além de proporcionar-lhes tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. A guarda compartilhada, como acima resumido por J. A. Arditti, oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional, social e psicológica. As estatísticas comprovam que somente 25% das mães com guarda única constituem novas famílias, enquanto que 45% delas do grupo da guarda compartilhada formam novas uniões.<sup>20</sup>

Interessante notar, como observou Jorge Augusto Pais de AMARAL, que: a guarda única pode transformar-se em guarda conjunta de *facto* [grifo nosso], perspectivas. p. 137.

<sup>19</sup> OPPENHEIN, R. ; SZYLOWICKI, S. Partir o compartir la tenencia. Es posible compartir lá tenencia de los hijos en caso de divorcio? **Derecho de familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia**, v. 5, p. 77-78.

<sup>20</sup> Dontigny, *Parents pour la vie apud* LEITE, E. O. **Familias monoparentais**, p. 285.

desde que cada um dos progenitores proporcione ao outro um contacto muito frequente com o filho e ambos procurem que as questões que a este dizem respeito sejam por eles decididas em conjunto. Em suma, se houver acordo dos pais, pode existir, de facto, a guarda conjunta, sem necessidade de intervenção do tribunal.<sup>21</sup>

A guarda compartilhada reafirma a igualdade parental desejada pela Constituição Federal e pontua seu argumento fundamental nos melhores interesses da criança. Tal argumento, assegura Eduardo de Oliveira LEITE, é “válido e defensável, já que o interesse da criança é o critério determinante da atribuição da guarda”.<sup>22</sup>

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.

Evidentemente, não é solução acabada e perfeita, uma vez que nem a família original do menor está imune a erros, limitações e dificuldades. Nenhuma previsão sobre a efetividade de uma solução de guarda pode ser garantida de forma absoluta pelo juiz nem pelos profissionais que atuam no caso particular. Os pais também precisam saber que inexistem planos de cuidado parental que não tragam efeitos colaterais.

<sup>21</sup> AMARAL, J. A. P. de. *Do casamento ao divórcio*, p. 168-169.

<sup>22</sup> LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 281.

### 3.3 DESVANTAGENS DESTE NOVO MODELO DE GUARDA

Como acontece com qualquer outro modelo de guarda, a guarda compartilhada também é alvo de desfavores. Em regra, todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas adicionais, “o que funciona bem para uma família pode causar problemas em outra”, assegura Edward TEYBER.<sup>23</sup>

Esse mesmo autor reconhece que “a guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos.” Porém, adverte: “esse sistema tem sido freqüentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente”.<sup>24</sup>

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

No contexto da guarda compartilhada, legal (responsabilidade conjunta pelas decisões relativas aos filhos) e física (acordos de visita), os diferentes planos de acesso só terão sucesso, como se disse, se os pais proporcionarem aos filhos continuidade de relação sem exposição a lutas pelo poder. Os arranjos de tempo igual (semana, quinzena, mês, ano, casa dividida) também oferecem desvantagens ante o maior número de mudanças e menos uniformidade de vida

<sup>23</sup> TEYBER, E. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*, p. 119.

<sup>24</sup> TEYBER, E., *ibidem*, p. 120.

cotidiana dos filhos.

Jorge Adolfo MAZZINGHI, considera que a guarda compartilhada, assim, priva os filhos da necessária estabilidade, *“ya que no tienen su hogar en ningún lado al tenerlo en dos distintos”*.<sup>25</sup>

De igual modo pensa Segismundo GONTIJO, advogado militante no Direito de Família em Belo Horizonte:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias,[...] em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iôs-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela alguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc..

Num dos casos, litigou-se por mais de um ano sobre qual escola para o filho: se aquela onde a mãe o matriculou perto da sua casa ou a escolhida pelo pai, próxima da dele! Noutro, o Desembargador Bady Cury decidiu: “Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável”.<sup>26</sup>

A amarga crítica de Segismundo Gontijo ao modelo de compartilhamento da guarda, revela evidente erro de percepção. O que esse autor está a condenar, com certeza, é a guarda alternada, modelo diverso deste tema e que transforma os filhos menores em *iôs-iôs* (semana com um, semana com outro). Pelas razões que expõe, apoiadas em julgamentos que refere, resta condenada a própria guarda comum, a que naturalmente se exerce na família intacta, quando os filhos se submetem à autoridade do pai e da mãe simultânea e diariamente.

<sup>25</sup> MAZZINGHI, J. *Derecho de familia*, p. 294.

<sup>26</sup> GONTIJO, S. Guarda de filho. *COAD-ADV*, n. 44, p. 563-564.

Na mesma linha de oposição à guarda compartilhada, Eliana Riberti NAZARETH, contra-indica esse modelo

quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.<sup>27</sup>

A guarda compartilhada, ao contrário dessa preocupação da autora, tem como pressuposto uma residência fixa (única e não alternada) do menor, que gera para ele a estabilidade que o Direito e a Psicologia desejam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina.

Para Marta N. STILLERMAN, a causa da pouca aceitação da guarda compartilhada *“es que contraría el criterio de estabilidad que, según hemos destacado, tan necesario resulta para un buen desarrollo de los menores”*.<sup>28</sup>

No entanto, estas críticas à instabilidade, assegura Eduardo de Oliveira LEITE, não procedem “se atentarmos às nuances apresentadas pela nova fórmula (ao menos, aquelas decorrentes da Lei Malhuret, de 1987)”.<sup>29</sup> Estabelecida uma residência habitual, única, um centro de apoio, um ponto de referência (contínuo espacial), um lugar de cumprimento dos direitos e obrigações do menor, que não se altera quando passa um período com a mãe o outro com o pai (dependendo do arranjo escolhido), tal deslocamento não inibe a guarda compartilhada, já que não estabelece um sistema rígido de residência alternada, pois continua única.

<sup>27</sup> NAZARETH, E. R. Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: **Direito de família e ciências humanas**. p. 83.

<sup>28</sup> STILLERMAN, M. N. **Menores** : Tenencia. Régimen de visitas, p. 145.

<sup>29</sup> LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**, p. 285.

O risco de fluidez ambiental, que provocaria confusão na mente do menor, cede ao argumento de que a alternância é uma experiência enriquecedora para ele, porque o expõe à diversidade e o prepara melhor na lida com a vida no futuro.

O estudo de Judith S. WALLERSTEIN, já referido, revela que, em alguns casos, a guarda compartilhada reflete a falta de disposição dos pais em assumir a responsabilidade pelas crianças e constituir um compromisso; que as crianças sob dupla custódia não afastam o medo do abandono; que a transição entre dois lares pode facilmente reforçar a preocupação com a estabilidade e a confiabilidade de pessoas e lugares; que pode prender as crianças à uma relação destrutiva com pai violento ou inadequado; que expõe os filhos do divórcio a um impacto psicológico, potencial mas devastador: se e quando um pai resolver sair da dupla custódia; que a dupla custódia não minimiza o impacto negativo do divórcio sobre as crianças durante os primeiros anos depois do divórcio; enfim, que não há provas que a dupla custódia seja o melhor para todas as famílias, ou, até mesmo, para a maioria deles.<sup>30</sup>

O trabalho da autora mostra, entretanto, que as boas relações entre pais e filhos nos anos que se seguem ao divórcio, podem ter uma importância decisiva no bem-estar psicológico e na auto-estima dos filhos, que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos. Isso é o que verdadeiramente importa.

Sérgio Eduardo NICK, resenha as desvantagens da guarda compartilhada, ainda segundo J. A. Arditti:

elas se centram na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais (Goldstein, Freud e Solnit, 1979; Johnston, Kline e Tschann, 1989); na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como um

<sup>30</sup> WALLERSTEIN, J. S. ; BLAKESLEE, S. *Sonhos e realidade no divórcio*, *passim*.

meio para negociar menores valores de pensão alimentícia (Weitzman, 1985); e na viabilidade da guarda conjunta para famílias de classe sócio-econômica mais baixa (Richards e Goldenberg, 1985).<sup>31</sup>

É do mesmo estudo de Ricardo OPPENHEIN e Suzana SZYLOWICKI, acima citado, este extrato, sempre da perspectiva dos pais e dos filhos:

PAIS	FILHOS
a) Maiores custos (moradias apropriadas);	a) Adaptação a duas moradias;
b) permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar;	b) problemas práticos ou logísticos. <sup>32</sup>
c) constante adaptação;	
d) necessidade de um emprego flexível.	

Os prós e os contras que colhemos na Doutrina, como acima expostos, de forma alguma pretendem esgotar as circunstâncias que podem levar o juiz a decidir sobre a conveniência, ou não, da outorga da guarda compartilhada. As críticas que se fazem ao novo modelo, porém, não podem ser tidas como absolutas, quando se tem presente, inafastavelmente, que o interesse do menor (critério determinante de atribuição da guarda) não mais se prossegue com a guarda única.

Quando os pais, como repetidas vezes dissemos ao longo deste trabalho, privilegiam a continuidade da suas relações com as crianças e as protegem de seus conflitos parentais, há toda uma vantagem em atribuir efeitos jurídicos à atitude de cooperação dos pais, entusiasmando a ambos para compartilhar direitos e responsabilidades na proteção e na educação dos filhos.

<sup>31</sup> NICK, S. E. **Guarda compartilhada**, p. 137.

<sup>32</sup> OPPENHEIN, R. ; SZYLOWICKI, S. **Partir o compartir la tenencia**, p. 77-78.

Nesse viés, como uma viagem sem volta, a moldura da guarda compartilhada vai se determinando com a contribuição também da Jurisprudência, dando-se conta os Tribunais que a guarda exclusiva tende a tornar tênue a relação entre o genitor não-guardião e o filho, favorecendo a evasão da paternidade. É útil, então, reconhecer as sentenças judiciais, promover a importância da relação paterno/materno filial após o divórcio.

### 3.4 A JURISPRUDÊNCIA

Se o divórcio tornou-se uma situação tão freqüente, que pode ser entendida como uma transição “normal” no ciclo familiar, torna-se cada vez mais indispensável a realização de estudos que produzam informações que permitam às famílias sobreviverem mais ajustadamente ao desastre que provoca. E a escolha de quem ficará com as crianças passa a ser feita tendo como fundamento quem estiver em melhores condições. Os dois, talvez.

Animadas por essa possibilidade, tanto a lei como a Doutrina (como vimos acima) e a Jurisprudência (como veremos agora), aceitam, de forma quase unânime, que em caso de divórcio ambos os pais estão *a priori* habilitados à criação e educação de seus filhos.

Se se pretende uma unidade educativa para além do divórcio e “que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança” a guarda compartilhada “é, certamente, a solução a privilegiar”.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Caso *Droit de la famille-361 (1987)*. *RDF 1969 (CS)*, segundo Marie Pratte, *apud* LEITE, E. O. *Famílias monoparentais*, p. 268.

Com esses propósitos, torna-se relevante para os Tribunais determinar, primeiramente, que o modelo reúna condições que assegurem um razoável bem-estar aos menores. É louvável, nessa busca, a atitude de juízes que convocam as partes, ouvem os menores e recorrem à consulta interdisciplinar. De qualquer forma, porém, sempre será o juiz em sua dura solidão que decidirá o futuro de seus jurisdicionados. Nesse sentido decidiu a Sala F, da Câmara Nacional Civil de Buenos Aires, em fevereiro de 1991:

2. A solução como em todo conflito que envolve menores, deve estar presidida pelo propósito de assegurar, na maior medida possível, o bem-estar dos menores.

3. Manter a situação existente, na medida que não haja elementos para variá-la (a guarda havia sido outorgada judicialmente à mãe e o pai detinha a custódia) é uma solução que se adequa ao objetivo de perseguir o bem-estar dos menores.

4. Se bem que não é decisivo o critério e os desejos dos menores, já que o juiz deve avaliar o conjunto de circunstâncias que permeiam a causa, de modo algum pode desprezar esse desejo e essa opinião, máxime quando se trata de menores adultos, de 18 e 15 anos, respectivamente.<sup>34</sup>

Assim também decidiu o Tribunal de Montana (EUA), no caso “Lorenz v. Lorenz”, em 1990: “A guarda física conjunta e a residência das crianças deve ser distribuída de maneira igualitária entre ambos os progenitores, porém cada caso deve ser resolvido de acordo com suas próprias possibilidades, tendo sempre como principal consideração o melhor interesse do menor”.<sup>35</sup>

Mesmo quando a lei estabelece uma preferência pela guarda compartilhada, tem-se decidido, ao prestígio do princípio fundamental de

<sup>34</sup> Decisão e comentários. *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...*, v. 5, p. 129-137.

<sup>35</sup> *Revista Family Law Quarterly*, vol. XXV, n. 4, 1992. *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...*, v. 8, p. 172.

determinação da guarda, que não deve ser outorgada se não resulta no melhor interesse do menor: “Inclusive quando a lei estabelece uma preferência em relação à guarda conjunta, se decidiu que não deve ser outorgada quando não resulta no melhor interesse do menor”.<sup>36</sup>

Quando a lei francesa (lei Malhuret, de 1987) obriga o juiz a determinar a residência habitual do menor como seu centro de apoio e de referência, quiz condenar o sistema de guarda alternada. E a Jurisprudência confirma a vontade do legislador, como vemos em Jorge Adolfo MAZZINGHI, diretor do Instituto de Direito de Família da Universidade Católica Argentina, ao discorrer sobre *Tenencia compartida* em seu livro *Derecho de familia*:

Por regra geral sequer se recomenda um sistema de guarda alternada, em vista à dispersão do proceso de formação do menor que tal temperamento acarreta. A guarda alternada constitui um fator dissociante que impede a criação e formação do menor em um contexto primordialmente único que, por ele, favorece dito propósito transcendente. O natural para um menor é conviver com ambos os progenitores. Quando estes se separam a criança necessariamente deve viver com um, porquanto a guarda alternada pode afetar sua estabilidade emocional, já que a educação e formação de caráter requerem unidade de critério na direção.<sup>37</sup>

Anota Marta N. STILLERMAN, que

*iguales objeciones que respecto de la tenencia compartida se han hecho de la tenencia alternada que es una especie de aquélla. Tal lo que surge de lo resuelto por la Sala C de la 1a. CNCiv., el 3.12.64, en autos [...], en donde se dijo que '[...] comparto en lo fundamental la opinión del juez acerca de la idoneidad y condiciones de ambos padres para ejercer dicha tenencia; pero considero que no es aconsejable la alternada dispuesta en el fallo, que el asesor de menores de la cámara propicia por periodos iguales para aquéllos,*

<sup>36</sup> “Darnall v. Darnall”, Louisiana. *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...*, v. 11, p. 209.

<sup>37</sup> MAZZINGHI, J. A. *Derecho de familia*, p. 294-295. Manifesta-se esse autor contrário a “tenencia alternada, o compartida, según ahora suele llamársela”, admitindo-a, como viável, em situações particulares: “La tenencia de los hijos en forma compartida debe ser una solución excepcional, teniendo en cuenta que significa cometer a los hijos menores a dos regimenes de vida distintos y en forma alternativa, con posibles incidencias en sua educación y futura formación”. (Sala E).

*sólo conveniente a mi juicio en circunstancias especiales que aqui no ocurrem. Aconsejo en consecuencia, dada la edad y sexo de la menor, que la tenencia definitiva se acuerde a la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre, con quien su hija pasará la mitad de las vacaciones y otra mitad con la madre según fechas que se establezcan [...].*<sup>38</sup>

Quando cada um dos progenitores proporcione ao outro um contacto muito freqüente com o filho e ambos procurem que as questões que a esse dizem respeito sejam por eles decididas em conjunto, a guarda única transforma-se em guarda compartilhada de fato. Como advertiu Marta N. STILLERMAN, *“Debe tenerse presente que entre el establecimiento de un régimen de visitas muy amplio y la tenencia compartida es muy difícil marcar la diferencia”*.<sup>39</sup>

Um amplo regime de visitas concedido ao genitor não-guardião reveste virtualmente a qualidade da guarda compartilhada, sem necessidade de ser declarada pelo Tribunal, como reconheceu a Sala B, da Câmara Nacional Civil de Buenos Aires, em 22.11.89: *“Cuando en los hechos, el padre ve a sus hijos prácticamente todos los días, los tiene consigo dos veces por semana y los fines de semana se los han repartido exactamente por mitades con la madre de los mismos, más que tenencia a favor de un solo progenitor, es una tenencia compartida”*.<sup>40</sup>

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Montana (EUA): *“La corte le otorgó la custodia al padre debido a que el demostró mayor flexibilidad respecto de un amplio y frecuente régimen de visitas en favor de la madre”*.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> STILLERMAN, M. N. *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, p. 147.

<sup>39</sup> STILLERMAN, Marta N. *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, p. 145.

<sup>40</sup> MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia*, p. 295.

<sup>41</sup> MONTANA. *in re “Marriage of Wang”*. *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...*, v. 11, p. 209.

Em um caso em que a mãe biológica feceu depois de haver vivido cinco anos com seu novo esposo, o Tribunal considerou que resultava no melhor interesse do menor outorgar a guarda temporária ao padrastro com um regime de visitas amplo a favor do pai biológico.<sup>42</sup>

Sentença de Audiência Provincial, modificando julgado de Primeira Instância de Ciudad Real (Espanha), concedeu o direito a uma filha (16 anos) de eleger a forma e a circunstância do exercício do direito de visitas, sem que possam se opor à iniciativa da menor nem o pai nem a mãe. A teor do princípio *favor filii*, imperante no exercício do direito de visitas, este se deverá exercitar da forma mais conveniente e adequada aos interesses da menor, estabelecendo-se, assim, virtualmente, o regime de guarda compartilhada.<sup>43</sup>

Existem, entretanto, decisões que desaconselham a guarda compartilhada, como alternativa frente às estipulações tradicionais. Assim decidiu a Sala D, da Câmara Nacional Civil de Buenos Aires, em 31.8.82: “A atribuição da guarda ou custódia a um dos progenitores, pressupõe o fato de ter-se interrompido a convivência. A guarda compartilhada, pelo contrário, exige ineludivelmente essa convivência, pelo que resulta essencialmente incompatível com a situação dos pais divorciados”.<sup>44</sup>

Com efeito, não é a convivência dos ex-cônjuges que a guarda compartilhada prioriza, mas a que se posterga para além do divórcio entre pais e filhos. O objetivo que se persegue na guarda compartilhada é garantir que ambas as figuras paternas mantenham um contacto permanente com o menor,

<sup>42</sup> “Henderson v. Mabry”, Tennessee, 1992. **Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria...**, v. 9, p. 194.

<sup>43</sup> A. P. Ciudad Real (Sección 2a.), Sentença de 7.6.93, transcrita e comentada por Luis Zanón Masdeu, **Guarda y custodia de los hijos**, p. 270-280, 308.

<sup>44</sup> **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, v. 5, p. 78.

brindando-se um modelo de organização familiar que se assemelha a uma família intacta. Anotam José LAMARTINE e Francisco MUNIZ, que o “fato de marido e mulher residirem sob o mesmo teto não significa necessariamente que tenham vida em comum: pode ocorrer que, embora residindo na mesma casa, marido e mulher não mantenham a *convivência* conjugal”,<sup>45</sup> e nem por isso deixam de ter a guarda comum.

Em outro caso, decidiu a Sala G, da Câmara Nacional Civil de Buenos Aires, em 6.8.85:

Se ambos os genitores estão em condições de exercer a guarda, a mesma deve ser confiada a um deles, concedendo ao outro um amplo regime de visitas. Se bem que válido e plausível que nenhum dos pais queira desinteressar-se da guarda de seus filhos menores, o regime de guarda compartilhada - pactuado pelos pais - não consulta adequadamente os interesses dos mesmos. Uma das lamentáveis conseqüências do divórcio é justamente essa desmembração que se produz na guarda dos filhos, uma vez produzida requer a fixação de bases estáveis. A própria lei quiz que a guarda se outorgue a um dos cônjuges em forma exclusiva já que<sup>46</sup> conferi-la em forma compartilhada ou alternada não é uma solução conveniente.

Embora entendesse inadequado o estabelecimento da guarda compartilhada, mas concedendo um amplo direito de visitas ao genitor não-guardião, o Tribunal fixou virtualmente esse modelo, que, aliás, fora o escolhido pelos pais e que, no seu entender, contemplava tanto os seus como os interesses dos filhos, intentando a maior convivência possível.

O Tribunal de Nova Iorque negou validade ao regime de compartilhamento da guarda, quando os pais viviam em conflito, não os discriminando do adequado exercício da parentalidade: “A Corte resolveu que a guarda conjunta era inadequada devido a incapacidade demonstrada pelos pais

<sup>45</sup> OLIVEIRA, J. L. C. ; MUNIZ, F. J. F. **Direito de família** : direito matrimonial, p. 298.

<sup>46</sup> **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, v. 5, p. 78-79.

para resolver seus conflitos de uma maneira civilizada e madura”.<sup>47</sup>

Sentença do Tribunal de Apelação Civil de 5º Turno do Uruguai estima inconveniente o regime de guarda compartilhada, porquanto a educação e formação da personalidade do menor requerem unidade de critério na direção, que se desvirtua quando os menores passam continuamente de mão em mão ou quando as divergências que determinam a ruptura do vínculo conjugal, projetado temporalmente, impedem a formação do clima de harmonia, equilíbrio e moderação em cujo entorno se devem adotar as decisões que afetem o futuro do menor.

Oficiando no feito, o Ministério Público sustentou que

no existen razones suficientes para que la guarda jurídica no sea compartida por ambos cónyuges aún estando separados. La guarda material o mera tenencia es ejercida exclusivamente por la madre por el hecho de que la niña vive con ella, pero no por eso debe negarse la posibilidad de que el padre, aún cuando la vea sólo fines de semana, pueda controlar a la niña, ser ‘guía moral e intelectual’, corregir sus actos de inconducta y velar por ella.<sup>48</sup>

Na maioria dos Estados americanos a guarda compartilhada é o regime preferencial, como demonstram estes julgados:

A lei permite que o tribunal ordene a guarda compartilhada inobstante a objeção de algum dos progenitores, se existem evidências precisas que a

<sup>47</sup> “Davis v. Kostin”, New York. **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, v. 11, p. 209. Neste caso, trata-se de guarda de filho com Síndrome de Down.

<sup>48</sup> **Revista Uruguaya de Derecho de Familia**, v. 11, p. 41-47, anotada pela Dra. Calvo de Gross. Em seus comentários, relembra que “*La guarda corresponde a las relaciones paterno-filiais, de carater pessoal, emergentes de la patria potestad. Respecto de los padres corresponde, entre otras, la obligación de protección, de alimentar, de educar a los hijos, la de vigilar su conducta y corregirlos. Respecto de los hijos se integra, fundamentalmente, con el deber de honra y respecto, el de prestar los servicios propios de su edad, asi como el de no ausentarse del hogar paterno o de aquél en que sus padres lo han puesto sin autorización. La tenencia, también llamada guarda material, para distinguir conceptualmente de la anterior a la que suela denominársele guarda jurídica, se refiere exclusivamente a la inmediatez que tienen los padres para ejercer los derechos emergentes de la guarda.*”, observando ainda que “*Ultimamente se ha pretendido, ya por acuerdo de partes o por pedido de uno solo de los progenitores, que la tenencia se comparta entre ambos padres.*”, sem que se possa dizer, a priori, e absolutamente, que “*no es en si misma ni buena ni mala*”, como conclue Lee Salk em seu livro “*Para que los padres entiendan a sus hijos*”, que refere.

decisão é no interesse do menor (Ariz. Rev. Stat. 25-332). O julgamento de outro Estado, ao contrário, decidiu que o tribunal não pode conceder a guarda compartilhada contra a oposição da mãe. A lei criou uma presunção, sujeita a prova em contrário, de que a guarda compartilhada<sup>49</sup> é no melhor interesse do menor, porém sempre que houver acordo dos pais.

Um tribunal cumpre com o mandato de contemplar o melhor interesse do menor, se considera a guarda conjunta em primeiro lugar, antes que a guarda exclusiva de um dos progenitores, inclusive nos casos de divórcios difíceis. No pronunciamento se determina que, inclusive<sup>50</sup> nos casos de guarda compartilhada, sempre há um “guardador principal”.

O Tribunal de Apelações da Virgínia decidiu que a<sup>51</sup> guarda compartilhada pode ser outorgada inclusive quando os pais a objetem.

A guarda compartilhada funciona melhor quando ambos os pais vivem no mesmo bairro, ou ao menos na mesma cidade, na medida em que possam cooperar nas questões referentes a educação dos filhos.<sup>52</sup> Por outro lado, não é recomendada “*cuando el tribunal encuentra que han ocurrido hechos de violencia domestica, abuso marital o maltrato del niño*”.<sup>53</sup>

Na modificação do regime compartilhado por outro, que outorgue a guarda a um só dos genitores, decidiu o Tribunal de Montana, deve aplicar-se o parâmetro de “sério perigo”, em lugar do “melhor interesse do menor”.<sup>54</sup>

É ainda Marta N. STILLERMAN que nos oferece este julgado sobre uma

<sup>49</sup> “Thronson v. Thronson”, Utah. Revista *Family Law Quarterly*, vol. XXV, n. 4, 1992. **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, p. 172-173.

<sup>50</sup> “Chalupa v. Chaliupa”, Kentucky. Revista *Family Law Quarterly*, n. 4, inverno, 1993. **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, v. 9, p. 193.

<sup>51</sup> “Ford v. Ford”, 1992. Revista *Family Law Quarterly*, n. 4, inverno 1993. **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, v. 9, p. 193.

<sup>52</sup> “Mc Dougal v. Mc Dougal”, West Virginia. Revista *Family Law Quarterly*, n. 4, inverno 1993. **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, v. 9, p. 194.

<sup>53</sup> Revista *Family Law Quarterly*, vol. XXV, n. 4, 1992. **Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria...**, v. 8, p. 173.

<sup>54</sup> Revista *Family Law Quarterly*, n. 4, inverno 1993. **Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...**, v. 9, p. 194.

maior aceitação da possibilidade de que a guarda seja compartilhada, tal como o exercício do pátrio poder. Ressalta a decisão da Sala D, da Câmara Nacional Civil de Buenos Aires, em 21.11.95:

tal como lo destaca el Asesor de Menores de Cámara [...] frente a la ausencia de conflicto la formula que solicitan asegura un mejor resguardo de los roles paterno y materno que redundará en beneficio de los menores, colocando a ambos progenitores en un pie de igualdad evitando los tironeos que implica colocar a un de ellos como titular de la “custodia o tenencia” y al otro como beneficiario del “régimen de visitas” [...], el [...] tribunal no omite destacar la actitud de los progenitores, quienes, no obstante su falta de convivencia, han arribado a un convenio [...] donde no sólo se resuelve mantener el ejercicio compartido de la patria potestad, sino que, establece un régimen de visitas libre y amplio en favor del progenitor,<sup>55</sup> todo lo cual, según enseña la experiencia, es beneficioso para los hijos [...].

Preocupação constante dos Tribunais é que os filhos mantenham fortes vínculos com ambos os pais. Em um caso em que não eram boas as relações dos filhos com o pai, decidiu o Tribunal que a mãe fizesse “tudo o que esteja a seu alcance para criar na mente de seus filhos sentimentos de carinho para com o pai e para convence-los que o desejo dela é que eles queiram ao pai”, sem que tal determinação violasse a liberdade de expressão da mãe assegurada pela primeira emenda da Constituição americana. Nesse caso, sustenta o Tribunal “que a restrição à liberdade materna é admissível porque é essencial promover o interesse do Estado dirigido a assegurar relações familiares significativas e assegurar a proteção do direito do menor a ter comunicação com seu progenitor”.<sup>56</sup>

No mesmo sentido decidiu o Tribunal da Califórnia: “Um tribunal é prudente se outorga ao pai a guarda física de seu filho de cinco anos, baseado

<sup>55</sup> STILLERMAN, M. N. *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, p. 147.

<sup>56</sup> “Schutz v. Schutz”, Flórida. *Revista Family Law Quarterly*, vol. XXV, n. 4, 1992. *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...*, v. 8, p. 171.

nas evidências que demonstram que o progemnitor provavelmente promoverá o melhor crescimento intelectual, moral e social do menor e que permitirá que o filho tenha contato freqüente com o pai não-guardião, neste caso a mãe”.<sup>57</sup>

Quando o pai e a mãe se acham em iguais condições para que a guarda lhes seja outorgada, a guarda compartilhada pode ser muito dentro do pouco que restou deste matrimônio.

A Jurisprudência brasileira, por sua vez, é pontualmente tímida a respeito, oferecendo raros exemplos ao debate.

Nas duas últimas décadas (jan/78 a dez/97), períodos pós divórcio e Constituição Federal, no universo das decisões publicadas pela Revista dos Tribunais, repositório de Jurisprudência dos Tribunais do país, considerou-se, num primeiro momento, o aspecto quantitativo dos julgados mais próximos ao tema sob exame. Ali encontramos: a) guarda única à mãe, 19 julgados e ao pai 12; b) guarda aos avós, 9 decisões; c) guarda a terceiros (parentes ou estranhos), 9; d) guarda a instituições, 1; e) guarda para fins previdenciários, 2 a favor e 2 contra.

Num segundo momento, procuramos identificar as decisões que tendem ao debate do tema. Ei-las:

**SENTENÇA** - Decisão *ultra petita* - Inocorrência - Guarda de filho menor - Imposição de regras de visitação mais restritas do que as expressas na petição inicial - Interesse do menor que deve prevalecer.

Ementa Oficial: Não há que se falar em sentença *ultra petita*, quando a decisão se limitar a impor regras de visitação mais restritivas do que aquelas expressas na petição inicial, procurando o magistrado, dentro do seu prudente arbítrio, organizar de forma criteriosa o direito de visita, para melhor atender aos interesses dos menores.

**MENOR** - Guarda - Pais separados - Custódia alternada semanalmente - Inconveniência - Permanência sob o guarda da mãe - Direito de visita do pai.

Ementa Oficial: É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente

<sup>57</sup> “Catherine D. v. Dennis B.”, Califórnia. Revista *Family Law Quarterly*, vol. XXV. n. 4, 1992. *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria...*, v. 8, p. 171.

durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita.<sup>58</sup>

Trata-se de uma ação de modificação de guarda em que cada genitor, por ação e reconvenção, busca a guarda isolada dos filhos. Os pais haviam estabelecido a guarda dividida entre os dois durante a semana. O acórdão registra que ambos os pais são dignos de terem os filhos em sua companhia, porém conclui que o acordo envolvendo a guarda dos filhos não foi dos mais felizes, pois eles ficam confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável diante da pouca idade deles.

A decisão sob comento foi lastreada em estudo psicológico, apontando o laudo que “não há constância de moradia, a formação de hábitos deixa muito a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se a do meio familiar paterno ou materno.” A avaliação feita por psicóloga constatou o drama das crianças, que ficam divididas e confusas, mormente diante das constantes divergências entre os pais, o que deixa os menores tensos, ansiosos e depressivos.

Nesses casos, o Tribunais têm entendido, diz esse Acórdão, que: “Guarda de filho menor - Custódia alternada semanalmente - Desvantagens. Ementa Oficial: Posse e guarda de filho menor”. A chamada “custódia conjunta”, importando em revezamento semanal de ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente à formação da personalidade do mesmo.<sup>59</sup> Em seu voto diz o

<sup>58</sup> Revista dos Tribunais, v. 733, p. 333-336. (TJMG)

<sup>59</sup> (RT 573/207-208).

Relator:

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

Outra certamente teria sido a solução, reconhece o Acórdão, se os pais soubesse discriminar seus conflitos conjugais do exercício da parentalidade, privilegiando o bem-estar dos menores e aí a guarda compartilhada, onde as soluções são abertamente debatidas entre os dois genitores, funcionaria.

**GUARDA DE FILHO MENOR - pais separados de fato - Guarda conferida à mãe, que organiza nova família com terceiro - Pedido de destituição do pátrio poder - Inadmissibilidade - Concessão, todavia, da guarda conjunta dos menores à mãe e seu companheiro.**

A solução mais conveniente para os menores será deferir ao companheiro de sua mãe, que exercerá conjuntamente com esta, nos termos e para os fins do art. 24, §§ 1º e 2º, da Lei 6.697/81.<sup>60</sup>

**ALIMENTOS - GUARDA DE MENOR COM AMBOS OS GENITORES - LEGITIMIDADE PASSIVA DO PAI - PAGAMENTO DA VERBA ALIMENTÍCIA DEVIDO.**

Ainda que o menor fique sob a guarda de ambos os genitores, de forma alternada, concorre interesse jurídico que justifica o ajuizamento da ação alimentícia. Não há que se falar em ilegitimidade passiva, se a ação foi manejada contra o genitor dos alimentandos. Verificando-se que a verba alimentícia foi fixada com observância das balizas traçadas pelo artigo 400 do Código Civil, confirma-se a sentença de primeiro grau, eis que despropositada se mostra a insurreição do apelante.<sup>61</sup>

**DIREITO DE VISITA - FILHO MENOR - CONCESSÃO DE LIMINAR SUBORDINADA À REALIZAÇÃO DE EXAME HEMATOLÓGICO PELO PAI - COAÇÃO ILEGAL.**

Agravo de instrumento. Medida cautelar de regulamentação de visitas a filho menor. Lei n. 6.515/77, art. 15. Liminar parcialmente deferida, porém

<sup>60</sup> Revista dos Tribunais, v. 552, p. 70-71.

<sup>61</sup> Boletim Bonijuris, 1997, p. 4291 (TJDF):

vinculada a exigência de submissão do requerente a exame laboratorial de investigação genética - DNA. Incabimento. Recurso provido. No caso concreto, não há indícios de que o sistema semanal de visitas, venha prejudicar a formação ou desestabilizar emocionalmente o filho do casal, desde que nenhuma restrição ao comportamento do agravante foi apresentada. A convivência mais freqüente do agravante com o garoto, haverá de atenuar os efeitos da separação do casal, reforçando os laços de afetividade que devem existir entre pais e filhos.<sup>62</sup>

É certo que em casos tais, difícil se toma uma solução que satisfaça a ambos os cônjuges, pois, nem sempre estão dispostos a ceder em suas pretensões. A verdade, pois, tem que ser admitida: cabe ao juiz fixar as visitas tendo em consideração, principalmente, o interesse dos menores, o que sem dúvida, não exclui o direito dos pais de, tanto quanto possível, passar mais tempo junto dos filhos.<sup>63</sup>

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 Juiz, de modo que a mãe exerça a guarda. Faculdade resguardada ao julgador pelo art. 13 da Lei 6.515/77.<sup>64</sup>

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.<sup>65</sup>

É ainda Yussef Said Cahali que nos apresenta este julgado, da 2<sup>a</sup>. Câmara do TJSP, de 15.08.72, *in* RJTJSP 22/204:

Como o desquite não altera as relações entre pais e filhos (art. 381, CC), a entrega de filho menor a um dos progenitores implica necessariamente o reconhecimento ao outro do direito de visitá-lo, salvo casos especialíssimos. Um dos objetivos da visita é o de fortalecer os laços de amizade entre pais e filhos, enfraquecidos pela separação do casal; é o de proporcionar aos últimos a assistência e os carinhos daqueles; é o de minorar os efeitos nocivos impostos à prole com a separação definitiva dos genitores. O desquite separa

<sup>62</sup> Boletim Bonijuris, 1997, p. 4305 (TJSC):

<sup>63</sup> Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 11, p. 118. CAHALI, Y. S. Divórcio e separação, p. 507.

<sup>64</sup> Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 113, p. 428. CAHALI, Y. S., *ibidem*, 7. ed., p. 267.

<sup>65</sup> Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, v. 1, p. 81. CAHALI, Y. S., *loc. cit.*

os cônjuges e elimina os deveres recíprocos estabelecidos no art. 231 do CC, mantendo atenuado, apenas o previsto no inciso II. Mas em relação à prole subsistem os deveres dos pais, ainda que sem a guarda do menor. E, evidentemente, as visitas facilitam o cumprimento desses deveres, irrenunciáveis, por serem da mais alta importância. Cumpre reconhecer, destarte, que, a bem dos filhos, compete ao genitor privado da guarda fiscalizar o outro no exercício desta. Nem se ignore que as visitas podem ensejar a reconciliação do casal separado. Impõe-se concluir que, em regra, as visitas se fazem livremente. Tanto pelo respeito aos sentimentos afetivos de quem faz a visita e de quem a recebe, como também, para que o primeiro possa fiscalizar convenientemente o tratamento dispensado ao menor pelo detentor da guarda. Portanto, não havia motivo algum para contrariar a vontade dos requerentes, vontade essa que, salvo motivo relevante devia ser acatada, pois ninguém terá maior interesse sobre a prole senão os próprios genitores (Clóvis, *Direito de família*, p. 287; Washington de Barros Monteiro, *Direito de família*, p. 226). E o simples receio de atritos futuros, aliás, incertos e infundados, não autoriza a regulamentação das visitas, máxime no caso de desquite amigável, em que é injustificável a presunção de divergência. As visitas devem ser regulamentadas quando efetivamente o exigirem os interesses dos menores ou quando as circunstâncias prenunciarem uma luta surda entre os genitores. O desquite envolve interesses da família, de ordem pública, portanto, que não fiscalizados e resguardados pelo Estado. Por conseguinte, pode o Juiz recusar-se a homologar o acordo se vulnerados esses interesses. Mas a prerrogativa há de ser entendida em termos, admissível apenas quando as cláusulas do acordo não se ajustarem à lei. Deixar de homologar o desquite, pois a tanto equívale o arquivamento do processo - por não terem sido regulamentadas as visitas, - *data venia*, é incorreto.<sup>66</sup>

No mesmo sentido, demonstrando preocupação com a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos depois do divórcio, decidiu o Supremo Tribunal Federal, por voto do Relator Ministro Eloi da Rocha, em RE n. 60.265:

**GUARDA DE FILHOS - DESQUITE - DIREITO DE VISITA.**

Ao dirimir divergência entre pais, acerca das relações com os filhos, não deve o juiz restringir-se a regular visitas, estabelecendo-lhes datas e horários; a preocupação máxima deve ser no sentido de fixar regras que não permitam o desfazimento das relações afetivas que devem existir entre o pai e filhos, entre estes e a mãe, podendo, assim, em qualquer tempo, ser chamado para rever a decisão, atento aos sistema legal, porque prepondera o interesse da prole, e não o dos pais.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> CAHALI, Y. S., *ibidem*, p. 270-271.

<sup>67</sup> *Revista Forense*, v. 228, p. 95-99.

O trabalho científico de Sílvia Pimentel, Beatriz di Giorgi e Flávia Piovesan, constatou que em períodos demarcados do discurso judiciário (desde 1970 até 1990) a respeito da guarda de menores, grandes alterações ocorreram “numa dinâmica de cortes e rupturas indicando a divergência entre uma concepção conservadora e uma concepção mais arrojada, sintonizada com as transformações sociais.”<sup>68</sup>

Revelam essas autoras, que no período anterior à Lei do Divórcio (1970 a 1977), a determinação da guarda era invariavelmente deferida à mãe, exceto em situações extraordinárias. O interesse do menor só camufladamente era considerado. No primeiro caso, a mulher tem a guarda dos filhos e pratica *adultério discreto*. Nas duas instâncias o Judiciário afirma a guarda materna: “no caso dos autos, a mãe errou, é certo, mas não leva vida dissoluta. Nada se lhe imputa quanto ao seu desvelo para com os filhos, ainda menores, dependentes de seu carinho”.<sup>69</sup> Exemplo do segundo caso é o em que a mulher pede a guarda dos filhos, que se acham na companhia do pai. O pedido é negado, tendo em vista o atendimento do “interesse do menor”. O acórdão, além desse critério e para justificar sua decisão, alude à conduta da mãe, conhecida como “duvidosa”.<sup>70</sup> Dizem as autoras, que esse discurso reproduz esteriótipos contra a mulher. Entretanto, há ambigüidade, enquanto aparece camuflado por uma preocupação em assegurar o interesse do menor.<sup>71</sup>

Em um segundo período, que se estende da Lei do Divórcio até à

<sup>68</sup> PIMENTEL, Sílvia ; DI GIORGIO, Beatriz ; PIOVESAN, Flávia. *A figura/personagem mulher em processos de família*, p. 20-21.

<sup>69</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 412, p. 177.

<sup>70</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 458, p. 88.

<sup>71</sup> PIMENTEL, Sílvia *et al.* *A figura/personagem em processo de família*, p. 40.

Constituição Federal (1978 a 1988), o interesse do menor, como critério decisivo na determinação da guarda, é reforçado. Acórdão que bem poderia ser padrão desse período vê-se no volume 520, da Revista dos Tribunais: “Em tema relativo à guarda de filhos não se deve ter em conta o interesse dos pais mas, em especial, o das crianças”.<sup>72</sup> Constatam as autoras como predominante o conceito de *interesse do menor*, que se torna concepção determinante nas soluções judiciais acerca da guarda de filhos. Os acórdãos que elencam no estudo comprovam-no.<sup>73</sup>

No terceiro período analisado pelas autoras, pós Constituição de 1988, o interesse do menor na determinação da guarda é reforçado de forma acentuada, para cumprir vetor constitucional, que enfatiza e prioriza os direitos da criança e do adolescente. Em seu artigo 227 estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao menor, com absoluta prioridade, o direito a convivência familiar dentre outros. A questão é reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A dinâmica temporal do tema estudado pelas autoras, colhida na Jurisprudência revela, como valor predominante, o interesse do menor. Os julgados por elas analisados, simbolizam a integração das normas aos novos fatos e valores sociais.<sup>74</sup>

Restou claro para as autoras a necessidade de proceder valorações e desde que encontremos a necessidade de uma valoração, a regra torna-se flexível, como é a do artigo 13 da Lei do Divórcio.

A síntese jurisprudencial que transcrevemos se não resolveu de forma

<sup>72</sup> Revista dos Tribunais, v. 520, p. 91.

<sup>73</sup> PIMENTEL, Silvia *et al.*, *ibidem*, p. 53.

<sup>74</sup> PIMENTEL, S., *ibidem*, p. 55. À página 144 dessa obra, as autoras oferecem um quadro que nos permite visualizar o tema em cada um dos períodos estudados.

específica sobre o tema tratado, reconheceu, ao menos, uma situação de fato, que em certas ocasiões pode ser a mais favorável ao grupo familiar.

Por isso o Judiciário não mais se restringe, unicamente, aos aspectos materiais da questão, manifestando-se, ainda que timidamente, mas pleno de sensibilidade, sobre o seu conteúdo afetivo, emocional, vale dizer, extrapatrimonial, garantindo a manutenção dos vínculos entre pais e filhos depois do divórcio.

## CONCLUSÃO

Sabe-se que para a criança a união dos pais é física e espiritualmente necessária, já que melhor do que os filósofos, teólogos, advogados e psicólogos, a própria criança percebe o vínculo dos pais como um sustentáculo onde se apóia toda sua vida. Assim, esse apoio transforma-se numa experiência afetiva e intelectual que, fornecendo de maneira segura e estável, elementos para suas primeiras apreensões da realidade, constituirão os germes de sua vida futura. Além de uma alimentação saudável e abrigo contra as intempéries naturais, são poucas as necessidades materiais de uma criança, o mesmo podendo se dizer de suas necessidades espirituais que, sendo simples, são absolutas; e que não sendo supridas nada poderá ser encontrado no mundo para substituí-las plenamente.

A quebra do vínculo conjugal vem ameaçar esta base segura, tão importante para a formação de uma personalidade que começa a despontar, introduzindo aí uma primeira percepção de cisão na ordem das coisas, do mundo enfim.

Buscando evitar efeitos mais devastadores tanto no que diz respeito à personalidade do menor em formação, quanto à sociedade como um todo (já que toda neurose familiar desemboca como um câncer na esfera social), considerou-se urgente recolocar o debate da guarda dos filhos menores, quando acontece o inevitável: a dissolução do vínculo conjugal.

Num primeiro momento, apresentou-se idéias gerais sobre o poder parental, ou autoridade parental, descortinando a guarda como pressuposto que possibilita o seu exercício, bem como o atendimento de todas aquelas

necessidades. Estando a família física e afetivamente unida, não se questiona sobre o exercício da autoridade parental, que é comum. Porém, com a ruptura da convivência familiar, bipartem-se estas funções e as decisões relativas aos filhos passam a ser tomadas unilateralmente.

Priorizados pelos documentos internacionais e pelas legislações mais avançadas os interesses do menor como elemento básico informativo, fundamental, na resolução de quaisquer questões a eles relativas, juristas, médicos, psicólogos, psiquiatras, buscam novos modelos de cuidado aos filhos de pais que não convivem e que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais, que o texto constitucional definitivamente expurgou. Nessa perspectiva, a atribuição da guarda deve sempre possibilitar a ambos os genitores uma participação conjunta, igualitária e permanente no exercício cotidiano das funções parentais, garantindo um *minimum* de continuidade da situação precedente, afim de proteger os filhos dos sentimentos de desamparo e incerteza a que a desunião lhes submete.

Assim, desde a lei, como desde a Doutrina e a Jurisprudência, toma-se absolutamente necessário promover a importância das relações paterno/materno-filiais *post divorcium* com ambos os genitores e entusiasmar a esses para compartilhar direitos e responsabilidades na criação dos filhos.

Atualmente, o critério legal subministrado é o da guarda única, outorgada exclusivamente a um só dos genitores, garantindo-se ao outro, o direito de visitas (que, na melhor das hipóteses, é um evento forçado, repleto de sobressaltos e ansiedades). A Jurisprudência, maciçamente, sufraga essa orientação. Deste modo, o genitor que detém a guarda exerce-a plenamente no âmbito de atuação prática da autoridade parental e o outro conserva a faculdade

potencial de atuação. A situação se inverte quando os genitores se alternam na titularidade das funções parentais. Mesmo assim, a freqüente e prestigiada guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

A moderna Doutrina adverte que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor. Ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e idéias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só instabilidade emocional e psíquica, como também um descontínuo afetivo, espacial e social. Já uma outra vertente vê na guarda alternada a vantagem de permitir ao menor manter relações estreitas com os dois genitores. Considerando os melhores interesses do menor, a Jurisprudência tende a estabelecer o exercício conjunto da parentalidade como regime básico. A sistemática de outorga da guarda a um só dos genitores é questionada ante o desejo de ambos os pais participarem, na mesma medida e na mesma intensidade, da criação e da educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais.

O interesse dos menores e a igualdade dos gêneros levaram os Tribunais a proporem acordos de guarda compartilhada, como resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois genitores na família dissolvida, semelhantemente (pelos menos em idéia) a uma família intacta. O reconhecimento dessa igualdade dos genitores no exercício de suas funções parentais incentiva a participação permanente na vida dos filhos. Do ponto de vista jurídico, a guarda compartilhada é a que define os dois genitores como detentores legais do mesmo dever de guardar seus filhos. Nela os pais têm equivalente autoridade legal para tomar todas as decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos, enquanto dividem as responsabilidades. A essência

deste modelo está refletida na palavra cooperação, já que livremente e por mútuo consentimento os pais geraram um filho, não podem se desfazer, através deste mútuo consentimento, das responsabilidades integrais sobre a vida destes filhos. O caráter conjunto do ato da concepção dá aos filhos o direito a ter pai e mãe.

No plano internacional, se reconhece não só o interesse do menor como primordial para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, como se lhe assegura, quando separado de um ou de ambos os pais, o direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos. Ao mesmo tempo proclama-se a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e se impõe aos pais obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados por seus dois pais.

No Direito comparado, prevalece o sistema de exercício conjunto como princípio geral, reequilibrando os papéis parentais e colocando o menor no centro da questão, não mais importando o interesse dos pais.

No plano legislativo interno, as diretivas internacionais, dominadas pela idéia dos superiores interesses do menor e da igualdade dos direitos e deveres conjugais, vêm pontuadas em expressivos dispositivos de nossa Constituição Federal, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei do Divórcio. A atribuição da guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, obedece a parâmetros predeterminados pelo legislador, que cedem, entretanto, ao princípio dos melhores interesses do menor.

Dos mais significativos o artigo 13, da Lei do Divórcio. Por ele pode o juiz, a qualquer tempo, havendo motivo grave e a bem dos filhos, regular a guarda por maneira diferente da estabelecida em dispositivos precedentes da

mesma lei, desfazendo todas as outras regras. Nesse passo, a lei arma o juiz de importante instrumento para a solução que melhor cumpra ao primado dos melhores interesses do menor. Revela o dispositivo, que a determinação da guarda, então, atende a peculiaridades próprias e objetivas de cada caso em particular. Nesta quadra do Direito de Família não há lugar para rigidez formal nem hábitos estandardizados, que mascaram os preceitos constitucionais da igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal e obscurecem o exercício da parentalidade responsável.

Embora não seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso Direito, arrimada em dispositivos que lhe são francamente favoráveis: artigos 225, § 5º e 229, da Constituição Federal; artigo 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 13, da Lei do Divórcio. Quando o modelo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade cotidiana, ao outorgar sistematicamente a guarda única, nega o princípio constitucional da equitatividade no exercício da autoridade parental e à criança o direito a ter dois pais, é tempo de quebrar o gesso das estruturas moldadas à exclusão de elementos estranhos ao seu objeto.

Se por um lado não existem regras proibitivas à aplicação deste novo modelo, de outro, nem a Doutrina nem a Jurisprudência o repelem. Ao contrário, vez por outra, como se observa na Jurisprudência indicada ao longo do texto, desaplaudem a guarda alternada, arranjo de visita e acesso da guarda única. Mostra-se a guarda compartilhada como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda única, que frustra a adequada convivência do menor com o genitor não-guardião. Assim é que ao menor deve-

se determinar uma única residência, como centro de apoio e referencial às suas atividades externas, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual sinta uma relação de interesse. A determinação do local de residência do menor gera a estabilidade que o Direito deseja para o filho. A residência fixa é elemento que confere ao genitor guardião o meio de exercício de sua função, definindo o espaço de ambos os genitores ao exercício de suas funções parentais.

A guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos. Na guarda única, quanto mais é afastado do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão alimentícia. O direito de visita surgiu em nosso Direito através do Decreto n. 9.701/46, posteriormente incorporado ao Código Civil pela Lei n. 4.121/62, afinal revogado e reproduzido pelo artigo 15, da Lei do Divórcio. No Projeto de Código Civil não se verifica alteração, mantendo-se, como sempre foi, como um direito acessório na questão da separação e do divórcio.

Diante disso, costuma-se falar em direito de visita, unicamente, e não no de ser visitado, talvez porque a lei só mencione como sujeito ativo “os pais em cuja companhia não estejam os filhos”. Como sujeito de direitos, o menor é titular do direito a manter uma adequada comunicação com ambos os pais, de ter a companhia de seus genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai e da mãe. Garantir uma adequada comunicação entre pais e filhos é cumprir o propósito constitucional de proteção da família, surgida ou não do casamento.

Todos os arranjos de visita e acesso assentam-se na continuidade do relacionamento entre genitor e filho e à não exposição do menor ao conflito conjugal. Em tal contexto, a guarda compartilhada serve para reequilibrar os

direitos do genitor não-guardião com os do genitor guardião, permitindo a ambos participar ativamente na educação da criança. A guarda compartilhada não requer a regulamentação da visita. Os pais são, em regra, solidariamente responsáveis pelos atos danosos praticados por seus filhos menores, enquanto convivam. Na constância do casamento há uma presunção *juris tantum* de responsabilidade, que se relaciona com o pátrio poder, que dá ao pai e à mãe o direito e o dever de velar constantemente por seus filhos e preservar-lhes as faltas, seja pela vigilância que exercem, seja pela educação intelectual e moral que estão incumbidos de lhes dar.

Atribuída a guarda única, será responsável o que a exerce, por erro na educação ou falha na vigilância. Essa é a solução à maioria dos casos, salvo se ao produzir-se o evento danoso o filho estivesse aos cuidados do outro. Tratando-se de guarda compartilhada pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda compartilhada é construída sobre esse pressuposto), que exercem ambos a vigilância. Em havendo dano, a presunção de erro na educação e falha na fiscalização, a responsabilidade civil recai sobre ambos os genitores.

A questão da guarda de filhos transborda em problemas psico-emocionais. Ela é um estágio na vida familiar precedida de uma crise e seguida de fortes mudanças estruturais. Os filhos passam a um plano secundário na disputa entre seus genitores. Sobram-lhes problemas psicológicos. Lidando com pessoas, a singularidade de cada qual não pode ser ignorada. Faz-se necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações familiares e sociais.

Nesta perspectiva, o Direito não pode prescindir do conjunto de conhecimentos oferecidos por outras ciências, para bem dispor sobre um

equilibrado relacionamento quer entre os ex-cônjuges, quer entre esses e seus filhos. Toma-se imperioso pesquisar maneiras de garantir um relacionamento harmonioso da co-parentalidade e que minimizem as perturbações psico-emocionais que emergem do divórcio. Pesquisas realizadas nos Estados Unidos revelam que as deformações psicológicas criadas nos filhos resultantes de divórcios - não esquecendo que há deformações oriundas de outras situações - são, por vezes, muito mais graves do que as deformações físicas criadas pela poliomielite. Bem compreender o processo relacional dos sujeitos envolvidos, nos ambientes familiar e social que vivenciaram e as transformações que se operam em suas individualidades é tarefa de que deve se ocupar a pesquisa social. O estudo procedido por equipe interprofissional poderá fornecer ao juiz elementos informativos para a determinação da guarda.

Havendo, então, a possibilidade de dar guarida para um novo sistema de guarda - compartilhada - no Direito brasileiro, através dos instrumentos legais apontados neste trabalho, não se vê porque continuar mitigando, através de sistemas que já se revelaram insatisfatórios, um problema cuja solução só viria acarretar vantagens aos filhos menores, que são os destinatários de uma solução tanto mais humana quanto real, ao seu direito de conviver com ambos os pais, após a ruptura do vínculo.

Seria, então, desejável que a lei elegeesse este novo modelo como paradigma, preferencial, permitindo aos juízes aplicá-lo onde se considere benéfico para o grupo familiar, rejeitando dessa maneira as duas correntes as mais extremas: a que vê a guarda compartilhada como panacéia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita ou a oposta, que nem sequer a admite.

Na medida em que a sociedade e os juízes aceitam que em caso de

ruptura ambos os pais estão *a priori* habilitados à criação dos filhos, a guarda compartilhada, por certo, fomentará um melhor vínculo entre os componentes das famílias transformadas, e fará justiça aos filhos do divórcio.

## ANEXO

Esta parte lembra aos ex-cônjuges hostis, que os melhores interesses da criança precisam vir antes dos seus pessoais e do desejo de vingança. Devem considerar o que é melhor para seus filhos e deixar suas animosidades pessoais para trás quando se trata do bem-estar deles. Lembra, ainda, que as crianças não são causa da separação, mas sobre elas recaem seus efeitos. Elas não pediram para ter todos estes problemas. Em seu livro *Our endangered children, growing up in a changing world* (Nossas crianças correm perigo, crescendo em um mundo mutável), o crítico social Vance PACKARD descreveu esta Conta dos direitos dos filhos de divorciados.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> PACKARD, V. *Our endangered children, growing up in a changing world*. In: JOHNSON, Laurence ; ROSENFELD, Georglyn. **Divórcio: e os filhos?** : Seus filhos podem sobreviver aos efeitos do divórcio. p. 102-103.

## CONTA DOS DIREITOS DOS FILHOS DE DIVORCIADOS.

1. Os filhos de divorciados têm o direito de ter pais que se sentem, pelos menos, vinte minutos todo mês, ao seu lado para discutir, pessoalmente ou por telefone, os progressos e os problemas da criança - e somente da criança. Não devem haver recriminações sobre qualquer assunto, tal como dinheiro. Os trabalhos de escola da criança, sua saúde, estado mental, atividades e reações aparentes ao divórcio devem ser enfoque de cada conversa.

2. Os filhos de divorciados têm o direito de ter pais que saiam para jantar, se a criança assim o quiser, em seus aniversários ou em feriados importantes. Os pais também devem, ambos, comparecer à escola em eventos importantes para a criança.

3. Os filhos de divorciados têm o direito de ter pais que não menosprezem a outra parte na sua frente.

4. Os filhos de divorciados têm o direito de ter pais que evitem qualquer ato que possa forçar a criança a tomar partido.

5. Os filhos de divorciados têm o direito de estar livres de qualquer tipo de pressão por parte de qualquer um dos pais para servir de informantes sobre os gastos, namoro ou outras atividades do ex-cônjuge. Se a criança escolher livremente conversar sobre a outra parte, isto é outro assunto.

6. Os filhos de divorciados têm o direito de ter total liberdade para telefonar para qualquer uma das partes. Se distâncias estiverem envolvidas, as chamadas deverão ser a cobrar. Os pais da criança também concordarão que é permitido ao genitor sem a custódia telefonar para seu filho ou filha pelo menos uma vez por semana.

7. Os filhos de divorciados têm o direito de ter pais que concordem em

notificar um ao outro sobre emergências e eventos importantes que envolvam a criança.

8. Os filhos de divorciados têm o direito de ter pais que concordem em ser civilizados e evitem recriminações quando estão na presença da criança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ABREU, José. **O divórcio no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1992.
- 2 ADVOGADO, Porto Alegre, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, a. 3, n. 9, p. 43-47, jan./abr. 1996.
- 3 AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 36, p. 53-64, mar. 1986.
- 4 AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa : Cosmos, 1997.
- 5 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A relação jurídica matrimonial. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 150-206, 1983.
- 6 ARIAS, José. **Manual de derecho romano**. 2. ed. Buenos Aires : G. Kraft, 1949.
- 7 ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão civil do devedor**. 2. ed. rev. atualiz. São Paulo : RT, 1985.
- 8 BAHR, Stephen *et al.* Tendencias en el otorgamiento de la tenencia. Ha producido alguna diferencia, el apartamiento de la preferencia em favor de la madre? **Derecho de familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia**, Buenos Aires, n. 9, p. 258-261, 1995. Resenha.
- 9 BARROS, Fernanda Otoni. Interdisciplaridade : uma visita ao Tribunal de Família - Pelo olhar da psicanálise. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 781-835.
- 10 BASSET, Lidia N. Makianich de. **Derecho de visitas** : régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. 1. reimp. Buenos Aires : Hammurabi, 1997.
- 11 BENETTI, Sidnei Agostinho. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 76, n. 622, p. 36-45, ago. 1987.

- 12 BENICKE, Christoph. La convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas y la reforma del derecho de custodia y de visita en Alemania. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 13-14, p. 51-69, 1997.
- 13 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8. ed. São Paulo : F. Bastos, 1956.
- 14 \_\_\_\_\_. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. atual. Rio de Janeiro : F. Alves, 1960. v. 2.
- 15 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.
- 16 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder : regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 81, n. 676, p. 79-84, fev. 1992.
- 17 BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. São Paulo : Universitária do Direito, 1984.
- 18 BOLETIM BONIJURIS, Curitiba, p. 4291, 4305, 1997.
- 19 BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**. 9. ed. ampl. atualiz. Buenos Aires : Perrot, 1993. t. 2: Familia.
- 20 BOSSERT, Gustavo A ; ZANNONI, Eduardo A. **Régimen legal de filiación y patria potestad**. 3. reimp. Buenos Aires : Astrea, 1992.
- 21 \_\_\_\_\_. **Manual de derecho de familia**. 4. ed. atual. ampl. Buenos Aires : Astrea, 1996.
- 22 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 out. 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 191-A, 5 out. 1988.
- 23 \_\_\_\_\_. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Cria o casamento civil como uma consequência necessária da separação dos poderes. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jan. 1890.
- 24 \_\_\_\_\_. Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 mar. 1997.
- 25 \_\_\_\_\_. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Código de menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 out. 1927.

- 26 \_\_\_\_\_. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os direitos da Criança. **Diário Oficial da União-I**, Brasília, p. 22256 e ss, 22 nov. 1990.
- 27 \_\_\_\_\_. Decreto legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990. Aprova a Convenção sobre os direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 set. 1990.
- 28 \_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 abr. 1941.
- 29 \_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 maio 1943.
- 30 \_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 9.701, de 3 de setembro de 1946. Dispõe sobre guarda de filhos no desquite judicial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 set. 1946.
- 31 \_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código civil brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 jan. 1916.
- 32 \_\_\_\_\_. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 set. 1962.
- 33 \_\_\_\_\_. Lei n. 5.582, de 16 de junho de 1970. Altera o artigo 16 do decreto-lei n. 3.200/41. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jun. 1970.
- 34 \_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1973.
- 35 \_\_\_\_\_. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. **Diário Oficial da União**, 27 dez. 1977.
- 36 \_\_\_\_\_. Lei n. 6.697, de 19 de outubro de 1979. Código de menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 out. 1979.
- 37 \_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990.
- 38 \_\_\_\_\_. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 maio 1996.
- 39 \_\_\_\_\_. Projeto n. 634/75. Projeto de Código civil brasileiro. **Diário do Congresso**

**Nacional**, Brasília, seq. 2, 26 jun. 1984. Suplemento ao n. 074.

- 40 \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Guarda de filhos - desquite - direito de visita. Recurso Especial n. 60.265. Rel: Min. Eloi da Rocha. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 95-99, 1969.
- 41 \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Menor sob guarda de terceiros - reclamação da mãe - não atendimento - submissão do pátrio poder ao controle da autoridade pública. Recurso Especial n. 11.601. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 143, p. 172, 1952.
- 42 \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reconhecimento da culpa da mulher. Posse de filho menor. Recurso Especial n. 81.189. 2ª Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 5582, 8 ago 1975.
- 43 CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 5. ed. 3. tirag. São Paulo : RT, 1987.
- 44 \_\_\_\_\_. 7. ed. São Paulo : RT, 1994. t: 1-2.
- 45 \_\_\_\_\_. **Dos alimentos**. 2. ed. São Paulo : RT, 1994.
- 46 \_\_\_\_\_. A importância do instituto da guarda. In: XIV CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES E CURADORES DE MENORES (1991 : Vitória-ES). **Anais...**
- 47 CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 273-313.
- 48 CAVALIERI, Alyrio. O direito do menor : um direito novo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, a. 27, n. 21, p. 383-399, maio 1979.
- 49 CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo : Ltr, 1997.
- 50 \_\_\_\_\_. **Segundas núpcias**. 2. ed. rev. atualiz. Belo Horizonte : Nova Alvorada, 1997.
- 51 CÓDIGO civil argentino. Buenos Aires : AZ, 1989.
- 52 CÓDIGO civil chileno. Santiago : M. Montt, 1993.

- 53 CÓDIGO civil espanhol. Madrid : Civitas, 1981.
- 54 CÓDIGO civil francês - Código de Napoleão de 1804. Rio de Janeiro : Record, 1962.
- 55 CÓDIGO civil paraguayo. Asunción : Intercontinental, 1998.
- 56 CÓDIGO civil português. Lisboa : Moraes, 1977.
- 57 CÓDIGO de direito canônico. 11. ed. São Paulo : Loyola, 1998.
- 58 CORREA, Orlando de Assis ; MOURA, Mário Aguiar. **Divórcio** : teoria e prática. Porto Alegre : Síntese, 1978.
- 59 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O direito de família no projeto de código civil**. Curitiba, 1998. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- 60 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires : De Palma, 1977.
- 61 D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. 4. ed. atualiz. ampl. Buenos Aires : Astrea, 1994.
- 62 DE CICCIO, Cláudio. **Direito** : tradição e modernidade. 2. ed. São Paulo : Icone, 1993.
- 63 DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. v. 1-2.
- 64 DERECHO DE FAMÍLIA - Revista Interdisciplinaria de Doctrina e Jurisprudencia, Buenos Aires, v. 2, p. 117-125, oct. 1989.
- 65 \_\_\_\_\_. Buenos Aires, v. 5, p. 78-79, 129, 137, abr. 1991.
- 66 \_\_\_\_\_. Buenos Aires, v. 8, p. 171-172, p. 193, oct. 1992.
- 67 \_\_\_\_\_. Buenos Aires, v. 9, p. 193-194, 1995.
- 68 \_\_\_\_\_. Buenos Aires, v. 10, p. 209-211, 1996.
- 69 \_\_\_\_\_. Buenos Aires, v. 11, p. 209, 291, 1997.

- 70 DEVICHI, Jacqueline Rubellin. Los derechos del niño y su familia en el derecho positivo frances. **Derecho de familia - Revista Interdisciplinaria e Doctrina y Jurisprudencia**, Buenos Aires, v. 4, p. 81-103, 1990.
- 71 DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Brasília, 26 ago. 1997. Suplemento ao n. 074.
- 72 DIÁRIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO, Brasília, p. 4405, 20 dez. 1967.
- 73 DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Brasília, 20 nov. 1990.
- 74 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1973. v. 2.
- 75 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 5: Direito de Família.
- 76 DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro : J. Zahar, 1996.
- 77 FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai (estudo sobre o sentido e o alcance do *lugar jurídico* ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 585-604.
- 78 \_\_\_\_\_. Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Lima (Coord.). **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 79 FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- 80 FERREIRA, Verônica A. M. Cezar. Da pertinência da interdisciplinaridade nas questões de família. In; NAZARETH, Eliana Riberti [Coord.]. **Direito de família e ciências humanas**, São Paulo : Jurídica Brasileira, 1997. p. 165-176. Caderno de estudos n. 1.
- 81 FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barreto. O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente - questões controvertidas - guarda satisfativa e previdenciária. **Cadernos de Direitos da Criança e do Adolescente**, São Paulo : Malheiros, v. 1, p. 35-48, 1995.
- 82 FOLHA de São Paulo, 11 fev. 1999. Folhamundo - 1º Caderno, p. 10.

- 83 FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo : RT, 1972. t. 1, v. 2.
- 84 \_\_\_\_\_. Direito de família. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 26. p. 160-161,
- 85 FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil** : Esboço. Brasília : Ministério da Justiça, 1983.
- 86 GIORDANI, Mário Curtis. **Código civil à luz do direito romano** : direito de família. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1996.
- 87 GOMES, Orlando. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- 88 GONTIJO, Segismundo. Guarda de filho. **COAD-ADV** - Informativo Semanal, Rio de Janeiro, n. 44, p. 563-564, 1997.
- 89 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. v. 2.
- 90 GRISARD FILHO, Waldyr. Não faça de seu filho uma arma. **Síntese Jomal**, Porto Alegre, maio 1998.
- 91 \_\_\_\_\_. Não faça de seu filho uma arma. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 3 maio 1998. Caderno Direito e Justiça.
- 92 GROSS, Luz Calvo de. **Revista Uruguaya de Derecho de Familia**, Montevideu, a. 9, v. 11, p. 41-47, ago. 1996.
- 93 JOHNSON, Laurence ; ROSENFELD, Georglyn. **Divórcio : e os filhos?** : Seus filhos podem sobreviver aos efeitos do divórcio. São Paulo : Maltese-Norma, 1993.
- 94 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra : A. Amado, 1976.
- 95 LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro : J. Zahar, 1993.
- 96 LEANDRO, Armando. Poder paternal : natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária. In: CICLO DE CONFERÊNCIAS DO CONSELHO DISTRITAL DO PORTO. **Temas de direito de família**. Coimbra : Almedina, 1986. p. 111-164.

- 97 LEÃO, Sinaida de Gregório. **A influência da lei hebraica no direito brasileiro : casamento e divórcio.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1998.
- 98 LEI das XII Táboas. Rio de Janeiro : Forense, 1972.
- 99 LEITE, Eduardo de Oliveira. A igualdade de direitos entre o homem e a mulher face à Constituição. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 61, p. 19-36, jul. 1994.
- 100 \_\_\_\_\_. **Famílias monoparentais.** São Paulo : RT, 1997.
- 101 \_\_\_\_\_. **Temas de direito de família.** São Paulo : RT, 1994.
- 102 \_\_\_\_\_. O direito (não sagrado) de visitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.** São Paulo : RT, 1996. p. 66-93. v. 3: Aspectos constitucionais, civis e processuais.
- 103 \_\_\_\_\_. **Tratado de direito de família.** Curitiba : Juruá, 1991. v: 1. Origem e evolução do casamento.
- 104 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia da autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- 105 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Igualdade conjugal - direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo.** Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 221-236.
- 106 MALDONADO, Maria Tereza. **Casamento : Término e reconstrução.** 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 107 MARCHESA, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta : aspectos controvertidos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 82, n. 689, p. 297-300, mar. 1993.
- 108 MARMITT, Arnaldo. **Pensão alimentícia.** Rio de Janeiro : Aide, 1993.
- 109 MARRACCINI, Eliane Michelini ; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda de filhos : algumas diretrizes psicanalíticas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 84, n. 716, p. 346-357, jun. 1995.
- 110 MATTIA, Fábio Maria de. Direito de visita - direito de visita e limites à autoridade

- paterna. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, São Paulo : Saraiva, 1977. v. 77. p. 431.
- 111 \_\_\_\_\_. Direito de visita. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 01-109, 1981.
- 112 MAYRINK, José Maria. **Filhos do divórcio**. São Paulo : EMW, 1984.
- 113 MAZZINGHI, Jorge Adolfo. **Derecho de familia**. 3. ed. atualiz. reest. Buenos Aires : Ábaco, 1996. t. 3: Divorcio - filiación - adopción patria - potestad.
- 114 \_\_\_\_\_. **Derecho de familia**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1981. t. 3: Divorcio - Filiación - Adopción Patria Potestad.
- 115 MEIRA, Sílvio A. B. **A lei das XII tábuas**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972.
- 116 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. 2. ed. **Direito de família**. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1939.
- 117 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1964. v. 2: Direito de família.
- 118 \_\_\_\_\_. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 2.
- 119 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar de guarda e de visita. In: \_\_\_\_ ; NAZARETH, Eliana Riberti [Coord.]. **Direito de Família e Ciências Humanas**, São Paulo : Jurídica brasileira, 1998. p. 197-213. Caderno de estudos n. 2.
- 120 \_\_\_\_\_. Guarda compartilhada. Uma solução possível. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, a. 2, n. 9, p. 19, jan./fev. 1996.
- 121 MOURA, Mário Aguiar. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 69-81.
- 122 MUNIZ, Francisco Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 81.
- 123 NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe?

- Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuição da psicanálise ao direito de família. In: \_\_\_\_\_ [Coord.]. **Direito de Família e Ciências Humanas**, São Paulo : Jurídica Brasileira, 1997. p. 77-85. Caderno de estudos n. 1.
- 124 NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada. Um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente [Coord.]. **A nova família** : problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 127-168.
- 125 OLIVEIRA, Angela. Aspectos psicológicos relacionados à situação de separação do casal. In: NAZARETH, Eliana Riberti [Coord.]. **Direito de Família e Ciências Humanas**, São Paulo : Jurídica Brasileira, 1997. p. 47-56. Caderno de estudos n. 1.
- 126 OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1997.
- 127 OLIVEIRA, José Lamartine Correa de ; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** : direito matrimonial. Porto Alegre : S. Fabris, 1990.
- 128 OLIVEIRA, Juarez de ; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Novo Código Civil** (Projeto aprovado pelo Senado Federal acompanhado de notas remissivas aos textos do Código Civil de 1916, ao Código Comercial e legislação especial). São Paulo : O. Mendes, 1998.
- 129 OPPENHEIN, Ricardo ; SZYLOWICHI, Suzana. Partir o compartir la tenencia. Es posible compartir da tenencia de los hijos en caso de divorcio? **Derecho de familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia**, Buenos Aires, p. 73-80, 1991.
- 130 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos da Criança, 02 set. 1990.
- 131 \_\_\_\_\_. Declaração de Genebra, 1924.
- 132 \_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos da Criança, 20 nov. 1959.
- 133 PACKARD, Vance. Our endangered children, growing up in a changing world. In: JOHNSON, Laurence ; ROSENFELD, Georglyn. **Divórcio : e os filhos?** : seus filhos podem sobreviver aos efeitos do divórcio. São Paulo : Maltese-Norma, 1993. p. 102-103.

- 134 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Guarda de filhos. Apelação Cível n. 47.816-8. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 86, v. 740, p. 401-404, jun. 1997.
- 135 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. Guarda previdenciária. Ação civil pública n. 97.0022442-2. **Boletim Informativo**, Curitiba, a. 3, n. 10, p. 5-6, jun. 1998.
- 136 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. Modificação de guarda proposta por mãe não-guardiã. AI 00775006-3. **Diário de Justiça do Estado**, Curitiba, p. 15, 2 fev. 1999.
- 137 PARANÁ JUDICIÁRIO - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, Curitiba, v. 19, p. 102, 1982.
- 138 PELO direito de ser um pai total : psicólogos criticam legislação que reduz divorciados a simples pagadores de pensão. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 16 ago. 1998. Caderno Bom Domingo.
- 139 PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família (aspectos constitucionais, civis e processuais)**. São Paulo : RT 1993. p. 20-41.
- 140 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. v. 5.
- 141 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro : Fonseca Filho, 1910.
- 142 PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. **AJURIS**, Porto Aelgre, v. 36, p. 53-64, mar. 1986.
- 143 \_\_\_\_\_. Tendências modernas do direito de família. **Revista dos Tribunais**, a. 77, n. 628, p. 19-39, fev. 1988.
- 144 \_\_\_\_\_. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 12, n. 1-2, p. 295-323, dez. 1989.
- 145 PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente : a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coord.]. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte : Del

- Rey, 1997. p. 639-694.
- 146 \_\_\_\_\_. **Direito da criança e do adolescente** : uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- 147 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** : introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- 148 PIMENTEL, Sílvia ; DI GIORGI, Beatriz ; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processo de família**. Porto Alegre : S. Fabris, 1993.
- 149 REIS, Carlos David Santos Aarão. **Família e igualdade**. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.
- 150 REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Curitiba, v. 1, p. 81, jun. 1985.
- 151 REVISTA FORENSE, Rio de Janeiro, v. 273, p. 323-332, 1981.
- 152 REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, v. 11, p. 118, out./nov./dez. 1969.
- 153 \_\_\_\_\_. v. 22, jul./ago./set. 1972.
- 154 REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Porto Alegre, a. 20, v. 113, p. 428, 1985.
- 155 REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, a. 46, v. 261, p. 198, jul. 1957.
- 156 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 51, v. 316, p. 518, fev. 1962.
- 157 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 51, v. 317, p. 151, 588, mar. 1962.
- 158 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 53, v. 343, p. 202, maio 1964.
- 159 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 54, v. 353, p. 123, mar. 1965.
- 160 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 55, v. 371, p. 146, set. 1966.
- 161 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 59, v. 412, p. 177, fev. 1970.
- 162 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 62, v. 458, p. 88, dez. 1973.

- 163 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 63, v. 460, p. 222, fev. 1974.
- 164 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 66, v. 498, p. 106, abr. 1977.
- 165 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 67, v. 510, p. 130, abr. 1978.
- 166 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 67, v. 517, p. 125, nov. 1978.
- 167 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 67, v. 518, p. 111, dez. 1978.
- 168 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 68, v. 520, p. 91, fev. 1979.
- 169 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 68, v. 526, p. 61, ago. 1979.
- 170 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 68, v. 529, p. 237, nov. 1979.
- 171 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 70, v. 544, p. 280, fev. 1981.
- 172 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 70, v. 552, p. 70-71, out. 1981.
- 173 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 70, v. 554, p. 209, dez. 1981.
- 174 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 71, v. 561, p. 179, jul. 1982.
- 175 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 72, v. 570, p. 100, abr. 1983.
- 176 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 72, v. 573, p. 207-208, jul 1983.
- 177 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 72, v. 575, p. 134, set. 1983.
- 178 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 73, v. 580, p. 254, fev. 1984.
- 179 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 73, v. 581, p. 60, mar. 1984.
- 180 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 73, v. 587, p. 105-106, set. 1984.
- 181 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 74, v. 596, p. 262, jul. 1985.
- 182 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 74, v. 602, p. 274, dez. 1985.
- 183 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 75, v. 604, p. 29, jul. 1986.

- 184 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 75, v. 611, p. 98, set. 1986.
- 185 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 76, v. 620, p. 65, jul. 1987.
- 186 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 77, v. 627, p. 196, jan. 1988.
- 187 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 77, v. 628, p. 19-39, 106, fev. 1988.
- 188 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 77, v. 637, p. 52, nov. 1988.
- 189 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 81, v. 685, p. 134-135, nov. 1992.
- 190 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 82, v. 694, p. 161-162, ago. 1993.
- 191 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 83, v. 708, p. 153, out. 1994.
- 192 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 84, v. 713, p. 195, mar. 1995.
- 193 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 85, v. 724, p. 414-417, fev. 1996.
- 194 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 85, v. 727, p. 257-260, maio 1996.
- 195 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 85, v. 732, p. 352, out. 1996.
- 196 \_\_\_\_\_. São Paulo, a. 85, v. 733, p. 284, p. 333-336, nov. 1996.
- 197 REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília, v. 55, p. 136, jan. 1971.
- 198 \_\_\_\_\_. Brasília, v. 56, abr. 1971.
- 199 \_\_\_\_\_. Brasília, v. 115, p. 1413, mar. 1986.
- 200 RIZZARDO, Arnaldo. Separação de divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coord.]. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 275-511.
- 201 ROCHA, Manuel Antonio Coelho da. **Instituições de direito civil**. São Paulo : Saraiva, 1984. t. 1, v. 4.
- 202 ROCHA, J. Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. 2. ed. São Paulo : Universitária, 1978.

- 203 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 1982. v. 6: Direito de Família.
- 204 \_\_\_\_\_. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo : Saraiva, 1978.
- 205 RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1972. v. 2: Direito de família - Direitos reais e posse.
- 206 SABINO JUNIOR, Vicente. **O menor** : sua guarda e seus direitos. 4. ed. São Paulo : Brasiliense, [s.d.].
- 207 SAMPAIO, Pedro. **Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- 208 SANTINI, José Raffaelli. **Adoção. Guarda** : Medidas socioeducativas. Doutrina e Jurisprudência - Prática. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- 209 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : RT, 1994.
- 210 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Guarda de filho menor por terceira pessoa. Recurso Especial n. 61.887. Rel: Min. Themístocles Cavalcante. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 46, p. 257-259, out. 1968.
- 211 SILVA, Clóvis V. do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 40, p. 128-149, jun. 1987.
- 212 SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 213 STILERMAN, Marta N. **Menores** : Tenencia. Régimen de visitas. 3. ed. Buenos Aires : Universidad, 1997.
- 214 STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo : RT, 1998.
- 215 SUANNES, Cláudia Amaral Mello. A perícia psicológica na vara de família e sucessões. In: NAZARETH, Eliana Riberti ; MOTTA, Maria Antonieta Pisado [Coord.]. **Direito de Família e Ciências Humanas**, São Paulo : Jurídica Brasileira, 1998. p. 59-69. Caderno de estudos n. 2.
- 216 TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo : Nobel, 1995.

- 217 THÉRY, Irene. **Le demariage** : justice et vie privée. Paris : O. Jacob, 1993.
- 218 VIANA, Marco Aurélio S. A tutela da criança e do adolescente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 285-297.
- 219 \_\_\_\_\_. **Curso de direito civil**. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. v. 2: Direito de família.
- 220 \_\_\_\_\_. **Da guarda, da tutela e da adoção**. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- 221 VILELA, João Batista. Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito, UFMG**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 9-40, 1980.
- 222 \_\_\_\_\_. As novas relações de família. In: XV CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (1994 : Foz do Iguaçu). **Anais ... Brasília : Conselho Federal da OAB, 1994. p. 645.**
- 223 ZANÓN MASDEU, Luis. **Guarda y custodia de los hijos**. Barcelona : Bosch, 1996.
- 224 WALLERSTEIN, Judit S. ; BLAKESLEE, Sandra. **Sonhos e realidade no divórcio** : marido, mulher e filhos dez anos depois). São Paulo : Saraiva, 1991.

## ÍNDICE DAS MATÉRIAS

<b>PARTE I - AS RELAÇÕES PARENTAIS.....</b>	<b>5</b>
<b>1 O PODER PARENTAL.....</b>	<b>6</b>
1.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL.....	6
1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	9
1.3 DENOMINAÇÃO.....	13
1.4 NATUREZA JURÍDICA.....	16
1.5 CONTEÚDO DO PÁTRIO PODER.....	19
1.5.1 Direitos e deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos.....	21
1.5.1.1 Guarda, educação e correição.....	21
1.5.1.2 Assistência e representação.....	23
1.5.1.3 Vigilância e fiscalização.....	24
1.5.2 Deveres correlatos dos filhos.....	25
1.5.3 Outros atributos e o controle estatal.....	25
1.6 VICISSITUDES DO PÁTRIO PODER.....	26
<b>2 GUARDA E PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS.....</b>	<b>29</b>
2.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO.....	29
2.2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	33
2.3 IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO.....	42
2.4 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA.....	47
2.4.1 O interesse do menor.....	49
2.4.2 Idade e sexo.....	53
2.4.3 Irmãos juntos ou separados.....	55
2.4.4 A opinião do menor.....	56
2.4.5 Comportamento dos pais.....	58
2.5 AS DISTINTAS MODALIDADES DE GUARDA.....	60
2.5.1 Guarda comum, desmembrada e delegada.....	60
2.5.2 Guarda originária e derivada.....	61
2.5.3 Guarda de fato.....	62
2.5.4 Guarda provisória e definitiva. Guarda única.....	62
2.5.5 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciário.....	64
2.5.6 Guarda jurídica e guarda material.....	66
2.6 MODIFICABILIDADE DA GUARDA.....	68
2.7 GUARDA E TUTELA.....	70
<b>3 A CISÃO DA GUARDA.....</b>	<b>74</b>
3.1 GUARDA NA VIGÊNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	75
3.2 GUARDA NA SEPARAÇÃO DE FATO.....	75
3.3 GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO CONSENSUAIS.....	77
3.4 GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO NÃO CONSENSUAIS.....	78
3.5 GUARDA NA UNIÃO LIVRE.....	79

3.6 GUARDA NA INVALIDADE DO CASAMENTO.....	80
3.7 GUARDA DE FILHOS EXTRAMATRIMONIAIS.....	81
3.8 A DESUNIÃO E OS NOVOS PAPÉIS DOS GENITORES.....	82
3.8.1 As funções do genitor guardião.....	85
3.8.1.1 Administração dos bens.....	86
3.8.1.2 Responsabilidade civil.....	87
3.8.2 As funções do genitor não guardião.....	89
3.8.2.1 Direito de visita.....	89
3.8.2.2 Direito de fiscalização.....	94
3.8.2.3 Dever de alimentos.....	95
<b>PARTE II - GUARDA COMPARTILHADA.....</b>	<b>99</b>
<b>1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....</b>	<b>100</b>
1.1 A RUPTURA DOS LAÇOS FAMILIARES : SURGIMENTO DO PROBLEMA.....	100
1.2 OS MEIOS DE EXERCÍCIO DA GUARDA.....	103
1.2.1 Guarda alternada.....	104
1.2.2 Guarda dividida.....	106
1.2.3 Exercício conjunto ou indistinto.....	107
1.3 A NOÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA.....	108
1.4 PRECEDENTES INTERNACIONAIS.....	112
1.5 O DIREITO COMPARADO.....	114
1.6 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO.....	119
1.6.1 No sistema da “common law”.....	120
1.6.2 No direito francês.....	122
1.6.3 No direito americano.....	124
1.6.4 No direito canadense.....	126
<b>2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>128</b>
2.1 INTRODUÇÃO.....	128
2.2 A ATRIBUIÇÃO DA GUARDA NA LEI ATUAL.....	130
2.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO MODELO NO DIREITO PÁTRIO.....	141
2.4 CONSEQÜÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	148
2.5 FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	165
<b>3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO.....</b>	<b>171</b>
3.1 MUDANÇAS E DEMANDAS DE MODERNIZAÇÃO.....	171
3.2 VANTAGENS DESTE NOVO MODELO DE GUARDA.....	175
3.3 DESVANTAGENS DESTE NOVO MODELO DE GUARDA.....	184
3.4 A JURISPRUDÊNCIA.....	189
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>206</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>215</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>218</b>
<b>ÍNDICE DAS MATÉRIAS.....</b>	<b>234</b>