

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRÍCIA MELO MESSIAS

GUARDA COMPARTILHADA
como expressão do princípio constitucional do melhor interesse da criança

Maceió
2006

PATRICIA MELO MESSIAS

GUARDA COMPARTILHADA

como expressão do princípio constitucional do melhor interesse da criança

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas/Centro de Ciências Jurídicas como requisito parcial à obtenção de grau de mestre.

Área de concentração: Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

Maceió
2006

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

M585g

Messias, Patrícia Melo.

Guarda compartilhada : como expressão do princípio constitucional do melhor interesse da criança / Patrícia Melo Messias. – 2006.

141 f.

Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2006.

Bibliografia: f. 138-141.

1. Direito de família. 2. Guarda compartilhada. 3. Menores – Leis – Brasil. 4. Convivência familiar. 5. Interesse do menor. I. Título.

CDU: 347.642



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

PARECER DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO FINAL

Candidata: PATRICIA MELO MESSIAS

Título da Dissertação: "Guarda compartilhada - Como expressão do princípio constitucional do melhor interesse da criança"

Avaliador: Prof. Dra. FABIOLA SANTOS ALBUQUERQUE (UFPE)

Menção: Aprovada

OBSERVAÇÕES:



Assinatura do Avaliador: Fabiola S. Albuquerque

Maceió, 18 de outubro de 2006.

Aos meus pais, que sempre estiveram presentes em todos os momentos da minha vida.

Seguindo esta trilha, ao meu marido, Venicio, pelo incentivo e disponibilidade para me escutar, pelas críticas e elogios.

Aos meus filhos, Gabriel e Lívia, que contagiam sempre a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de registrar as pessoas especiais que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o resultado desse estudo.

Ao professor orientador, Paulo Lôbo, cuja figura representa para mim a de um pai, pela disposição, compreensão e sabedoria, exigindo sempre um rigor teórico compatível a um trabalho acadêmico.

Às minhas irmãs, Silvinha, Cristiane e Luciane, com quem desde muito cedo aprendi a compartilhar as idéias e as conquistas.

À amiga Lilian Jaime de Pina, pelo estímulo, pelos conselhos e por trazer sempre uma palavra de conforto nas horas de desespero.

Sou extremamente grata aos colegas da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas, especialmente ao Charles Weston, Gustavo Fortaleza, Maria das Graças Patriota e Nadja Araújo, pela direta contribuição na pesquisa e pelas preciosas sugestões.

Aos professores do mestrado, por terem compartilhado seus vastos conhecimentos.

Pela troca de idéias e compreensão, aos colegas do mestrado, em especial, ao Ângelo Braga, Beclaute Oliveira, Catarine Acioli, Luciana Ribeiro e Marcos Torres.

Aos administradores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAL, em especial, à Giovanna, sempre pronta para ajudar e ouvir.

RESUMO

O problema da guarda de filhos é cogitado quando os pais, em decorrência da separação de fato ou de direito, ou na hipótese da dissolução de união estável, passam a não conviver sob o mesmo teto ou nos casos em que os pais nunca coabitaram. Garantindo à criança o direito fundamental de conviver em família, a guarda deve sempre atender ao melhor interesse do menor, que é ter a presença de ambos os pais em sua vida. A guarda compartilhada é o arranjo familiar que dá continuidade aos vínculos afetivos estabelecidos entre pais e filhos, estimulando uma co-participação com igualdade de direitos e deveres entre o pai e a mãe, mesmo após a transformação da família. Os fundamentos constitucionais da guarda compartilhada são os princípios da igualdade de gêneros, do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Pode ser exercida com ou sem alternância de lares. Os problemas enfrentados na sua aplicabilidade pelos pais não impedem a sua implementação. A guarda compartilhada proporciona vantagens para todos os envolvidos: os pais, os filhos e o Judiciário, e encontra na mediação o caminho para sua efetivação, na medida em que promove a participação da família na composição do litígio. Apesar da receptividade dessa modalidade de arranjo no ordenamento jurídico brasileiro, ainda se está construindo de forma gradativa sua aceitação e cultura, ao contrário do que já acontece no direito comparado, onde ela é aplicada com frequência. Uma pesquisa empírica comprovou a sua operacionalização e a necessidade de que os pais sejam informados pelos operadores do direito da existência e das vantagens da guarda compartilhada.

Palavras-chaves: Convivência familiar. Interesse do menor. Guarda compartilhada.

ABSTRACT

The problem of custody of children is demanded when the parents, due to separation of spouses or judicial separation, or in the dissolution hypothesis of the consensual marriage, do not live in the same house or in the cases where the parents never cohabited. Granting to the children the fundamental right to live in family, the custody should always take into consideration the welfare of the minor, which is to have the presence of both parents in his life. The jointed custody is the familiar arrangement which gives continuity to the affective boundaries established between the father and the mother, even after the family transformation. The Constitutional Grounds of the jointed custody are the equality principle of genus, of the best interest for the minor and the absolute priority for the child and adolescent. It can be executed with or without housing alternating. The problems faced in its applicability by the parents do not impede its implementation. The jointed custody gives advantages to everybody involved: the parents, children and the judiciary, and finds in the mediation the way to its effectiveness, since it promotes the family participation in the litigation involvement. In spite of the acceptance of this modality of juridical arrangement in the Brazilian juridical ordering, it is still being constructed its acceptance gradually and culture, on the contrary what happens in the compared law, where it is applied frequently. An empirical research proved its operation and necessity that the parents are informed by the law representatives about the existence and advantages of the jointed custody.

Keywords: Family living. Minor interest. Jointed custody.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Aplicação da guarda compartilhada	125
Tabela 2 – Benefícios da guarda compartilhada á relação paterno filial	126
Tabela 3 – Sugestão da guarda compartilhada	127
Tabela 4 – Obrigatoriedade da guarda compartilhada	127
Tabela 5 – Dificuldade na aplicação da guarda compartilhada	128
Tabela 6 – Guarda compartilhada com ou sem alternância de lares	129
Tabela 7 – Rapidez na prestação jurisdicional	129
Tabela 8 – Acompanhamento psicossocial aos pais com problemas mal resolvidos eles	130
Tabela 9 – A importância da mediação na aplicação da guarda compartilhada	130

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil.

CF – Constituição Federal.

CPC – Código de Processo Civil.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 DA GUARDA EM GERAL.....	17
1.1 Conceito de guarda de filhos	17
1.2 A guarda como um direito do filho à convivência familiar	19
1.3 Problemas enfrentados na atribuição da guarda	21
1.3.1 A guarda quando os pais não coabitam	22
1.3.1.1 Guarda exclusiva	23
1.3.1.2 Guarda alternada ou residências alternadas	25
1.3.1.3 Guarda compartilhada	27
1.3.2 A guarda quando os pais nunca conviveram	29
1.4 Evolução do instituto da guarda antes da Constituição Federal de 1988	31
2 INSERÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	35
2.1 Constitucionalização do direito de família	35
2.2 Fundamentos constitucionais da guarda compartilhada	38
2.2.1 Princípio do melhor interesse do menor	40
2.2.1.1 Evolução do melhor interesse do menor	40
2.2.1.2 A Convenção internacional dos direitos da criança e outros documentos legais de proteção à infância	42

2.2.1.3	A influência da doutrina jurídica de proteção integral à criança	44
2.2.1.4	Concretização e aplicação do melhor interesse do menor	46
2.2.1.5	O princípio do melhor interesse e a guarda de filhos	49
2.2.2	Princípio da igualdade de gêneros	51
2.2.2.1	Guarda exclusiva fere o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres	54
3	DEFICIÊNCIAS DO REGIME JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL ..	59
3.1	O interesse dos pais em detrimento do melhor interesse do filho no Código Civil de 2002	59
3.1.1	A guarda na separação judicial e divórcio direto consensuais	62
3.1.2	A guarda na separação judicial e divórcio litigioso	63
3.1.3	A guarda na separação de fato	65
3.1.4	A guarda durante e após a dissolução da união estável	65
3.1.5	A guarda na separação de corpos	66
3.1.6	A guarda quando o casamento é nulo ou anulável	67
3.2	Projeto de Lei que institui a guarda compartilhada	69
3.3	Necessidade de mudança de atitude por parte do Judiciário	70
3.4	Crítica do regime de guarda exclusiva	75
3.4.1	Breves considerações	75
3.4.2	Guarda exclusiva prejudicial ao desenvolvimento da criança	76
3.4.3	Agravamento dos conflitos existentes entre os ex-casais em prejuízo dos filhos ..	79

3.4.4	Paulatino afastamento do não-guardião	80
4	OBJETIVOS E EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA	81
4.1	Objetivos da guarda compartilhada	81
4.2	Situações práticas enfrentadas na aplicabilidade da guarda compartilhada .	82
4.2.1	Novas núpcias do guardião	83
4.2.2	O surgimento de novos irmãos	84
4.2.3	Divergências entre os pais nos assuntos que dizem respeito aos filhos	85
4.2.4	Residência distante de um dos pais	86
4.3	Exercício da guarda compartilhada	87
4.3.1	Guarda compartilhada com alternância de lares	88
4.3.2	Guarda compartilhada com residência fixa	89
4.4	Guarda compartilhada de fato	90
5	REBATENDO OS ARGUMENTOS CONTRA A GUARDA COMPARTILHADA	92
5.1	Aumento dos conflitos entre o ex-casal	93
5.2	Perda de referencial	97
5.3	Necessidade de “comando único”	99
5.4	Preferência pela guarda materna	101
6	DIREITO COMPARADO	103
6.1	A experiência da guarda compartilhada no direito comparado	103
6.2	Inglaterra	104

6.3	Estados Unidos da América	105
6.4	França	107
6.5	Canadá	109
6.6	Portugal	109
7	A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	112
7.1	A mediação como recurso para solucionar os conflitos familiares que envolvem a guarda de filhos	112
7.2	A mediação a serviço do melhor interesse do menor	117
7.3	Os valores da escuta e da palavra como mecanismo para a efetivação da guarda compartilhada	119
7.4	A concretização da guarda compartilhada pela mediação	121
7.5	Projeto de lei nº 4948/2005	123
8	RESULTADOS DE UMA PESQUISA EMPÍRICA	124
8.1	Metodologia	124
8.1.1	Tipo de estudo e população-alvo	124
8.1.2	Descrição dos instrumentos	124
8.2	Análise dos questionários	125
8.2.1	Entrevista com os juízes das Varas Privativas de Família e advogados	125
8.2.2	Entrevista com pais que compartilham a guarda de filhos	131
8.3	Conclusões	133

CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIA	138

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a família passou por profundas transformações, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Converteu-se em *locus* privilegiado de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros. Dentro desse contexto axiológico, a família atual tem como parâmetros básicos os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e solidariedade.

O princípio da liberdade na família, contemplado na Constituição, enquadra-se sob duas vertentes. De um lado, a liberdade da entidade familiar perante o Estado e a sociedade. De outro, a liberdade de cada membro perante os outros membros familiares e perante a própria entidade familiar. Com efeito, a relação de afetividade entre pais e filhos não se confunde com a liberdade conferida ao casal de constituir nova família.

O princípio da igualdade de gêneros foi elevado a *status* de direito fundamental, provocando profundas transformações no direito de família. Os fundamentos jurídicos da família tradicional em que a mãe se responsabilizava pelos cuidados com os filhos e o pai pela manutenção da família restaram destroçados, na medida em que foram substituídos por outros que privilegiam a distribuição igualitária entre os dois genitores.

Novos mecanismos de proteção à pessoa dos filhos foram estabelecidos. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, internalizada no direito brasileiro em 1990, preconizou a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse. De objeto de direito, a criança passou a sujeito de direitos, refletindo na modificação do conteúdo do poder familiar, no sentido do melhor interesse do filho. Afastou-se a noção de subordinação do filho em relação aos pais, passando os filhos a serem encarados como sujeitos de direitos, pessoas dotadas de dignidade, e os pais, enquanto titulares do poder familiar, têm o dever de dirigir esforços para proporcionar aos filhos todas as condições para atender ao seu melhor interesse.

Posta no centro das relações familiares, a criança, como ser em desenvolvimento, teve o direito à convivência familiar assegurado constitucionalmente. Levando em consideração suas necessidades afetivas e emocionais e considerando que a sistemática da guarda exclusiva, fruto da sociedade patriarcal, é traumática para a criança, outras formas de organização familiar foram exigidas. A guarda compartilhada surge como o instrumento de concretização

dos princípios do melhor interesse da criança e da igualdade de gêneros na sociedade conjugal. Trata-se do modelo de arranjo mais eficaz à continuidade das relações entre os filhos menores e ambos os genitores na família reconstituída ou em casos de pais que nunca conviveram, conquanto visa diminuir as perdas sofridas pela separação dos pais, estabelecendo a co-responsabilidade parental.

Ensejando envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que assumem conjunta e permanentemente as responsabilidades para com os filhos, apesar de residirem em lares distintos, com a adoção da guarda compartilhada o filho sente menos dificuldade em enfrentar as novas rotinas e os novos relacionamentos após a separação de seus genitores.

Não obstante isso, a guarda compartilhada ainda é, no Brasil, pouco conhecida e bastante confundida com outros modelos de guarda, o que estimula o aprofundamento do estudo do tema. Entretanto, esse fato não impediu que a jurisprudência homologasse, excepcionalmente, acordos consagrando o exercício conjunto do poder paternal, após uma prévia avaliação sobre a conformidade deste ao interesse da criança.

Neste trabalho busca-se, pois, revisitar o instituto da guarda de filhos, seu conceito, enfatizando a necessidade e o direito da criança de conviver em família e o dever dos pais de proporcionar esse direito assegurado na Constituição Federal. Os principais problemas na atribuição da guarda foram enfrentados, quando se fez indispensável conceituar a guarda compartilhada e diferenciá-la de outros arranjos de guarda.

Os fundamentos constitucionais da guarda compartilhada que privilegiam a valorização das relações afetivas, do convívio dos pais com os filhos e a divisão de responsabilidades entre os pais na criação e educação dos filhos foram objeto de investigação. São normas jurídicas de caráter normativo, dotadas de eficácia a autorizar a aplicação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

A evolução do instituto da guarda antes e depois da Constituição Federal foi objeto de estudo, a fim de perquirir se, apesar da apregoada mudança de paradigma com o advento da Constituição Federal de 1988, os interesses dos pais permaneceram prevalecendo em detrimento do melhor interesse do menor, nas questões que envolvem a guarda de filhos.

Como modelo que privilegia a continuidade da relação paterno-filial, foram avaliadas as vantagens a todos os envolvidos e a importância da aplicação da guarda conjunta para o desenvolvimento sadio da criança.

Rechaçados os argumentos contrários à efetivação da guarda compartilhada, algumas situações práticas foram enfrentadas com a finalidade de, desmistificados os preconceitos que existem em relação à aplicabilidade dessa modalidade de arranjo, comprovar a sua perfeita operacionalização no ordenamento jurídico pátrio.

Em face de a guarda compartilhada ser uma realidade em muitos países do mundo, que apesar de não possuírem uma legislação que a preveja de forma explícita, adotam-na, a experiência em alguns desses países foi objeto de estudo a fim de perquirir se os resultados de sua adoção foram ou não positivos.

A mediação familiar, como importante instrumento de pacificação social, foi abordada como o caminho eficaz para o estabelecimento da guarda compartilhada, na medida em que as decisões de guarda de filhos são fruto da participação direta de ambos os genitores.

O interesse em desenvolver uma pesquisa empírica surgiu no decorrer do aprofundamento da temática, objetivando verificar os efeitos que a guarda exclusiva produziu nas famílias alagoanas e o motivo pelo qual a guarda compartilhada não é de fato aplicada e eficaz, apesar de sua possibilidade jurídica em face do ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo da temática pretende trazer contribuições efetivas aos profissionais do direito, em especial, aos advogados, juízes, promotores, que militam nas Varas de Família, pois, como condutores diretos ou indiretos das ações em que se discute a guarda de crianças, precisam rediscutir suas tradicionais posturas e adotar mecanismos eficazes de convencimento aos pais das vantagens da adoção da guarda compartilhada, em busca do melhor interesse da criança.

1 DA GUARDA EM GERAL

1.1 Conceito de guarda de filhos

Guarda é o ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, proteção e amparo¹. Na linguagem comum, ter alguém sob a guarda traz a idéia de protegê-la, estar na sua companhia e sob seus cuidados. Sua concretização se perfaz por intermédio de uma pessoa, o *guardião*, que assume o compromisso de tomar os cuidados para que nada aconteça com quem está sob sua guarda, responsabilizando-se civil e penalmente em caso de descumprimento de seu mister. Legalmente, as pessoas indicadas para o exercício da guarda dos filhos são os pais.

Não obstante isso, guarda e companhia não se confundem. A guarda² é um direito e um dever, atribuído aos pais ou a um deles, de ter seus filhos em sua companhia com o fim de protegê-los, assegurar-lhes educação, assistência moral e o cumprimento de todos os demais direitos conferidos constitucionalmente. Esse dever de proteção é mais fácil de ser exercido quando se está na companhia constante do menor, razão pela qual o direito de companhia é um direito voltado ao cumprimento de um dever. Em conformidade com Silvana Carbonera, o sentido geral da guarda tem conteúdo complexo:

O ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda está dotado de pelo menos duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda. Já a fragilidade revela a fortaleza do guardião: o mais forte, portador de mais recursos, torna-se responsável pelo mais fraco e cerca-o de proteção e cuidados, zelando para que nada de ordinário lhe aconteça³.

A guarda de um menor pode decorrer de situações diversas. Pode surgir do poder familiar imposto por lei aos pais (guarda legal), como pode decorrer de decisão judicial (guarda judicial), quando é atribuída a uma família substituta, na falta dos pais ou quando estes não apresentem condições de exercê-la.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**, 2. ed. revisada e aum.. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Vocábulo guarda, verbetes 1 e 2, p. 873.

² O direito anterior chama posse dos filhos o que o Código escolheu chamar de guarda, por correção do Senador Rui Barbosa. Seria inadequado o vocábulo “posse” conferido à pessoa do filho. Trata-se de resíduo verbal, pois o *pater familias* entre os romanos representava um poder quase absoluto sobre os filhos (Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 11. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956. v.2).

³ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 44.

Tratar-se-á neste estudo da guarda quando conexas à relação paterno-filial⁴, destacando especialmente os critérios de decisão empregados nos casos de estabelecimento judicial decorrente da dissolução da união dos cônjuges, tendo como parâmetro as transformações constitucionais.

A expressão guarda, instituto ligado ao poder familiar, conforme se vê pelos arts. 1634, II do Código Civil e 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para Waldyr Grisard Filho, a guarda é definida como "um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 384, II, do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas."⁵

Apesar de ser um dos elementos do poder familiar, com este não se confunde. A perda da guarda não acarreta a perda do poder familiar. Isto porque a guarda não é da essência do poder familiar, podendo ser do mesmo destacada e atribuída a apenas um dos genitores ou até mesmo a terceiros. Daí se infere que pode ser que alguém detenha o poder familiar sem exercer a guarda, ou ainda, a guarda pode ser exercida isoladamente e não apenas exclusivamente pelos genitores do menor. Não obstante isso, a perda da guarda enfraquece o exercício do poder familiar, na medida em que este deixa de ser pleno. J. M. Leoni Lopes de Oliveira assim a define:

A guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade. O efetivo relacionamento pais-filhos é proporcionado pelo feixe de direitos e deveres que se entrecruzam no exercício da guarda⁶.

Mário Aguiar Moura, centrando o tema no elemento posse, no contato contínuo, entende que, "em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico"⁷.

Com efeito, infere-se o caráter protetivo do instituto e a guarda como um direito do filho à convivência com seus pais. A guarda de filhos diz respeito aos menores de 18 anos e

⁴Relação paterno-filial diz respeito à relação decorrente do vínculo de parentesco, seja consanguíneo, seja civil, em linha reta e de primeiro grau, que liga permanentemente pais e filhos.

⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47.

⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 53.

⁷ MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 19, p. 15-16, 1980.

aos maiores incapazes, que devem ser protegidos com prioridade, atendendo a seus interesses, considerando sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. A fragilidade do menor é o que justifica o dever por parte dos pais de protegê-lo, de guardá-lo.

1.2 A guarda como um direito do filho à convivência familiar

O direito de família, com a constitucionalização do direito civil, certamente foi o ramo do Direito que mais absorveu os influxos da humanização das relações jurídicas. A família, como espaço íntimo da pessoa, transformou-se em instrumento de felicidade e de realização pessoal de cada um de seus membros, sendo o ambiente necessário para o seu desenvolvimento pessoal.

Institutos de cunho privado, como a guarda, foram convidados a redesenhar um outro modelo jurídico, consagrando os princípios previstos na Constituição Federal. Desta feita, os preceitos do antigo Código Civil brasileiro, que definiam a guarda, bem como os contidos na Lei nº 6.515/77, passaram a ser lidos à luz do texto constitucional. Neste diapasão, a decisão acerca da guarda dos filhos passou a ter como critério determinante o melhor interesse dos filhos.

A Constituição Federal, em seu art. 227⁸ assegurou ao menor, dentre os direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à educação e à proteção ao trabalho, o direito à convivência familiar, dando primazia aos aspectos pessoais das relações humanas, reconhecendo à família a sua condição de *locus* privilegiado para o desenvolvimento de relações interpessoais mais justas, através do desenvolvimento de seres humanos mais completos e psiquicamente melhor estruturados, em especial destaque para a pessoa do filho. Trata-se de direito fundamental do menor e de dever do Estado e da

⁸ Art. 227 da CF/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

Sociedade. O art. 7º⁹ da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o art.6º¹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente também asseguram esse direito.

É no grupo familiar que se incute na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, futuramente, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada, daí a importância do convívio familiar na vida do menor. A constituição do ser humano (corpórea e psíquica) resulta de uma conjunção material e espiritual daqueles que lhe dão origem e com ele convivem. O adulto é o resultado de sua infância, do convívio com seus pais. A falta de convivência em família e de afeto para a sua formação desemboca na criança e no bebê traumatizados, a influenciar na formação de sua personalidade.

Num sentido amplo, em conformidade com a Carta Magna, deve-se entender por família não só a decorrente do matrimônio como também aquela oriunda da união estável entre homem e mulher ou aquela decorrente da comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecida esta última como famílias monoparentais, e, por último, a família adotiva. Sob essa ótica, a guarda é parcela do pátrio-poder que atribui aos pais o direito de ter seus filhos menores em sua companhia, sendo também um dever na medida em que os pais não podem abandoná-los, devendo protegê-los, física e moralmente. Nesse sentido assinala Luiz Edson Fachin:

[...] do desenho patriarcal da família, retira legitimidade não apenas da expressão 'pátrio-poder', mas, de certo modo, também de 'pátrio-dever', embora esta, bem mais adequada que aquela. Ambas, porém, remetem para uma função que não toca mais apenas ao pai e se encontra diluída aos pais, incluindo necessariamente a mãe. Falar-se-ia um pouco melhor em poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória.¹¹

A guarda não é um poder absoluto, já que se subordina às normas nacionais e internacionais e, especialmente, ao princípio do melhor interesse da criança. Com efeito, a

⁹ 9 Convenção Internacional dos Direitos da Criança, art.7º,1: "A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e ser cuidada por eles". (Cf. CONVENÇÃO Internacional dos Direitos da Criança de 1989. Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990.

¹⁰ Art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (Cf. BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. p. 13563.)

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 245-246.

convivência familiar, sendo expressão do exercício da guarda, quer ensejar o direito do menor de ser criado e educado no seio familiar, consubstanciada na comunidade formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes. A referência comporta não só a guarda material, mas também a jurídica.

A sanção para o guardião que deixa de respeitar os critérios de fiel responsável é a perda da guarda, por meio da revogação judicial. A decisão é precedida de um amplo contraditório, em que fica comprovada a existência de motivos graves, ofensivos aos direitos do menor.

Pôr um ser humano no mundo enseja responsabilidades, não só de ordem material, mas em especial de ordem afetiva, na medida em que o carinho e o afeto são indispensáveis ao crescimento do ser humano. Os pais têm o dever de prover um ambiente físico e emocional que contribua para o crescimento e desenvolvimento saudável do menor¹². O menor, desta forma, deve estar guardado, protegido no âmago de sua família, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, pois é no lar que as crianças formam o alicerce para o autogoverno, que aprendem a cooperar, a repartir, a ser felizes, a cumprir os próprios deveres; é, portanto, a primeira e mais importante escola da vida.

Admite-se, apenas excepcionalmente, a colocação do menor em uma família substituta, por tutela, guarda ou adoção, nos casos em que a convivência com a família biológica seja prejudicial ao menor em decorrência da ausência de aptidão dos pais para o exercício do poder familiar.

Assim, esse poder-dever a ser exercido pelos pais no interesse dos filhos constitui uma nova concepção de guarda. Nessa tarefa, há que se observar a mudança qualitativa esculpida nos valores constitucionais que tutelam a família e a criança, agora reconhecida como sujeito de direitos e não repositório do desamor dos pais.

1.3 Problemas enfrentados na atribuição da guarda

Um dos mais importantes atributos do poder familiar é a guarda, fundada na relação paterno-filial. Indicando o lugar de convivência familiar do filho menor, deve, em princípio, a

¹²MORGENBESSES, Mel; NEHLS, Nadine. **Joint Custody**: an alternative for divorcing familie. Chicago: Nelson-Hall, 1981. p. 9..

guarda do menor coincidir com a residência do guardião e atender ao melhor interesse daquele.

Como regra geral, na constância do matrimônio ou da união estável, o poder familiar é exercido por ambos os pais. Os pais têm os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos, a mesma autoridade para tomar decisões em seu nome.

A guarda é cogitada quando os pais passam a não coabitar, em decorrência da separação de fato ou de direito dos genitores, ou na hipótese da dissolução da união estável dos companheiros, ou ainda quando os pais nunca coabitaram, desembocando na questão do reconhecimento do filho “havido fora do casamento” (artigo 1.607 do Código Civil brasileiro).

Trata-se de questões que devem ser detalhadamente analisadas.

1.3.1 A guarda quando os pais não coabitam

Quando cessa a convivência dos pais, os atributos do poder familiar, em especial a guarda dos filhos, podem ser por aqueles disputados. Esse litígio afeta diretamente a vida dos menores, que são pessoas em desenvolvimento, razão pela qual se deve buscar uma solução que preserve a unidade familiar, conformando-se, assim, com o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

A doutrina e a jurisprudência apontam diversos arranjos para a determinação da guarda dos filhos. No entanto, em princípio, convém definir as guardas legal e física que, além de não se confundirem, nem sempre coexistem. A guarda legal ou jurídica é conferida por lei como atributo do poder familiar e corresponde à responsabilidade dos pais de dirigir a vida dos filhos, decidindo sobre sua educação, saúde, lazer. Guarda física quer ensejar a presença do menor na mesma residência dos pais¹³, convivendo com os titulares do poder familiar.

Também não se confunde a guarda física com a companhia, na medida em que esta última nem sempre quer ensejar a residência do menor. Os pais, ao deixarem os filhos com os

¹³ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicação, 2002. p. 76. Art. 76, parágrafo único, dispõe: “O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente”.

tios, ou com os avós, ou até mesmo com a professora na escola, não estão a estes últimos atribuindo a guarda física dos menores, mas apenas deixando-os em sua companhia.

A guarda jurídica quando atribuída aos pais pode se apresentar em três modalidades distintas, a saber: guarda exclusiva, alternada e compartilhada. Vejamos cada uma delas, minuciosamente.

1.3.1.1 Guarda exclusiva

A guarda exclusiva é uma modalidade de guarda atribuída unicamente a um dos genitores, podendo ter como destinatários tanto o pai como a mãe, a depender do caso em concreto. Os filhos ficam sob a direção e os cuidados de um dos pais¹⁴.

O Código Civil¹⁵ determina a exclusividade da guarda sempre que não houver acordo entre os genitores e tendo como critério para a sua atribuição as melhores condições que o pai ou a mãe apresentar para exercê-la. Por melhores condições deve-se entender o melhor interesse do menor.

O juiz, em conformidade com os aspectos do caso concreto, fornecidos pelas partes, pela equipe interprofissional e, se possível, pela audição dos filhos, deve decidir singularmente, levando em conta que o que está sob seu crivo são as pessoas e não as instituições maternidade e paternidade, razão pela qual sua decisão em conceder a guarda ao pai ou à mãe deve ser pautada no melhor interesse do menor e no princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, os quais podem recomendar seja atribuída a terceiro, parente ou não. Com efeito, o acordo não prevalece sobre o princípio, antes deve concretizá-lo.

Ressalte-se que essa decisão não deve ser tomada considerando o sexo do genitor, que além de discriminatória, não discute o conteúdo dos papéis. Esse alerta é propositado, pois apesar da condição de igualdade dos genitores, reconhecida pela Constituição Federal de 1988, o sexo ainda é o fator determinante nas decisões de guarda.

Eduardo de Oliveira Leite revela sua preocupação:

¹⁴ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicação, 2002. p. 283. Em conformidade com o art. 1.589.

¹⁵ Ibid., p. 282. Em conformidade com o art. 1.584.

O perigo maior 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 julgadores, 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 do que os homens, pais.”¹⁶

Isso provavelmente se explica pelo fato de que os profissionais do direito nasceram e cresceram sob a égide de um arcaico modelo de pai e trazem consigo as marcas indeléveis desta educação, o que fatalmente reflete na maneira de conduzir, de opinar e julgar os pedidos de guarda que tramitam nas Varas de Família. O certo¹⁷ é que nas ações de separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável e de reconhecimento de filhos, quando a guarda dos filhos é disputada pelos pais, normalmente, ela é deferida à mãe. Ao pai, restam-lhe as visitas e a pensão alimentícia. Neste particular, o preconceito em relação aos homens é tamanho que, ao consultarem um advogado que milita na área de direito de família sobre o assunto, logo são desestimulados. A rigor, o pai só consegue a guarda dos filhos quando a mãe está acometida de sérias perturbações mentais, em conformidade com laudos psicológicos ou médicos, ou comprovada inidoneidade moral, ou quando ela concorda com o pedido.

Ao genitor não-guardião é facultado o direito de visitas e o exercício do poder de fiscalização da guarda atribuída ao outro, apesar de a lei se referir à visitação e à fiscalização como uma faculdade do pai não-guardião, como se ficasse a seu arbítrio. A rigor, trata-se de um dever deste último, de extrema importância ao desenvolvimento da criança.

Ressalte-se que os períodos de visita ficam a critério do consenso das partes ou do juiz, mas sempre pautados no melhor interesse dos filhos. Se a proximidade for, de uma forma ou de outra, prejudicial ao menor, poderá ou ser inspecionada por um terceiro, ou ser reduzida em quantidade, ou cessada, ainda que temporariamente.

O genitor guardião não pode impedir a visitação, sob pena de perder a guarda dos filhos, já que além de um direito dos filhos e do genitor não-guardião é um dever deste último, que tem a oportunidade de fiscalizar a atuação do guardião.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 201.

¹⁷ Dados colhidos durante a realização da pesquisa empírica constante no capítulo 8 desta dissertação.

O direito de visitas também pode e deve ser conferido aos avós e a outros parentes, sempre no interesse das crianças.

A doutrina tem hostilizado essa modalidade de arranjo, que foi fruto de uma sociedade patriarcal, na qual o modelo antiquado de família socialmente imposto aos casais reservava à mulher a tarefa da educação dos filhos e os cuidados da casa, e ao homem o encargo do sustento da família, das tomadas de decisões. A mulher, assim, era considerada a única pessoa adequada para cuidar dos filhos e do lar, restando ao homem o papel de provedor.

A guarda exclusiva fere mortalmente os princípios constitucionais da igualdade entre homem e mulher e do melhor interesse do menor, que sempre estiveram longe de ser uma realidade, na medida em que sempre geraram tensões e conflitos, em especial prejuízo do filho, que se vê como joguete dos ressentimentos, dos desamores. Em prejuízo dos filhos, reduz o papel da coparentalidade, vez que o direito de visita impede o convívio do menor com o genitor não-guardião.

1.3.1.2 Guarda alternada ou residências alternadas

Essa modalidade de guarda caracteriza-se pela possibilidade de o filho viver na casa do pai e na casa da mãe alternadamente, segundo periodicidade entre eles ajustada, que pode ser de um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana. Para que o menor não faça distinção entre as duas residências, é necessário que cada uma delas mantenha as mesmas condições de ambiente familiar, a fim de que o filho não as diferencie. A periodicidade deve ser pautada no melhor interesse do menor, o que demanda compreensão entre os pais. Na organização da alternância, os períodos de férias, bem como aniversários e as demais festas familiares, devem ser previstos e regulamentados.

Cada um dos pais se responsabiliza pelas decisões referentes aos filhos durante o período em que estão sob sua guarda; ou melhor, cada um dos genitores detém, com exclusividade, a totalidade do poder familiar durante o período da guarda, o que implica, necessariamente, uma alternância da guarda física. Ao término deste período os papéis são invertidos.

Seu propósito é permitir a convivência do filho com ambos os pais, ainda que em residências alternadas, bem como o exercício igualitário do poder familiar. Não obstante isso,

essa modalidade de arranjo tem sido alvo de fortes críticas da doutrina, sob o argumento de que os filhos ficam como “petecas”, sendo jogados de um lado para o outro, em meio a conflitos entre seus pais. Outro argumento é a inviabilização da consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade da criança em decorrência da constante troca, o que provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. Nessa posição se manifesta Waldyr Grisard Filho:

As repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações, provoca no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados, por lei, a dividir pela metade o tempo passado com os filhos¹⁸.

Para Silvana Maria Carbonera¹⁹, a guarda alternada apresenta fatores positivos e negativos. Tem a seu favor a possibilidade de manter a relação mais intensa entre os pais e o filho, possibilitando uma rotina de vida normal entre eles, além de assegurar aos pais a igualdade no exercício do poder familiar. Por outro lado, o filho será dirigido, a cada período de mudanças, de forma diferente, tendo que se adequar a decisões diferenciadas no que concerne a sua educação, criação e proteção, o que gera “confusão e falta de referenciais”, contrariando, além do mais, sua necessidade de estabilidade.

Por outro lado, Paulo Lôbo²⁰ entende que apesar de o direito brasileiro ter a guarda alternada como regime facultativo, deve ser ela estimulada pelos juízes da infância e juventude, nas hipóteses de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, a fim de que a convivência familiar, ainda que não se dê sob o mesmo teto, torne-se uma realidade, com o auxílio da mediação familiar. Cita o exemplo da França que, em março de 2002, ao reformar a autoridade parental prevista no Código Civil (sobretudo nos arts. 371 a 387), promoveu grandes alterações nas relações jurídicas entre pais e filhos. Uma delas foi a adoção preferencial da residência alternada como modelo a ser adotado pelos pais, a não ser que circunstâncias específicas não a permitam. Para os parlamentares franceses, a adoção desse regime de guarda implica o desaparecimento do direito de visitas, considerado uma “noção obsoleta e reducionista”. Argumenta Paulo Lôbo que a residência alternada é corolário da

¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 78-79.

¹⁹ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p.152.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 122.

autoridade parental conjunta, da igualdade dos pais, do direito da criança a cada um de seus pais e da co-responsabilidade parental.

1.3.1.3 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada²¹ é uma alternativa de aplicação do poder familiar no caso de fragmentação da família, objetivando sejam mantidos nessa nova realidade os vínculos entre genitores e filhos. Enseja envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que assumem conjunta e permanentemente as responsabilidades para com os filhos, apesar de residirem em lares distintos. Detendo ambos os pais a guarda legal dos filhos, todas as decisões importantes que digam respeito aos mesmos, como os cuidados com a saúde, a educação e o bem-estar espiritual em geral, entre outros, são tomadas em conjunto, pois o controle é exercido conjuntamente. Trata-se, portanto, de modalidade que mantém intacto o exercício do poder familiar mesmo depois da ruptura do casal. Por outro lado, participando os pais das atividades dos filhos, estes últimos sentem menos dificuldade em enfrentar as novas rotinas e os novos relacionamentos após a separação de seus genitores.

Permitindo que os filhos vivam e convivam em estreita relação com o pai e com a mãe, esta modalidade de arranjo aproxima a relação materna da paterna, visando o bem-estar dos filhos. Sérgio Eduardo Nick Leite²² vislumbra o melhor interesse da criança na guarda compartilhada:

Guarda compartilhada refere-se à possibilidade de os 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.

Em conformidade com Paulo Lôbo²³, na guarda compartilhada o direito de visitas torna-se dispensável, na medida em que os pais participam da vida cotidiana do filho comum.

Os posicionamentos expostos defendem a guarda compartilhada jurídica, ou seja, a guarda compartilhada com a finalidade de que ambos os pais dividam a responsabilidade e as

²¹ Ver os argumentos contrários à guarda compartilhada no Capítulo 5.

²² NICK, Sergio 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. 135.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 122-123.

principais decisões relativas aos filhos. Na concepção desses doutrinadores, é indispensável que o menor tenha uma residência fixa, ou na casa do pai, ou na residência da mãe, ou na de um terceiro. Os filhos, desta forma, passam um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixem prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Evidentemente que essa faculdade de deslocamento de residências exige que os casais mantenham um bom relacionamento entre si, em nome do interesse dos filhos. Para esta corrente, a guarda jurídica é de ambos, razão pela qual desaparece a figura da fiscalização.

Essa questão do poder de fiscalização, dirimida pelo art. 1632²⁴ do CC, gerou controvérsias já que se partia do pressuposto que o não-guardião, por não deter a guarda física, estava impedido de questionar qualquer atitude praticada pelo guardião. Imaginava-se que os direitos do não-guardião eram tão-só o de pagar pensão e o de visita.

Segundo essa linha de pensamento, portanto, o não guardião continuará a exercer na totalidade todos os direitos inerentes à guarda jurídica, devendo acompanhar a criança ou adolescente no seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, através do seu poder de fiscalização, em conformidade com o art. 1589²⁵ do novo Código Civil de 2002.

Não existe na guarda compartilhada um arranjo padrão. O melhor arranjo é aquele que possibilita uma convivência estreita das crianças com os seus pais. Os sentimentos de responsabilidade e de solidariedade devem ser incentivados, organizando-se um modelo de forma livre, mas a favor da criança, levando em conta especialmente as suas necessidades afetivas e emocionais, na medida em que a partilha de responsabilidades entre os pais torna a dissolução do casamento (ou de uma qualquer outra união) menos traumática para a criança. Essa é a posição de Eduardo de Oliveira Leite²⁶, para quem a guarda compartilhada surgiu da consideração de duas premissas fundamentais: o desequilíbrio dos direitos parentais, que se tornou uma medida anacrônica, e uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre o

²⁴ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicação, 2002. p. 288. Art. 1.632: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

²⁵ Ibid., p. 283. Art. 1.589: “O pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 262.

menor em uma sociedade de tendência igualitária. Neste modelo de guarda, segundo o autor, os pais continuam a agir como tais, exercendo uma forte influência na vida dos filhos, o que não ocorre quando um deles tem a custódia, restando ao outro apenas a visita que, mesmo que seja a mais liberal, não permite a participação do pai não-guardião na criação do menor.

Com efeito, a guarda compartilhada concretiza os princípios do melhor interesse da criança e da igualdade parental. A compreensão do melhor interesse do menor é, portanto, a de que o bem-estar da criança deve se sobrepor aos direitos de cada um dos pais, vez que a preocupação do aplicador da lei não deve ser a controvérsia existente entre eles, mas sim a satisfação dos princípios do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Os motivos aduzidos como fundamento da ruptura da união não são levados em conta na atribuição desta modalidade de guarda.

1.3.2 A guarda quando os pais nunca conviveram

A problemática da guarda de filhos de pais que nunca mantiveram convivência familiar desemboca no reconhecimento do filho “havido fora do casamento”.

Com a Constituição Federal de 1988, a família se converteu no lugar de convivência e desenvolvimento de cada um de seus membros, cumprindo, assim, o seu papel de reconhecimento da dignidade humana, extirpando preconceitos de origem e de condição.

Proibindo as designações discriminatórias, perderam sentido os adjetivos legítimos, legitimados, ilegítimos, incestuosos, adulterinos, naturais, espúrios e adotivos. A Carta Magna reconheceu a igualdade entre os filhos, quer sejam eles biológicos, havidos na relação do casamento ou não, quer sejam não-biológicos, em decorrência da adoção.

Com efeito, não há qualquer restrição quanto aos filhos havidos fora do casamento, pois o que importa é a existência do nexu biológico. O casamento ou não-casamento dos genitores é irrelevante para deflagrar a condição jurídica de filho.

A proibição da discriminação, além de igualar os filhos, quer sejam fruto do casamento, quer de relação extramatrimonial, possibilitou o reconhecimento destes últimos, voluntária ou judicialmente.

Como consequência da proibição da discriminação, o ordenamento jurídico brasileiro permite aos filhos, mesmo aqueles nascidos fora do casamento, o direito ao poder familiar, a ser exercido em conjunto pelos pais.

Nesta trilha, segue a legislação infraconstitucional. O artigo 1.611 do Código Civil brasileiro proíbe que o filho reconhecido por um dos cônjuges resida em lar conjugal sem o consentimento do outro. Neste caso, caberá ao pai ou mãe que reconheceu o filho, prestar-lhe, fora de sua residência, assistência material e espiritual de forma igual à que presta aos seus filhos gerados no matrimônio, caso os tenha.

Em conformidade com o artigo 1.612 do atual Código Civil brasileiro, o filho reconhecido menor ficará sob a guarda exclusiva de quem o reconheceu. No caso de ambos os pais reconhecerem-no, prevalecerá o que eles dispuserem no que se refere à guarda. Inexistindo acordo entre os pais, o juiz atribuirá o exercício da guarda àquele que melhor atender aos interesses do menor.

Apesar de a lei não dispor que o juiz poderá decidir diferentemente do acordado entre os pais, deve-se entender que, em qualquer caso, cabe ao juiz concretizar o melhor interesse do menor reconhecido. O acordo não pode prevalecer sobre o princípio constitucional do melhor interesse do menor, especialmente pelo fato de que seus pais não convivem.

Estatui o artigo 1.616 do Código Civil que “a sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade”. Isto porque nesses casos, presume-se que o genitor não tenha afeto pelo filho biológico, razão pela qual a convivência entre pai-filho ao invés de ser benéfica pode ter resultados nefastos. Por outro lado, a paternidade/maternidade socio-afetiva está acima da biológica. Se o terceiro reúne melhores condições, e traz vantagens para o menor ou incapaz sob todos os aspectos, não há óbice à guarda, ainda que destituído de vínculos biológicos. Afinal, vivemos na época em que se reconhece o afeto como valor jurídico.

1.4 Evolução do instituto da guarda antes da Constituição Federal de 1988

O regime jurídico da guarda acompanhou as necessidades de cada época. A família, por muito tempo, esteve atrelada ao casamento, o que refletia de modo direto na atribuição da guarda, quando da ruptura familiar.

Tradicionalmente, nas relações jurídicas que envolviam guarda de filhos, o que efetivamente importava era a sua valoração biologizada e a sua valoração patrimonializada. Ou melhor, distanciados da afetividade, o direito e a jurisprudência preocuparam-se em garantir ao filho o seu reconhecimento consangüíneo, o seu direito a alimentos e o seu direito a herdar, como se somente isso bastasse à relação paterno-filial.

A guarda era considerada um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita ao não-guardião, que tinha o dever de a ela se submeter, desvirtuando-se, pois, o instituto da guarda, ao retirar sua função primordial de salvaguardar a convivência entre pais e filhos e o melhor interesse do menor. Essa perspectiva é ainda mais nítida quando a lei realça a culpa dos genitores pela separação como critério determinante para a atribuição da guarda.

Apesar de a doutrina e jurisprudência, paulatinamente, procurarem diminuir o papel da culpa e investigar o melhor interesse do filho, ainda não se conseguiu, de forma satisfatória, afastar completamente os resquícios do direito subjetivo, reduzindo o papel dos pais a um feixe de prerrogativas e poderes a serem ostentados, exigidos e confrontados no caso concreto, envolvendo o destino da prole.

Nos últimos anos, a tentativa é de implementar medidas que, salvaguardando o interesse das crianças e adolescentes, tornem ambos os pais co-responsáveis pelo desenvolvimento físico e espiritual de seus filhos, mesmo após a dissolução do matrimônio ou da união estável, valendo-se da guarda compartilhada.

O Decreto 181 de 1890 foi o primeiro diploma legal a tratar da proteção dos filhos de pais que não conviviam. Havia uma preocupação muito grande com a proteção do casamento, e o destino dos filhos se apresentava como decorrência da relação matrimonial. Da análise de

seu art. 90²⁷ decorria que o deferimento da guarda dependia da demonstração de boa conduta na convivência matrimonial e não da paternidade. Partia-se do pressuposto de que na separação o cônjuge inocente era o mais adequado a dirigir a educação e criação dos filhos.

Ainda atrelada ao casamento, apenas a família legítima tinha o respaldo do Estado. E neste contexto, o Código Civil de 1916 estabeleceu a guarda dos filhos quando houvesse a ruptura conjugal. O casamento somente poderia ser dissolvido ou com a morte de um dos cônjuges, ou pelo desquite que não obstruía o vínculo matrimonial.

No que respeita à guarda, em conformidade com o Código Civil de 1916, esta era exercida pelo marido, considerado o chefe da família e, em caso de impedimento ou na sua ausência, poderia ser exercida pela esposa (art. 380).

Em seus arts. 315 a 329, era disciplinada a dissolução da sociedade conjugal e a proteção da pessoa dos filhos, e o artigo 325 determinava que, quando da dissolução amigável de um casamento, se respeitasse o que fosse acordado entre os cônjuges sobre a guarda dos filhos. Não existindo acordo, em conformidade com o artigo 326, deveria ser observado, com rigor, se a dissolução foi ocasionada por culpa de um ou de ambos os cônjuges, conquanto a guarda fosse atribuída ao cônjuge inocente, em detrimento do interesse dos filhos. Mas, em caso de ambos os pais serem culpados, o critério para a atribuição da guarda era a idade e o sexo dos filhos. As meninas e os meninos menores de seis anos ficavam sob a guarda da mãe e, a partir de então, a guarda dos meninos era conferida ao pai.

Percebe-se, de forma cristalina, que o regime de arranjo de guarda do Código Civil de 1916 era a exclusividade da guarda do filho a apenas um dos pais, como uma sanção ao outro por ter dado ensejo à dissolução do matrimônio.

O artigo 380 do mesmo diploma legal, em caso de anulação do casamento, determinava as mesmas diretrizes.

Em 1941, surgiu o Decreto-Lei nº 3.200 que disciplinou a guarda do filho natural, determinando, através de seu artigo 16, que este ficasse com o progenitor reconhecente e, caso

²⁷BRASIL. Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Coleção de Leis do Brasil**, v.1, Coluna, 8, p. 168. Art. 90: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher se esta for inocente e pobre.”

o reconhecessem ambos, que ficasse sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor. A Lei nº 5582/70, por sua vez, alterou o artigo 16 deste Decreto determinando que o menor ficaria com a mãe, em caso de reconhecimento por ambos os pais, salvo se disto adviesse prejuízo de ordem moral ao filho.

O surgimento da Lei nº 4.121, em 1962 (Estatuto da Mulher Casada), apesar de alterar as disposições concernentes ao desquite litigioso, manteve as regras do desquite amigável relativamente à guarda dos filhos. Não se considerava mais, no caso de culpa de ambos os cônjuges, sexo e idade dos filhos. Os filhos menores eram entregues à mãe, se ambos os cônjuges fossem culpados, facultando-se outra decisão ao juiz, se concluísse que haveria prejuízos morais aos menores. E, ampliando o que estava no Decreto-lei nº 9.701/46, autorizou o juiz, caso os pais não reunissem condições de ter a guarda de filhos menores, deferi-la à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer um dos cônjuges, assegurando-se o direito de visita.

A partir da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, o casamento deixou de ser indissolúvel. A Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) traçou o caminho segundo o qual a guarda significava não apenas guardar, mas também assumir responsabilidade, no interesse da criança. Se a separação era consensual, o juiz homologava o que os cônjuges decidissem, inclusive no que diz respeito à guarda. Mas em caso de conflito, observava-se o seguinte esquema: a) se a causa foi conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, a guarda é do inocente (art. 5º, *caput*). Se ambos fossem culpados, os filhos ficavam com a mãe, salvo se o juiz entendesse que a solução prejudicaria moralmente os filhos. Ao cônjuge não-guardião, restava-lhe o direito de visita e fiscalização. Percebe-se, pois, que nem sempre a guarda atribuída a quem não deu ensejo à dissolução do matrimônio era o melhor para a criança, donde se conclui que, a rigor, os filhos eram considerados objetos da relação travada entre seus pais. A lei conservou, ainda, a possibilidade de o juiz, constatando que os filhos não pudessem permanecer com os pais, determinar a guarda à pessoa idônea da família de um dos cônjuges. Anulado o casamento, a guarda seria deferida ao cônjuge que não tivesse dado causa à anulação.

A Lei do Divórcio disciplinou ainda mais duas hipóteses de dissolução da vida em comum. A separação de corpos em que o casal, após um ano de separação de fato, entendia impossível a reconstituição, caso em que a guarda dos filhos era atribuído ao cônjuge em cuja

companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum. Constatada a separação baseada em doença mental grave de um dos cônjuges, após cinco anos considerada incurável, que impossibilitasse a continuação da vida em comum, os filhos ficariam sob a guarda do cônjuge que tivesse melhores condições para assumir o encargo.

O predomínio da guarda unilateral visava evitar conflitos entre os pais sobre a vida e a educação da criança, assim como impedir que esta fosse usada como arma no conflito entre os pais. Conseqüentemente, a guarda única foi considerada a solução mais adequada ao interesse da criança para uma vida estável.

O juiz podia, ainda, diante de motivos graves e com fundamento no interesse dos filhos, decidir diferentemente do que foi determinado em lei, mas sempre dando preferência à guarda monoparental.

Tratando-se de divórcio do casal com filhos, mantinha-se, no que diz respeito à guarda, o que foi decidido na separação e, em caso de divórcio direto, discutia-se, tal qual na separação, a guarda dos filhos, permanecendo em princípio com quem já estava quando da separação de fato.

Com efeito, a guarda era decidida pelo juiz, levando em consideração a culpa dos cônjuges pelo fim do casamento e a preferência da mãe. Apesar do avanço social da Lei do Divórcio, que instituía a dissolução do vínculo matrimonial, permaneceram as linhas gerais do modelo jurídico codificado de arranjo de guarda.

2 INSERÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

2.1 Constitucionalização do direito de família

O direito civil passou por um importante processo de transformação, no trânsito do Estado liberal para o Estado social: a constitucionalização do direito civil, entendido como a elevação de princípios fundamentais do direito civil a nível constitucional. Esse fenômeno deve ser encarado como critério hermenêutico formal do direito civil. Deixando o direito civil de ser o centro ordenador das relações sociais, a Constituição foi alçada à condição de diretora e conformadora de toda ordem jurídica, inclusive a civil que, de forma tradicional, sempre foi responsável pelos conceitos, categorias e classificações para consolidação dos vários ramos do direito. O Código Civil perdeu o seu papel de Constituição de Direito Privado, na medida em que o Texto Constitucional passou a definir princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil.

Garantindo a Constituição a unidade do ordenamento jurídico, as questões jurídicas de cunho privado passaram a ser avaliadas tendo como parâmetro esse novo contexto. O princípio da proteção à dignidade humana, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal passou a vincular todas as instituições, com *status* constitucional.²⁸

O constituinte abandonando a postura patrimonialista, atribui ao princípio da dignidade humana a função de base, alicerce, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui: um princípio fundamental, na medida em que confere à dignidade humana uma proeminência axiológica sobre os demais valores acolhidos pela Carta Magna. Vale dizer, portanto, que a dignidade humana como um valor fundante da República é não apenas um princípio da República, mas também da ordem política, social e econômica. Implica, também, reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve ser o de propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade. Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁹ afirma que a positivação do:

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações de família. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 49.

²⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, **Revista Interesse Público**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 34, 1999.

princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins: que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

A partir da Carta Constitucional de 1988, pois, tem-se a consciência de que a prioridade do Estado (política, social, econômica e jurídica) deve ser o homem, em todas as suas dimensões, como fonte de sua inspiração e fim último. O ser humano, portanto, passa a ser concebido como centro do universo jurídico e prioridade justificante do Direito.

Profundas mudanças se instalaram, especialmente no direito de família³⁰. Em princípio, na concepção moral da família. A família funda-se na ordem constitucional moderna no princípio da afetividade, da solidariedade, da dignidade das pessoas que integram a comunidade familiar. Encarada a família como núcleo de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, os filhos passaram a ser tratados como sujeitos de direito e com vida jurídica própria. A família passou a ser vista não como um bloco, mas um agrupamento de individualidades. O que sustenta a família é o amor, recuperando-se, assim, a função de grupo unido por desejos e laços afetivos de comunhão. Promoveu-se a plena equiparação dos filhos, desvinculando-os da situação jurídica dos pais que, independentemente de serem ou não casados, de coabitarem ou não, têm o dever de assistir, criar e educar os filhos, refletindo uma nova tábua axiológica, com plena eficácia para todo o ordenamento jurídico.

A tendência para a igualdade formal de gêneros imposta pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, *caput* refletiu nas normas relativas aos efeitos do casamento, que atribuiu iguais direitos e deveres, a homens e mulheres, relativos à sociedade conjugal. Valorizando todos os membros da família como sujeitos de direitos, a preocupação passou a ser a realização pessoal de cada um de seus integrantes e não mais a manutenção do matrimônio. Homens e mulheres, em igualdade de oportunidades, passaram a ter os mesmos direitos de conviver com seus filhos e de por eles se responsabilizar.

A pessoa humana passou a ser o centro epistemológico do direito civil. O artigo 226, em seu parágrafo sétimo dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e

³⁰ A constitucionalização do direito de família é fato recente. Até a Constituição de 1988, a lei fundamental da família era o Código Civil brasileiro. Em 1988, há uma guinada fundamental e a legislação infraconstitucional passa a ter validade somente se interpretada em consonância com o disposto na Constituição Federal, e, na hipótese de incompatibilidade, não há a recepção da legislação infraconstitucional.(Cf. FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 36-37).

fundamenta-se nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. E, o artigo 227 impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

Dentre os variados temas fornecidos pelas relações de família, destaca-se a guarda de filhos em decorrência da dissolução da união dos genitores, ou de pais que nunca conviveram. Os filhos que não tinham vida jurídica própria, apesar de seu *status* jurídico, encontravam-se atrelados à situação dos pais. A Constituição Federal de 1988 consolidou a base estrutural dos direitos, sendo-lhes assegurado, com prioridade absoluta, o seu melhor interesse.

Outros institutos evoluíram, como a paternidade socioafetiva, a concepção de famílias formadas por pessoas do mesmo sexo e também a idéia de famílias monoparentais. Foram criadas novas expressões em consequência dessas mudanças paradigmáticas como relações homoafetivas, famílias binucleares, famílias pluriparentais. Essas características eram ignoradas pelo Código de 1916, que sobrevalorizava o patrimônio em detrimento da pessoa; que desprezava a igualdade material da mulher e dos filhos.

O processo de constitucionalização do direito civil, que atingiu a família, impõe uma releitura de todos os setores deste ramo do Direito. As soluções dos casos concretos somente podem ser alcançadas à luz de todo o ordenamento jurídico, e em especial de seus princípios fundamentais e não mais de um específico artigo de lei. Toda a legislação infraconstitucional, portanto, deve ser relida sob o manto da nova Carta Magna e da nova tábua de valores a informar todo o ordenamento jurídico.

Em conformidade com Paulo Lôbo³¹, após algumas vacilações, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a tese da revogação das normas anteriores que fossem incompatíveis com as normas e os princípios da Carta Magna, quando ela entrou em vigor. Ainda em conformidade com o referido autor, é inadequada a interpretação conforme a Constituição da legislação civil, anterior à Constituição, porque esse princípio da hermenêutica constitucional

³¹ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 141, p. 104, jan./mar. 1999.

deriva da presunção de constitucionalidade da lei³².

2.2 Fundamentos constitucionais da guarda compartilhada

Na sociedade contemporânea, cada vez mais se diversificam as formas de organização familiar. Junto a tal diversidade e diretamente relacionada a ela, quer como causa quer como consequência, dois outros fatores tornam importante a análise da forma como se dão os cuidados e as responsabilidades dos pais para com seus filhos, em que os primeiros não mais vivem juntos, em decorrência da separação de fato ou de

direito, ou no caso de nunca terem coabitado. Esses fatores são: a) o reconhecimento dos direitos da criança de conviver com ambos os genitores, em conformidade com o princípio constitucional do melhor interesse do menor; b) o questionamento dos tradicionais papéis de gênero, que definiam a questão da guarda considerando a primazia da convivência dos filhos menores com a mãe, em prejuízo do princípio da igualdade de gêneros.

A guarda compartilhada é corolário dos princípios da igualdade de gêneros, do melhor interesse do menor, e da prioridade absoluta da criança e do adolescente, insculpidos nos artigos 5º, *caput*, e 227, ambos da Constituição Federal de 1988. O primeiro é o direito que homens e mulheres, em igualdade de oportunidades, têm de conviver e de se responsabilizar por seus filhos. O segundo é a compreensão de que o bem-estar da criança deve se sobrepor aos direitos de cada um dos pais, na medida em que a preocupação do aplicador da lei não deve ser a controvérsia existente entre eles, mas sim a satisfação dos princípios do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Destarte, a guarda compartilhada faculta ao menor manter com o progenitor a quem não foi confiado uma relação de grande proximidade e permite que os pais acordem exercer em comum o poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho.

Esses princípios têm representado um norteador importante para as questões concernentes à proteção da infância, inclusive nas decisões de guarda, ostentando caráter

³² Contudo, a evolução do direito constitucional, especialmente das decisões do Supremo Tribunal Federal, permite, hodiernamente, entender a interpretação conforme à Constituição como técnica de julgamento; essa é a atual leitura das Leis 9.868 e 9.882. Entendida, assim, afasta-se a impossibilidade apontada de compatibilizar a norma produzida sob a égide da Constituição anterior com a atual Constituição. Aplicando-se essa técnica, os significados incompatíveis com a Constituição são afastados. Essa compreensão funda-se na teoria da recepção. Assim, hoje, possibilita-se uma releitura constitucional da legislação ordinária.

normativo, visto preencherem os pressupostos necessários para caracterizar uma norma como jurídica, quais sejam:

- a) uma formal: é uma proposição por meio da qual se descreve um suporte fático (determinado fato ou conjunto de fatos que, ocorrendo, resultará em fato jurídico) e a prescrição dos efeitos atribuídos ao fato jurídico respectivo;
- b) outra material: diz respeito ao seu poder de incidência, em decorrência do qual impõe a observância imediata de seus ditames por todos os poderes e particulares.

Marcos Bernardes de Mello³³ acrescenta que não apenas com base nessa doutrina de Pontes de Miranda sobre o fenômeno jurídico comprova-se o caráter normativo dos princípios. Apreciada a questão na óptica da concepção sancionista, que vê na sanção o elemento essencial para caracterizar uma norma jurídica, concluir-se-á que os princípios atendem a esse requisito. E argumenta, para tanto, assim:

Toda e qualquer norma jurídica tem sua validade assegurada pela coercibilidade (=possibilidade de coerção), que constitui pressuposto irremovível da própria juridicidade, pois nela reside a força obrigatória do direito. [...] Por isso, todas as normas que integram um dado sistema jurídico são coercitivas (=asseguradas pela coercibilidade), ainda quando não contenham uma punição específica para o caso de virem a ser infringidas. A invalidade é exemplo dessas sanções que, genericamente, estão presentes nos sistemas jurídicos para garantir sua coercibilidade.

No caso dos princípios, essa coercibilidade constitui seu fundamento de impositividade. Toda vez que o Poder Judiciário decreta a nulidade de uma lei ou ato do poder público, por inconstitucionalidade, em face de princípio, está aplicando uma sanção ao ato de violação. O mesmo ocorre quando edita norma para regular a omissão do poder público em dar efetividade a princípio.

Paulo Bonavides, *in* Curso de Direito Constitucional, afirma que os princípios fundamentam o sistema jurídico e também são normas (normas primárias), pois são a alma e o fundamento de outras normas.

Assim sendo, os princípios da igualdade de gêneros e o melhor interesse do menor como princípios fundamentais sinalizam a certeza de que os artigos 5º e 227 da Constituição

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Nota sobre o caráter normativo dos princípios**. [S.l.; s.n.; 199?].

Federal contêm não só uma declaração de cunho ético e moral, mas também são normas jurídico-positivas dotadas de *status* constitucional formal e material e, conseqüentemente, dotadas de eficácia. Autorizam a aplicação do modelo compartilhado no ordenamento jurídico pátrio, quando se cogita de determinar sobre a guarda de filhos menores.

2.2.1 Princípio do melhor interesse do menor

2.2.1.1 Evolução do melhor interesse do menor

Pautada a família atual no amor, na solidariedade e na valorização de cada um de seus membros, é fundamental a especial atenção aos interesses da criança, sobretudo quando da separação do casal, a fim de que as relações paterno-filiais sejam preservadas e a angústia dos filhos que sofrem com a ruptura do vínculo familiar seja minimizada, devendo-se sempre buscar o seu melhor interesse.

Os interesses das crianças têm prioridade absoluta sobre os de qualquer outra pessoa. Considerando que as crianças são seres incompletos, incapazes de salvaguardar seus próprios interesses e dependentes de cuidados por parte dos adultos, o direito tem por elas um zelo maior, razão pela qual garante-lhes prevalecer em qualquer circunstância o seu melhor interesse.

O significado de melhor interesse do menor assumiu ao longo dos séculos diversas noções que, de uma forma ou de outra, influenciaram no processo de seu reconhecimento no âmbito positivo.

O Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do melhor interesse do menor no ordenamento jurídico, o que representou um norteador fundamental na solução de conflitos que envolvam interesses da criança. Não obstante isso, diversos doutrinadores puseram-se na árdua tarefa da construção do significado de melhor interesse do menor. E apesar de todos eles reconhecerem seu valor fundamental na proteção da infância e juventude, não oferecem uma orientação uniforme, tampouco fatores determinantes do que venha a ser o melhor interesse.

De conformidade com Tânia da Silva Pereira³⁴, que se aprofundou no estudo, a procura pelo melhor interesse da criança teve sua origem no instituto *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como prerrogativa do Rei e da Coroa, com o objetivo de proteger as pessoas que não podiam defender-se sozinhas. O Estado, na ausência ou incapacidade dos pais de proverem sua necessária assistência, exercia sua autoridade sobre a criança que praticava um ato contrário à lei. Além de definir as regras de orientação à criança, o Estado definia a custódia da criança que estava precisando de cuidados especiais cujos pais biológicos não estavam em condições de propiciar.³⁵

A partir do século XIV, esta responsabilidade inicialmente assumida pela Coroa, foi delegada ao Chanceler, considerado o guardião supremo porque tinha o dever de defender não só as crianças, como também os loucos e débeis, ou seja, pessoas que não tinham discernimento para conduzir seus interesses.

No início do século XVIII distinguiram-se as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das de proteção aos loucos. Naquele período, predominava a preferência de custódia para o pai, sem que fossem analisadas quaisquer circunstâncias dela decorrentes. Esta preferência, logo em seguida, passou a ser da mãe.

Segundo Roman e Haddad³⁶, em 1819 o poeta Shelley, por causa do vício, foi obrigado a desistir de seus filhos. A partir daí, iniciou-se uma forte tendência de que qualquer matéria pertinente à criança perderia seu caráter privado, como se ela fosse uma propriedade, e passaria a ser motivo de apuração pública, considerando-a, portanto, pessoa.

No Direito Costumeiro inglês, os dois julgados do Juiz Lord Mansfield em 1763, no procedimento de busca e apreensão do menor, conhecidos como caso *Rex v. Delaval* e caso *Blissetts*, foram os precedentes que levaram em consideração a primazia do interesse da criança em suas decisões. Este princípio somente se tornou efetivo na Inglaterra em 1836.

³⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1, 3.

³⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do best interest of the child na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 411.

³⁶ ROMAN, Mel; HADDAD, William. **The dispensable parent**: the case for Joint Custody. Dallas: Penguin Books, 1979.

Nos Estados Unidos, o melhor interesse da criança (*best interest*) foi introduzido em 1813, com a decisão da Corte da Pensilvânia que considerou, em um caso de disputa de guarda, que a conduta da mulher para com o marido, ainda que desonrosa, não se confunde com os cuidados com os filhos. Foi introduzida nos Estados Unidos, naquela oportunidade, a *Tender Years Doctrine*, que considerava que a criança de pouca idade necessitava dos cuidados da mãe, fazendo com que passasse a vigorar uma presunção de preferência materna, que somente não seria considerada nos casos em que fosse comprovado o efetivo despreparo da mãe.

Esse critério de preferência materna apenas foi desconsiderado a partir do século atual, com a teoria do *tie breaker*, segundo a qual, no caso concreto, todos os fatores devem ser levados em conta, prevalecendo uma aplicação neutra do melhor interesse da criança.

O princípio do *best interest* é, hoje em dia, um padrão no qual as necessidades da criança são sempre consideradas em detrimento dos interesses de seus pais ou de quem quer que seja. Não obstante isso, o perigo de sua aplicação está no fato de que, por se fundar na subjetividade de cada juiz, não há fatores preestabelecidos, dando margem à discricionariedade.

2.2.1.2 A Convenção internacional dos direitos da criança e outros documentos legais de proteção à infância

Internacionalmente, a necessidade de proteção especial à criança aparece na Declaração de Genebra de 1924, onde se destaca o cuidado e assistência especial à criança.

A Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 destaca, para a criança, “o direito a cuidados e assistência especiais.”³⁷ No entanto, coube à Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinar que o melhor interesse da criança seria consideração fundamental da lei, nos seguintes termos:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (grifo nosso).

³⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.4 -5.

As *Regras de Beijing* da Resolução 40.33 da Assembléia Geral da ONU de 29.11.85, por outro lado, estabeleceram normas para a administração da Justiça da Infância e Juventude.

Após um árduo trabalho foi aprovada, em 1989, pelas Nações Unidas a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, representando o mínimo que a sociedade deve assegurar às crianças, e dando abrangência ao melhor interesse da criança, já que a partir daí deveria estar presente não apenas na legislação como também em todos os atos atinentes às crianças.

O artigo 3.1 da Convenção dispõe que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”.

Por sua vez, o artigo 7º da Convenção assegura à criança o direito de conhecer seus pais e de ser cuidada por eles sempre que possível. E o artigo 9º enfatiza que:

- 1- Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.
- 2- Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Ratificando a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o princípio do melhor interesse da criança foi definitivamente incorporado ao sistema jurídico brasileiro, através do Decreto nº 99.710/90. Aliás, o artigo quinto, parágrafo segundo, da nossa Carta Magna, dispõe que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

As *Diretrizes de Riad* para a “prevenção da delinquência juvenil” e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade, aprovadas pela Assembléia Geral da ONU de 1990, apesar de não ratificados pelo Brasil, tiveram seus princípios incorporados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Brasil promulgou, no que concerne à adoção, a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional, através do Decreto nº 3.087 de 22.6.99.

Em conformidade com a Convenção, os Estados Contratantes têm de criar um órgão denominado AUTORIDADE CENTRAL, que seria “encarregado de dar cumprimento às obrigações que são impostas pela presente Convenção” (art. 6º).

O Brasil ratificou a Convenção, tendo o art. 52 do ECA facultado ao Poder Judiciário dos Estados e Distrito Federal a criação da COMISSÃO ESTADUAL DE ADOÇÃO CEJA. Trata-se de órgão vinculado ao Poder Judiciário ao qual devem ser submetidos os documentos dos estrangeiros que residem fora do país e interessados em adotar um brasileiro. Representa um mecanismo de controle das adoções internacionais, haja vista que essa Comissão emite parecer, com caráter avaliativo, acerca das condições do adotante.

Por outro lado, o art. 24 da Convenção dispõe que “uma adoção só poderá ser recusada em um Estado contratante se a Adoção for manifestamente contrária à sua ordem pública, levando em consideração o interesse superior da criança”. Depreende-se, portanto, que o teor deste artigo impede os procedimentos impostos por países que não reconhecem a Adoção realizada em outros países, razão pela qual reiniciam novo processo internamente.

A proteção da criança também é referida nas Convenções de Direito Humanitário que priorizam a população civil, enfermos e náufragos. A Declaração Mundial sobre Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento das Crianças, referindo-se aos “corredores da paz”, permite que suprimentos, vacinação e serviços de saúde alcancem mulheres e crianças em áreas de conflito.

Pertinente à proteção das vítimas em conflitos armados sem caráter internacional, O *Protocolo II* (1977), em seu art. 4º, garante cuidados e ajuda às crianças, bem como o direito à educação, o estabelecimento de medidas apropriadas para facilitar a reunião das famílias separadas temporariamente e a proibição de recrutamento de menores de 15 anos de idade.

2.2.1.3 A influência da doutrina jurídica de proteção integral à criança

O artigo 227 da Constituição Federal consolidou os Direitos Fundamentais à Infância, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com

prioridade absoluta, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A incorporação da doutrina da proteção integral no texto constitucional ratificou o princípio do melhor interesse do menor e, conseqüentemente, essa doutrina e princípio passou a reger as relações familiares que tenham por objeto interesses de crianças e adolescentes.

Vigorando em nosso país desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a doutrina de proteção integral à criança tem suas raízes no movimento de mobilização do início da década de 80, em que os vários assuntos pertinentes à proteção da infância e da adolescência foram debatidos.

Mas coube à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20.11.89, consagrar a doutrina da proteção integral. Entrou em vigor internacional em 02.9.90 e foi ratificada no Brasil pelo Decreto 99.710, de 21.11.90.

Com efeito, os direitos próprios da criança foram reconhecidos internacionalmente. A criança deixou, portanto, de ocupar o papel de parte integrante do complexo familiar, passando a ser mais um membro individualizado da família humana que, pela ausência de maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive da proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.

Dando execução às linhas estruturais fixadas na Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) objetivou a proteção integral da criança e do adolescente, garantindo-lhes respeito, cumprimento aos direitos fundamentais da pessoa humana em face da família, da sociedade e do Estado.

O direito ao convívio com a família e a comunidade veio disciplinado pelo Estatuto que, em seus artigos 16, inciso V e 19 enfatizam o direito da criança de ser educada e criada em sua família, cabendo aos pais, sempre no interesse dos filhos, o dever de sustento, guarda e educação.

Para melhor esclarecer o princípio do melhor interesse do menor, merecem especial atenção os artigos 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Veja-se:

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art.6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A regra do artigo 5º deve ser interpretada da forma mais ampla possível, ou seja, sem qualquer elemento discriminatório, a exemplo do sexo, idioma, cor, religião, condição social, assumindo definitivamente a nova Doutrina Jurídica.

O artigo 6º acima transcrito ressalta de uma forma geral que em face da condição especial da criança como ser em crescimento, todas as oportunidades que assegurem o seu bem-estar e seu saudável desenvolvimento devem ser asseguradas, com dignidade.

2.2.1.4 Concretização e aplicação do melhor interesse do menor

O nosso ordenamento jurídico incorporou definitivamente o princípio do melhor interesse do menor, de observância indispensável para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Nem normas programáticas, nem expressões vazias. É primado de uma nova visão dos direitos de crianças e adolescentes em que há a negação de todo um tratamento estigmatizante antes elaborado, em que se concluía pela recusa da compreensão de que são os infantes e adolescentes sujeitos de direitos.

Entretanto, uma lei não altera uma realidade, fornece apenas subsídios para essa mudança. Somente quando as disposições estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente forem efetivamente implantadas, ter-se-á alcançado a real cidadania, efetivando-se o melhor interesse do menor.

Neste particular, não poderia deixar de mencionar *Bobbio*³⁸, que considerando os direitos humanos ressaltou que

o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

Na concepção desse autor, portanto, não basta reconhecer a existência de novos direitos fundamentais do homem, o maior problema é protegê-los e concretizá-los. Analisando o presente e o futuro dos direitos do homem, Bobbio³⁹ ressalta a importância das Declarações, especialmente no tocante à garantia desses direitos. Segundo esse autor, no processo histórico de formação das declarações, há três fases, a saber: a primeira, que se busca na obra dos filósofos; a segunda, em que os direitos do homem de um determinado Estado se tornam autênticos direitos positivos e, finalmente, a terceira, que se inicia com a Declaração de 1948, na qual a afirmação dos direitos é universal, por serem direitos de todos os homens, e positiva, pois põe em movimento um processo que lhes confere efetividade, protegendo-os inclusive contra o próprio Estado que os violar. Somente no final deste processo é que se pode falar da existência de direitos do homem, enquanto cidadão do mundo.

Considerando este processo mencionado por *Bobbio*, no que diz respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, quase todas as fases já foram transplantadas. Resta concluí-lo, o que somente será possível quando for posta em movimento a fase que lhes confere plena efetividade. Só aí poder-se-á falar na existência de direitos fundamentais da criança e do adolescente e na concretização do melhor interesse do menor.

Difícil é estabelecer um critério único que determine o melhor interesse do menor.

Eduardo de Oliveira Leite⁴⁰ enfatiza que “toda tentativa de definição do interesse do menor é vã”, razão pela qual a concretização desse primado depende de severo trabalho interpretativo, especialmente dos operadores do Direito que, de uma forma ou de outra, lidam dia a dia com assuntos deste jaez. Interpretar uma norma é revelar o seu sentido real. Humberto Ávila⁴¹ afirma que “o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso”.

O artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao se referir à interpretação, dispõe que “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige”, repetindo a regra do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ambos os textos legais propõem, portanto,

³⁹ *Ibid.*, p. 26-30.

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 196.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25.

uma interpretação da lei pelo método teleológico, tendo como norte a implementação do princípio do melhor interesse do menor.

O artigo 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança determina que “nada do estipulado no seu texto afetará disposições que sejam mais favoráveis para a realização dos direitos da criança”. Isso implica conceder ao juiz um poder discricionário de decidir sempre no melhor interesse da criança, ainda que de forma diferente da lei, pondo em prática dois importantes paradigmas: a) assumir a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e b) concretizar o princípio do melhor interesse.

A imprecisão de conteúdo aponta para sua consagração como uma cláusula geral, onde estão abrangidas todas as suas facetas a serem consideradas pelo juiz, quando da análise do caso concreto nas decisões que envolvam guarda de filhos. É indispensável, portanto, a conexão a uma situação fática, a partir da qual, considerando a particularidade dos sujeitos envolvidos, seu conteúdo seja construído pelo magistrado.

Não obstante isso, alguns aspectos de caráter geral devem ser ponderados nesta atividade interpretativa. O interesse de uma criança não é necessariamente igual ao de outra. Por outro lado, o menor, como ser em desenvolvimento, demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, e conseqüentemente, interesses diversos.

Com efeito, a análise pelo magistrado do melhor interesse da criança depende sempre do caso concreto, a exigir, portanto, do juiz condutas subjetivas de apreciação. Não há como exigir uma decisão padrão, visto que circunstâncias diferentes ensejam decisões distintas. A decisão deve pautar-se no melhor interesse da criança em determinado momento, levando em consideração que o que se está decidindo é o destino de pessoas em situação especial, haja vista tratar-se de seres que ainda estão em desenvolvimento de sua personalidade.

A oitiva da criança, sempre que possível, deve ser levada em consideração pelo magistrado, na investigação do seu melhor interesse, em conformidade com o disposto no parágrafo primeiro do artigo 28 e no artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido, manifesta-se Ulisses Fialho Simas⁴², “Conhecer sua verdade e sua opinião, dar-lhe

⁴²SIMAS, Ulisses Fialho. O Melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais civis e procedimentos da Lei 8.069/90. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 610-611.

espaço para escolher e optar e, ainda, identificá-lo como o maior interessado numa situação de conflito é sem dúvida o grande desafio perante o Sistema de Justiça”.

2.2.1.5 O princípio do melhor interesse e a guarda de filhos

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, determina que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Trata-se de um conjunto de direitos que devem ser considerados com prioridade absoluta sobre qualquer outro na determinação da guarda e que obrigam a família, a sociedade e o poder público a assegurar o mínimo indispensável a ser proporcionado a um sujeito em desenvolvimento físico, moral, espiritual e social. Isto porque dizem respeito aos direitos e garantias necessários à existência digna das crianças, encontrados ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º e 4º: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, convivência familiar e comunitária, cultura, profissionalização, liberdade, respeito, dignidade.

O conceito de “prioridade absoluta”, contido no artigo 227 da Carta Magna, é idêntico ao de “melhor interesse da criança”, utilizado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança que, por sua vez, foi definitivamente incorporado ao sistema jurídico brasileiro, pelo Decreto nº 99.710/90. Luiz Edson Fachin⁴³, buscando subsídios na Doutrina Internacional, relaciona alguns fatores na identificação do melhor interesse quando se decidem custódia e direitos de visita ou quando se aprovam Adoções e Guarda:

- o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda e a criança;
- a habitualidade do pai ou do titular da guarda de dar à criança amor e orientação;
- a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários);
- qualquer padrão de vida estabelecido;
- a saúde do pai ou titular da guarda;
- o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos;
- a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião;
- a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai”

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 98.

Segundo Goldstein, Freud e Solnit⁴⁴, o ser humano ao nascer não tem condições de sobreviver sozinho:

O corpo da criança precisa ser conduzido, alimentado, cuidado e protegido. Seu intelecto precisa ser estimulado e alertado para os acontecimentos a seu redor. Ela precisa de ajuda para compreender e organizar suas sensações e percepções. Precisa de gente para amar, para receber afeto, e servir como alvo seguro da raiva e agressividade infantis. Precisa de assistência dos adultos para dominar e modificar seus impulsos primitivos (sexo e agressividade). Precisa de modelos para identificação, proporcionado pelos pais, para construir uma consciência moral. Tanto quanto qualquer outra coisa precisa ser aceita, valorizada e querida como qualquer outro membro da família.

Depreende-se, desta forma, que a convivência familiar é o melhor interesse do menor, pois é na família que o menor encontra espaço para satisfazer suas necessidades. A propósito, o artigo 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança confirma a importância dos pais na vida dos filhos ao assegurar que a criança conhecerá seus pais e será cuidada por eles, sempre que possível.

Enquanto os pais vivem juntos, a guarda é exercida por ambos os cônjuges de forma igualitária. O problema surge quando há rompimento conjugal, qualquer que seja a sua forma, na medida em que os pais passam a disputar entre si a guarda dos filhos menores. Aferir o melhor interesse do menor, em casos que tais, é extremamente delicado.

Não obstante isso, deve o magistrado, baseado na necessidade de garantir ao filho um saudável desenvolvimento físico e psíquico, verificar as reais condições dos pais de prestarem essa assistência. O ideal é que ambos os pais estejam aptos a proporcionar este ambiente sadio à criança, pois assim a convivência familiar estará assegurada e pais e filhos permanecerão afetivamente ligados, apesar da transformação da família.

A presença dos pais na vida dos menores é tão importante que mesmo quando pais e filhos moram distantes, o contato periódico entre os pais e a criança é garantido, conforme se depreende do artigo 10.2 da Convenção. Veja-se: “a criança cujos pais residam em estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e com contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais”.

⁴⁴ GOLDESTEIN, Joseph; FREUD, Ana; SOLNIT, Albert J. **No interesse da criança?** Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa; revisão de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 10.

A guarda compartilhada surge como o arranjo familiar que conserva os laços afetivos que uniam os pais e filhos antes da separação do casal, visando atenuar o sofrimento de todos os envolvidos, em especial da criança. Objetiva que os pais compartilhem a convivência, bem como todas as decisões importantes na vida dos filhos, contribuindo para o desenvolvimento saudável destes na medida em que os retira do centro da discórdia dos pais, acaso existente.

Seja como for, o menor não deve estar envolvido nas disputas judiciais de seus pais. A presunção da preferência materna que norteou até há pouco tempo os nossos tribunais como regra básica nas disputas de guarda dos filhos deve ser superada, ante os princípios do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Os pais, no processo de separação, em geral doloroso para todos os envolvidos, tomam decisões que podem contrariar o interesse dos filhos. O juiz terá que analisar no caso concreto a capacidade dos pais em atender às necessidades materiais e espirituais da criança, tentando sempre conscientizar e convencer os pais de que o melhor para as crianças, salvo raríssimas exceções, é a presença constante de ambos na vida de seus filhos.

Para aferir o melhor interesse dos filhos menores e adolescentes, o juiz deve, sempre que possível, contar com uma equipe interprofissional, especialmente de psicólogos e assistentes sociais. O assistente social contribuirá neste mister com o magistrado informando-lhe das condições de vida que cada um dos pais poderá ofertar aos menores. O psicólogo, por sua vez, auxiliará o juiz fazendo uma análise psíquica da criança e de seus pais, bem como da necessidade de acompanhamento após a separação do casal.

A demora nas decisões que envolvem a guarda de filhos é muito prejudicial a estes, razão pela qual processos que envolvem a guarda de filhos devem ser decididos de forma rápida.

2.2.2 Princípio da igualdade de gêneros

Um percurso histórico faz-se indispensável para se buscar como a igualdade tem sido utilizada pela humanidade para disciplinar o convívio humano.

No mundo grego, a ênfase era dada à pólis ateniense que tinha como base a idéia de igualdade material, condicionada, entretanto, ao exercício da liberdade. Sem igualdade, impossível era a democracia grega. Era condição *sine qua non*, portanto, a igualdade entre os

membros da cidade. Existia apenas a igualdade material, razão pela qual a mulher era considerada objeto e, por conseguinte, não se cogitava da igualdade entre homens e mulheres.

Passando para a Modernidade, destaca-se o Estado absolutista, em que o homem não é considerado importante na determinação do poder. Com o surgimento do liberalismo, o homem passa a ser visto como centro do mundo. Entretanto, o que determina o homem é a propriedade. A igualdade no Estado liberal é entendida, sob o âmbito filosófico, como um direito fundamental inserido na categoria de direito natural, compondo os elementos de idéia de justiça. Prevalece a idéia da igualdade formal. Todos são iguais porque pertencem ao gênero humano, não podendo ser distinguidos por sua origem – povo, nobreza ou clero. A igualdade dá-se perante a lei. Em Jean-Jacques ROUSSEAU, a lei, produto da vontade geral, é dirigida a todos, indistintamente⁴⁵. Essa formulação da igualdade será importante para a construção do que seria a ideologia vigorante na Revolução Francesa. É interessante notar que os ideários da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – estavam nitidamente interligados. O ponto de interseção é a propriedade, conforme definição de LOCKE e demais teóricos. A igualdade como decorrente do direito à vida, que é elemento da propriedade, e condicionadora do livre acesso aos bens e do tratamento paritário entre os membros da sociedade, é formal. Segundo o pensamento de Rousseau, até então, a vida das mulheres limitava-se ao papel doméstico, não tendo qualquer valor em relação à sua subjetividade: a existência feminina conhece apenas o curso lento da frágil refração nas imagens dos outros.

A família monogâmica surge da necessidade da comprovação da paternidade inegável, a resguardar o direito hereditário da propriedade privada. Diz Engels⁴⁶ que com a família patriarcal, o governo do lar haveria perdido seu caráter social transformando-se em serviço privado e a mulher haveria se tornado sua primeira criada, sem produção social. O surgimento da indústria possibilitou a oportunidade de trabalho às proletárias. A mulher teve de escolher entre o trabalho proletário e seus deveres domésticos, pois o exercício de ambas as atividades era impossível.

⁴⁵ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981. p. 47-48.

⁴⁶ ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de José Silveira Paes. 2. ed. São Paulo: Global, 1984. p. 113.

Nosso direito de família foi extremamente influenciado por esse modelo patriarcal, em que ao homem, o chefe de família, era atribuído o poder familiar. Somente no século XX é que, nos casos de desunião do casal, a mãe se tornou a preferida na guarda dos filhos, especialmente dos pequenos e das filhas. Ao pai restava o dever de alimentá-los.

Segundo Paulo Lôbo⁴⁷, a Codificação civil liberal tinha o caráter individualista e voluntarista. Nos casos de separação ou dissolução do casamento, o critério na atribuição da guarda era a culpa. Quer dizer, o princípio da igualdade de gêneros não era considerado na atribuição da guarda. O esquema exigido pelo Código Civil de 1916 modificou-se, passando a não observar sexo e idade no caso de culpa de ambos os cônjuges, ficando os menores sempre sob a guarda da mãe, não se discutindo as condições de igualdade que os pais desfrutavam para educar seus filhos. A separação de tarefas entre homens e mulheres, e a conseqüente ligação dos filhos com as mães, sempre foi uma constante no âmbito familiar.

O capitalismo modificou as relações entre homens e mulheres. Conquistando o mercado de trabalho, a mulher passou a questionar seu papel e a travar uma luta contra a discriminação econômica.

O Estado social, que tem como base os valores de justiça social ou distributiva, tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Segundo Paulo Lôbo⁴⁸, opera-se uma mudança na sociedade e no Estado imprimindo uma nova feição jurídica à Constituição. Porém, os códigos civis permanecem estáticos e impermeáveis aos influxos sociais, constituindo óbices ao desenvolvimento do direito civil e à implementação de um outro modelo de guarda que não a exclusiva da mãe, predominante até então. A nova ideologia constitucional e a complexidade das relações contemporâneas encontram nas minicodificações multidisciplinares soluções para driblar a rigidez do Código Civil, o qual não consegue açambarcar em sua disciplina os novos ramos do direito, como o direito do consumidor, do meio ambiente e da criança e do adolescente, que precisam tratar de temas interdependentes e multidisciplinares simultaneamente, ou seja, que exigem uma disciplina que aborde questões de vários ramos do direito. No Estado Social exige-se cada vez mais a garantia das liberdades e das igualdades materiais, antes relegadas, especialmente em relação à mulher. As codificações têm um forte cunho patrimonializante, o qual decorre da ideologia

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 141, jan/mar. 1999.

⁴⁸ Ibid.

liberal, preocupada com a proteção da propriedade privada, da ampla liberdade contratual e da autonomia da vontade (valores intangíveis), o direito que se proclamava fundado no antropocentrismo, mas retratava apenas uma moldura vazia de conteúdo humanista. Esse era o retrato do direito civil. A patrimonialização do direito contraria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Somente em 1988, com a constitucionalização do direito civil, entendida, na concepção de Paulo Lôbo⁴⁹, como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é que a família passa a ter como fundamento o afeto, a realização pessoal de cada um de seus membros e a busca pela felicidade. Com ela, a guarda é atribuída em razão do melhor interesse dos filhos e da igualdade entre os pais no exercício do poder familiar. As mulheres que conseguiram sua igualdade ao homem, inclusive no trabalho, reivindicam uma ajuda nos afazeres domésticos, especialmente no cuidado com os filhos. Aliás, o texto constitucional se refere à igualdade entre homem e mulher, garantindo direitos e deveres iguais tanto na relação marido e mulher, como na relação paterno-filial. A garantia de tratamento igualitário diz respeito a todas as relações em que um homem e uma mulher estejam presentes. Ultrapassando a esfera formal, a extensão da garantia quer ensejar ainda a igualdade em direitos e obrigações, razão pela qual todas as atividades numa relação competem a ambos.

2.2.2.1 Guarda exclusiva fere o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres

O poder familiar teve sua origem no *patria potestas* do Direito Romano. Apesar das modificações sofridas pelo Direito Romano, o Direito Civil brasileiro manteve seu espírito patriarcal fundado no páter famílias, no qual a autoridade familiar era exclusividade do sexo masculino, de onde se originou a denominação pátrio poder.

O páter famílias era sempre um sujeito capaz, chamado *sui juris*, que não precisava ser o pai. Até mesmo um sujeito solteiro ou uma criança podia assumir tal encargo, desde que não existisse um ascendente vivo ou capaz. Os demais membros da família eram considerados incapazes, chamados *aliena juris*. Ao páter cabia o exercício da *potestas* na família. A

⁴⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 141, jan/mar. 1999.

expressão família, neste contexto, era o conjunto de pessoas que estavam sob a *manus* ou a *potestas* de um mesmo *páter*.

Todos os membros da família – filhos, mulher, escravos, agregados – subordinavam-se ao patriarca da família, que exercia as funções de ordem econômica, religiosa e doméstica. O *páter* famílias dispunha da vida dos filhos, podendo abandoná-los e até mesmo vendê-los. Nenhum poder a mãe exercia sobre o próprio filho. Ao contrário, por morte de seu marido passava à tutela de seus filhos homens.

Sob a influência do Direito Canônico, o *patria potestas* do Direito Romano sofreu diversas alterações.

Até a promulgação do Código Civil de 1916, o Direito Civil Português foi aplicado no Brasil, através das Ordenações Filipinas, que configuravam um conjunto de normas de Direito Romano baseadas no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Por sua vez, o Código Civil brasileiro de 1916, em seu texto original, apesar de seguir o modelo patriarcal romano, temperou a exclusividade da atuação paterna, dedicando um restrito espaço à mãe.⁵⁰

Durante aquele século e, em face das quebras de paradigmas, a dicção legal do poder familiar foi alterada para acompanhar os novos contornos jurídicos da família. Abrandou-se o *quantum* despótico, especialmente em relação à mulher. A igualdade entre os cônjuges, impulsionada pelo Estatuto da Mulher Casada⁵¹, ainda que de forma tímida, contribuiu para o aumento da esfera de atuação da mãe, que passou a cooperar com o marido na chefia da família, no interesse do casal e dos filhos. Passou a mãe a colaborar para o exercício do pátrio poder com o direito a recorrer ao Judiciário em caso de conflito.

⁵⁰ O art. 380 do Código Civil de 1916 tinha a seguinte redação no texto original: “Art.380: Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.” (Cf. BRASIL. **Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916).

⁵¹ Trata-se da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que deu nova redação ao art. 380 do Código Civil brasileiro: “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 a solução da divergência.”(Cf. BRASIL. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 set. 1962).

A igualdade, em sua acepção ampla, veio com a Constituição Federal de 1988⁵², a partir do que se proibiu qualquer designação discriminatória entre os filhos e, por outro lado, pai e mãe passaram a exercer, em idênticas condições, todos os atributos do pátrio poder, conferida em razão da relação paterno-filial.

Erigindo a dignidade humana como fundamento da República, o filho, de objeto de direito é convertido a sujeito de direito, o que refletiu na modificação do conteúdo do poder familiar. Visualiza-se, portanto, o afastamento “de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres”.⁵³

Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir.⁵⁴

Em 2002 foi promulgado o novo Código Civil, que entrou em vigor em janeiro de 2003, com inúmeras modificações, especialmente no campo do direito de família, apesar de muitas delas já trazidas pela Constituição Federal de 1988. Dentre elas, está a identificação do casamento como comunhão plena de vida com direitos iguais para os cônjuges. Outra novidade diz respeito à *chefia* e ao *pátrio poder* que passaram, com o novo Código, a ser identificados com o poder familiar exercido, conjuntamente, pelo marido e pela mulher, e que, em casos de divergências, um juiz decidirá.

Com efeito, atualmente, não tem mais sentido, no sistema jurídico brasileiro, a atribuição da guarda exclusiva ao pai ou à mãe, quando da separação do casal, já que em face do princípio constitucional da igualdade, ambos estão em posições equivalentes no exercício da autoridade parental e, portanto, devem somar-se para atender ao melhor interesse do filho. A igualdade entre homem e mulher quer ensejar direitos e deveres iguais tanto na relação marido e mulher, como na relação paterno-filial. A garantia de tratamento igualitário diz respeito a todas as relações em que um homem e uma mulher estejam presentes.

⁵² “Art. 226 § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 141.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 144, 148.

Não obstante isso, segundo dados do IBGE, em 2003 a proporção de casais com filhos menores de idade nas separações judiciais (61,9%) foi mais alta do que nos divórcios (45,3%). A responsabilidade da guarda dos filhos menores era das mães (91,4%), tanto nas separações quanto nos divórcios (89,7%), seguida pelos pais (5,1% nas separações e 6,1% nos divórcios). Somente em 3,5% das separações e 4,2% dos divórcios ambos os pais eram responsáveis pela guarda de filhos menores.

Esses dados apontam que apesar da condição de igualdade dos genitores, reconhecida pela Constituição Federal de 1988, o sexo ainda é o fator determinante nas decisões de guarda.

Não se pode mais, portanto, indiscriminadamente atribuir a guarda dos filhos à mãe, afastando-os dos pais, numa injusta repartição de direitos e obrigações que a ambos competem. O modelo atual da família está fundamentado nos laços da afetividade, no reconhecimento da liberdade e na participação ativa de cada membro em face dos demais.

A guarda compartilhada, sem dúvida nenhuma, é a modalidade de arranjo familiar que melhor se adequa à realidade social, pois distribui de forma mais justa aos pais os poderes e deveres em relação aos filhos, além de ser o instrumento de concretização dos princípios do melhor interesse do menor e da realização pessoal dos cônjuges. Essa modalidade de guarda caracteriza-se pela possibilidade de o filho conviver com ambos os pais, segundo periodicidade entre eles ajustada. Para que o menor não faça distinção entre as duas residências, é necessário que os pais façam a criança sentir que a residência do pai também é dela, e que as mesmas condições de ambiente familiar do pai e da mãe sejam observadas, a fim de que o filho não as diferencie. A periodicidade deve ser pautada no melhor interesse do menor, o que demanda compreensão entre os pais. Na organização dos períodos de férias, bem como em aniversários e nas demais festas familiares, os pais devem regulamentar com cautela. Seu propósito é permitir a convivência do filho com ambos os pais, na medida em que o obsoleto direito de visita desaparece, bem como o exercício igualitário do poder familiar. Não obstante isso, essa modalidade de arranjo tem sido alvo de fortes críticas da doutrina, sob o argumento de que os filhos ficam como “petecas”, sendo jogados de um lado para o outro, em meio a conflitos entre seus pais. Apesar de os aplicadores do direito conceberem a guarda compartilhada como regime facultativo, deve ser ela estimulada pelos juízes de direito a fim de que se torne uma realidade, visto ser ela corolário da autoridade

parental conjunta, da igualdade dos pais, da co-responsabilidade parental, e do melhor interesse do menor.

3 DEFICIÊNCIAS DO REGIME JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL

3.1 O interesse dos pais em detrimento do melhor interesse do filho no Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988 introduziu iguais papéis a homens e mulheres na sociedade conjugal, bem como resguardou o melhor interesse do menor, a interferir nas decisões acerca da guarda de filhos.

O Código Civil de 2002, neste diapasão, alterou diversas disposições pertinentes ao exercício do poder familiar após o divórcio ou separação judicial, bem como em decorrência da ruptura da união estável, permitindo soluções diversas.

Considerando a união estável como entidade familiar, o Código Civil de 2002 determina que quando os dois genitores vivem juntos, os atributos do poder familiar sejam entre eles compartilhados e, na falta de um deles, o outro exercerá o mister com exclusividade (artigos 1.566, inciso IV e 1.724, em reforço ao artigo 1.631 do mesmo diploma legal).

Outras alterações sofreram as relações jurídicas entre pais e filhos, especialmente no tocante à adoção preferencial da guarda compartilhada, como modelo que deve ser sugerido aos pais, a não ser que circunstâncias específicas não a aconselhem. É que a adoção da guarda compartilhada pelos pais é facultativa, devendo ser fortemente estimulada pelos juízes de direito em suas decisões, nas hipóteses de dissolução do casamento pela separação ou divórcio, ou ainda, pela ruptura da união estável, bem como pelo reconhecimento da filiação.

O artigo 1.584 do novo Código Civil dispõe que:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Depreende-se do teor do artigo acima transcrito que para o exercício da guarda compartilhada são exigidos os seguintes requisitos:

- a) aptidão dos pais: como detentores do poder familiar, os pais têm de apresentar condições para desempenhar esse encargo, não só materiais, como morais e intelectuais, a fim de que a convivência com ambos possa refletir positivamente na formação da personalidade dos filhos.

Na hipótese de as provas carreadas aos autos apontarem no sentido de que um dos pais não está apto para o exercício da guarda, deve ela ser atribuída àquele que revele capacidade de fato. Neste particular, o exercício da guarda conjunta fica prejudicado, abrindo caminho à guarda individual, em que o direito de visita deve ser resguardado, a fim de que o filho não seja privado totalmente do contato com um de seus pais que, em virtude da incapacidade, teve limitado seu direito de exercer seus direitos e o prazer do contato com seus filhos.

- b) relacionamento harmonioso entre os pais: em conformidade com o disposto no artigo 1584 do Código Civil de 2002, para a adoção da guarda compartilhada ou conjunta, os pais, apesar de separados, têm de manter entre si uma relação amistosa, partindo do pressuposto de que estarão freqüentemente em contato, decidindo questões relativas ao bem-estar das crianças em comum.

Com efeito, é importante a maturidade dos pais e uma equipe de apoio psicoemocional que os auxilie a permanecerem juntos no exercício das responsabilidades parentais, o que é bastante difícil numa separação ou divórcio litigioso, mas não impossível.

O exercício conjunto da autoridade parental, sem dúvida, é a solução ideal para todos os envolvidos. Atenua os efeitos dolorosos sentidos pela criança em decorrência da separação de seus pais, bem como atende ao seu melhor interesse, haja vista a presença de ambos os pais em seu cotidiano. Por outro lado, cada um dos pais passa a ter seus filhos presentes permanentemente em sua vida cotidiana, vez que o direito de visita desaparece e os pais assumem conjuntamente os encargos e o acompanhamento da educação, do lazer e do sustento material e moral.

A introdução da guarda compartilhada chega com atraso de várias décadas e com quase um século de vigência do Código Civil de 1916, quando a doutrina e a jurisprudência já superaram o entendimento de que os princípios constitucionais do melhor interesse do menor e da igualdade entre homem e mulher e entre os cônjuges são auto-executáveis e bastantes em si. Trata-se de conquista que, ao que parece, a sociedade não tem interesse em abrir mão,

sendo a tendência o desaparecimento progressivo da aplicabilidade da guarda exclusiva como regra em casos de separação de casal com filhos.

Não obstante isso, aqui vai uma crítica ao legislador que levou tanto tempo para introduzir a guarda compartilhada no Código Civil e, quando o fez, deixou muito a desejar, não avançando como deveria para acompanhar os reclamos da sociedade, que alçou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República. Do teor do artigo sob comento, percebe-se que a intenção do legislador foi instituir a guarda compartilhada de forma facultativa apenas quando houvesse consenso entre os pais, não sendo possível sua adoção nos casos de separação litigiosa.

Para corroborar esse entendimento, o artigo 1.589 do Código Civil atribui ao pai que não detém a guarda a possibilidade de visitar os filhos e de verificar como está sendo conduzido o processo educativo deles. A rigor, o disposto neste artigo reforça a idéia de que apenas um dos pais, em geral a mãe, deve se responsabilizar pela educação dos filhos, restando ao outro fiscalizar à distância o desenvolvimento da prole. Afastado do cotidiano dos filhos, o pai que não detém a guarda fica com o encargo de avaliar o desempenho do outro na promoção do desenvolvimento da criança. Reproduz-se, desta forma, no novo Código Civil de 2002, a expectativa de papéis parentais prevista no anterior Código Civil de 1916, cuja ideologia liberal tornou-se incompatível com a ideologia estabelecida na Constituição de 1988. O entendimento do legislador de 1916 se repete no sentido de que os filhos devem ficar com um dos pais depois do rompimento da relação conjugal. Caindo a figura do marido, conseqüentemente, cai a figura do pai, numa supervalorização do relacionamento dos filhos com a mãe e contribuindo para a fragilidade do exercício da paternidade. Nenhum incentivo ou recomendação de que os filhos devem ser criados por ambos os pais se vislumbra do legislador de 2002.

Da leitura do dispositivo mencionado, o vínculo de filiação e o exercício parental subordinam-se aos critérios de negociação entre os cônjuges, num flagrante descompasso com o princípio do melhor interesse do menor, cujo conceito é idêntico ao de “prioridade absoluta”, contido no artigo 227 da Constituição Federal oponível não apenas a cada membro da família, mas a toda a sociedade e ao Estado, como prevê a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

O legislador não considerou que o que se está discutindo não são os interesses do casal, mas os interesses dos filhos menores e adolescentes. Os ressentimentos e mágoas entre os pais não podem se sobrepor aos interesses dos filhos menores na atribuição da guarda. Faltou ao legislador mais ousadia para fazer concretizar e prevalecer o melhor interesse da criança em qualquer situação. Deixou de preconizar medidas preventivas e sancionatórias⁵⁵ aos pais que, em meio a desavenças, prejudicassem o interesse maior dos filhos.

O que se espera são legislações preocupadas em atender a uma demanda que reclama seja o interesse das crianças sempre preservado, incentivando o convívio entre pais e filhos, acima de qualquer outra conveniência.

Para corroborar o nítido descompasso do Código Civil de 2002 com as recomendações da Convenção Internacional dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil, bem como com o princípio do melhor interesse do menor, cujo conceito é idêntico ao de “prioridade absoluta”, contido no artigo 227 da Constituição Federal brasileira, basta analisar outras situações por ele previstas.

3.1.1 A guarda na separação judicial e divórcio direto consensuais

A ruptura da família, inevitavelmente, cria a problemática da guarda dos filhos. Em conformidade com o artigo 1.583 do Código Civil de 2002, havendo a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial ou pelo divórcio direto, ambos consensuais, prevalece o que os cônjuges acordaram no que diz respeito à guarda dos filhos.

Sem dúvida, o acordo entre os pais sobre a guarda dos filhos é a melhor solução, pois ninguém melhor que eles para saber o que é conveniente para os seus próprios filhos. Por outro lado, o acordo sendo fruto do ambiente familiar, além de ser consentâneo com a realidade dos envolvidos, tem mais chances de ser cumprido e evita a imposição de uma decisão judicial sob todos os aspectos mais prejudicial a todos os interessados.

Em face do acordo apresentado pelo casal, ao juiz cabe homologá-lo. Não obstante isso, se o acordo entre os genitores não for satisfatório ao interesse do filho, sua homologação

⁵⁵ Ver páginas 86-88 em que se discute algumas hipóteses em que o exercício do poder familiar pode ser suspenso, destituído ou extinto antes da maioridade dos filhos.

poderá ser obstada. Isto porque o que deve efetivamente ter prioridade na atribuição da guarda são as necessidades e interesses das crianças.

Persistindo os pressupostos e as condições existentes no momento do estabelecimento da guarda, a decisão deve ser mantida. Mas, se no decorrer do tempo, a situação concreta vier a desatender ao interesse do filho, é possível a sua reforma, com fundamento no mesmo critério que a estabeleceu: o próprio interesse do filho. A sentença que fixa a guarda bem como a que homologa o acordo não fazem coisa julgada, podendo ser modificadas, a qualquer tempo, se assim ditar o interesse dos menores.

3.1.2 A guarda na separação judicial e divórcio litigiosos

Nos casos de separação judicial litigiosa ou divórcio litigioso, em que as partes não convençionem consensualmente quanto à guarda dos filhos, o juiz, em conformidade com o artigo 1.584 do atual Código Civil, deverá atribuir a guarda a quem, em conformidade com as provas carreadas aos autos, revelar melhores condições para exercê-la. Trata-se da guarda exclusiva a ser conferida ou ao pai ou à mãe que apresentar, no caso concreto, melhores condições de exercê-la.

Melhores condições no exercício da guarda não quer significar apenas as condições financeiras ou psicológicas, mas o conjunto de todos os atributos pertinentes ao poder familiar, tendo em vista o melhor interesse dos filhos.

Como reflexo de que a unidade do poder familiar está dissociada do estado civil de seus pais, o Código Civil de 2002 excluiu o critério da culpabilidade dos pais na aferição da guarda. A busca da melhor decisão, com efeito, passa pelo conjunto probatório, compreendido pela argumentação dos pais, associada à análise dos demais elementos de que dispõe o julgador, como os estudos sociais, familiares, psicológicos, desenvolvidos por técnicos especializados que auxiliam o magistrado. Esses estudos têm como finalidade assessorar o juiz na obtenção do maior número possível de informações acerca da situação material e moral da família, sendo decisivas na tomada de decisão do juiz no interesse do menor, quando da atribuição da guarda a um dos genitores.

Paralelamente à equipe interprofissional, nada impede que o julgador possa se utilizar da mediação como mecanismo de solução dos litígios que envolvem a guarda de filhos. Trata-

se da atuação de uma equipe multiprofissional que objetiva ouvir cada figurante da família, a fim de, detectando o ponto de discórdia, discuti-lo e impulsionar as próprias partes a solucioná-los. É um trabalho que requer a disposição do juiz em utilizar a mediação e a disposição das partes para buscar uma solução adequada no que tange à guarda, bem como no que diz respeito ao regime de visitas e à pensão alimentícia.

A decisão não pode levar em conta unicamente o sexo do genitor. Caso contrário, refletiria uma continuidade dos parâmetros próprios da família codificada, em que o conteúdo dos papéis não é objeto de discussão. Esse alerta é importante, já que mesmo após a Constituição Federal de 1988, em face da igualdade de direitos e deveres dos genitores, a avalanche de decisões judiciais em que o sexo é o fator determinante é crucial.

Ainda persistem nos tribunais os preconceitos decorrentes do sexo, na maioria das vezes negativos em relação ao homem, no que se refere à guarda de filhos. O tradicional papel da mãe, considerada a melhor para criar os filhos e a figura parental mais importante para a criança, ainda fascina os julgadores, atrelados a um modelo arcaico em que o pai é apenas visitador e provedor de alimentos.

Por outro lado, a pura aplicação da lei ao caso concreto, com vistas a encontrar a verdade dos autos, na maioria das vezes mais formal que material, não tem mais guarida no atual sistema jurídico, em que os princípios constitucionais se apresentam como forma de solução de litígios, tendo prioritariamente em vista o respeito à dignidade. A garantia da dignidade passa pela análise do caso concreto, observadas todas as provas prestadas pelas partes, a fim de perquirir o interesse daquele menor, naquela determinada situação fática.

Ademais, em face do litígio, a decisão judicial fundamentada puramente na lei, entre um ou outro cônjuge, pode provocar no não-escolhido a sensação de derrota, bem como o seu afastamento do filho, o que certamente trará a este últimos prejuízos. Infere-se, pois, o especial papel do juiz nas decisões de família, pois de sua atuação dependerá a qualidade da guarda a ser julgada, razão pela qual é necessário muita cautela no exame das provas postas a seu descortino. O juiz, como titular do poder de decisão, será um dos responsáveis, ainda que indireto, pelo crescimento sadio desses sujeitos em formação, cujos destinos são decididos pelo estabelecimento da guarda.

O parágrafo único do artigo 1.584 do diploma legal multicitado dispõe que terceira pessoa, distinta dos pais, pode manifestar melhores condições para o exercício da guarda do filho, caso em que o juiz a ela deferirá, considerando preferencialmente o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade.

3.1.3 A guarda na separação de fato

Ocorre a separação de fato quando os genitores não mais vivem juntos com intenção de matrimônio, rompendo o vínculo conjugal sem intervenção do Judiciário.

Apesar de essa situação de fato não afetar o poder familiar, haja vista que o vínculo paterno-filial permanece, não há na legislação determinação específica acerca da destinação ou permanência dos filhos em poder de cada cônjuge quando separados de fato.

Em conformidade com o artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil, na vigência da sociedade conjugal ambos os genitores têm o dever de sustento e educação dos filhos e o direito de tê-los em sua guarda. No caso de uma eventual separação de fato, os filhos estarão sob a guarda de um dos cônjuges.

O genitor que os tem em sua companhia está, a rigor, exercendo um direito proveniente da titularidade do poder familiar.

De uma forma geral, os tribunais têm entendido que se a situação do menor com o atual guardião é satisfatória, se não lhe causa prejuízo, deve o *status quo* ser mantido.

3.1.4 A guarda durante e após a dissolução da união estável

A partir da Constituição Federal de 1988, o casamento deixou de ser considerado o único modelo legítimo de união entre o homem e a mulher. O parágrafo terceiro de seu artigo 226 passou a reconhecer como entidade familiar a união estável, acompanhando a evolução social e exterminando a discriminação dantes existente com relação à união de fato.

O conceito de união estável, em conformidade com o artigo 1.723 do novo Código Civil, corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. Reconhecida quando os companheiros convivem de

modo duradouro e com intuito de constituição de família, a união estável nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar.

Lealdade, respeito e assistência entre os conviventes, bem como quanto aos filhos, sua guarda, sustento e educação, são deveres e direitos que devem existir nessas relações pessoais. Durante a constância da união, a guarda dos filhos é dever de ambos os companheiros. O problema surge quando da sua dissolução, na medida em que a lei nada diz acerca da guarda dos filhos.

Não obstante isso, considerando que a Constituição Federal reconheceu essa união como entidade familiar e garantiu aos filhos a convivência familiar, conclui-se que os critérios a serem adotados na aferição da guarda quando da dissolução da união estável são os mesmos do fim do casamento.

O que os pais convencionarem sobre a guarda dos filhos, o juiz limitar-se-á a homologar, salvo se verificar ser prejudicial aos menores.

Em caso de controvérsia entre os conviventes, a guarda dos filhos será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Nada impede que o juiz decida de maneira diversa da estabelecida em lei, se para atender ao melhor interesse do menor. Poderá ainda a guarda ser atribuída a um terceiro, se o exercício pelos pais for prejudicial aos filhos.

3.1.5 A guarda na separação de corpos

O Código de Processo Civil concebe a separação de corpos como medida cautelar.

Reza seu artigo 888: “O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: ... VI – o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal”.

Como cautelar preparatória de ação de nulidade ou anulação do casamento, de separação judicial, de divórcio direto ou de dissolução de união estável, está prevista em seu artigo 1.562. A medida seria melhor definida como antecipatória, porque antecipa efeitos da sentença de nulidade ou anulação de casamento, de separação judicial ou de divórcio. Seja como for, em qualquer dos casos seria exigível a existência de ação principal, já proposta, sendo proposta ou a ser proposta no prazo de 30 dias (CPC, artigo 806).

O procedimento cautelar é sempre, destarte, dependente do processo principal. É dessa relação de dependência que se extrai a característica da acessoriedade, o que está de acordo com o seu traço principal, qual seja, a instrumentalidade.

Na medida cautelar de separação de corpos, o dever de coabitação dos cônjuges fica suspenso até que seja ajuizada a ação principal de separação litigiosa, razão pela qual a guarda dos filhos volta a ser analisada na ação principal.

A hipótese da guarda de filhos na separação de corpos é disciplinada no artigo 1.585 do Código Civil. Com o intuito de proteger os filhos, em decorrência dos efeitos nefastos da discórdia dos pais, o dispositivo mencionado determina que no caso de uma medida cautelar de separação de corpos aplicar-se-á a guarda conforme as disposições do artigo 1.584.

Com efeito, caso as partes convençam sobre a guarda dos filhos, será o acordo homologado pelo magistrado, salvo se prejudicial ao interesse das crianças. Na ausência de consenso entre os cônjuges, a guarda será deferida ao genitor que apresentar melhores condições para exercê-la. Cabendo ao juiz a decisão, é fundamental que ele leve em conta que o que está em julgamento é o interesse de pessoas cujas personalidades estão em formação.

Os tribunais têm manifestado entendimento no sentido de que quando a guarda é pleiteada em sede de separação de fato, o *status quo* deve ser mantido até que se dissolva a sociedade conjugal pela separação judicial, a fim de evitar mudanças que na maioria das vezes são prejudiciais à criança.

Por outro lado, se o juiz constatar que os pais não têm aptidão para o exercício da guarda de seus próprios filhos, o juiz deverá deferir-la para outra pessoa idônea que revele compatibilidade com a natureza da medida.

3.1.6 A guarda quando o casamento é nulo ou anulável

O casamento realizado com observância dos requisitos legais gera os efeitos previstos na lei, que geralmente são os efeitos almejados pelos contraentes. Entretanto, às vezes, o casamento está eivado de algum vício de maior ou menor gravidade, capaz de gerar a nulidade absoluta do matrimônio, ou possibilitar a declaração de sua anulabilidade.

O casamento é nulo quando emanado de infração de impedimento imposto pela ordem pública, em virtude de sua ameaça à estrutura da sociedade ou pelo fato de ferir os princípios básicos em que ela se assenta. Anulável é o casamento cuja infração se apresenta de forma mais branda e não atenta contra a ordem pública. Nesta hipótese, o legislador permite às pessoas interessadas a possibilidade de anulação do matrimônio. A declaração de nulidade do casamento torna-o inválido desde o momento de sua celebração, tendo, desta forma, o efeito *ex tunc*, e não produz os efeitos civis do matrimônio perante os contraentes, salvo nos casos de boa-fé dos nubentes. Não obstante isso, a declaração de nulidade do casamento não obsta a legitimidade dos filhos concebidos durante o matrimônio ou antes dele, sendo, ainda, certa a paternidade para efeitos de alimentos.

A declaração de anulação do matrimônio tem efeito *ex nunc*, produzindo seus efeitos até o momento da declaração de anulação.

O artigo 1.587 do atual Código Civil estatui que em casos de invalidade do casamento, e aqui se enquadra o casamento nulo ou anulável, os filhos comuns do casal devem ser protegidos como se válido o casamento fosse, devendo-se observar o disposto nos artigos 1.584 e 1.586. Não existindo acordo entre os pais, a guarda será deferida a quem revelar melhores condições para o exercício desse mister, podendo, inclusive, ser atribuída a terceiro no caso em que a guarda dos pais possa ser medida prejudicial ao filho.

Ainda que o casamento tenha sido contraído de má-fé ou boa-fé por parte de um dos contraentes ou de ambos, embora nulo ou anulável, os seus efeitos civis sempre aproveitarão aos filhos. É o que determina o artigo 1.561, §§ 1º e 2º. Trata-se do casamento putativo. Ao criar este instituto, o legislador manifestou o propósito de proteger os cônjuges de boa-fé e, principalmente, a sua prole. O parágrafo único do artigo 14 da Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77) dispôs que "ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos".

Estas situações práticas estabelecidas pelo novo Código Civil estimulam a guarda monoparental em detrimento do convívio entre pais e filhos, ao determinar que, na falta de consenso entre os pais, que é a regra, a guarda será atribuída àquele que revelar melhores condições. Por que a discussão da escolha do genitor que revelar melhores condições para a atribuição da guarda somente em casos de separação dos cônjuges? Será que somente enquanto conviviam os pais apresentavam condições de educar e cuidar de seus filhos?

Quando se separam, um deles deixa de revelar melhores condições no trato com as crianças? O legislador, infelizmente, deu um passo atrás quando deveria ter aproveitado a ocasião para efetivar os princípios do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Priorizando a dicotomia entre a figura da mãe e a do visitante, a interferir negativamente no direito da criança de ser educada por pai e mãe, o legislador favorece a deterioração do vínculo emocional ao enfatizar que só um, geralmente a mãe, é importante e suficiente para propiciar o desenvolvimento e a educação dos infantes. Além de continuar contribuindo sensivelmente para os conflitos familiares, contraria a Convenção e a Carta Magna, em nome da preservação do interesse dos cônjuges.

3.2 Projeto de Lei que institui a guarda compartilhada

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados de nº 58, de 2006 (nº 6.350, de 2002, na origem), de autoria do Deputado Tilden Santiago, dispõe sobre a guarda compartilhada.

Em conformidade com o mencionado Projeto de Lei, deve o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) ser alterado, inclusive pelo acréscimo de três parágrafos ao artigo 1.583, pela renomeação do parágrafo único do artigo 1.584 como § 1º, e pelo acréscimo, a esse artigo, de §§ 2º e 3º.

Além de definir a guarda compartilhada, o projeto de lei mencionado concede ao juiz poder regulamentar sem vinculação ao princípio da demanda, tendo em vista o interesse do filho. O magistrado, portanto, está autorizado a decidir da forma mais benéfica aos menores, ainda que em desconformidade com o pedido das partes/pais. Isto se justifica pelo fato de que o que está em discussão é o bem-estar físico e espiritual do filho de pais que não mais vivem sob o mesmo teto. Também em casos de separação sem acordo dos pais quanto à guarda dos filhos, a determinação da guarda compartilhada fica a critério do juiz. Estabelece, ainda, a modificação da guarda sempre que não esteja atendendo ao melhor interesse da criança.

Pelo projeto, na audiência de conciliação, o juiz fica obrigado a informar às partes das vantagens da guarda compartilhada e a incentivá-los a optar pelo arranjo de guarda que proporcione aos filhos o convívio familiar.

Apesar do legislador no projeto de lei mencionado nenhuma referência fazer à mediação como instrumento para promover a guarda compartilhada, nem tampouco

determinar que após a ruptura familiar, os pais sejam submetidos a uma avaliação psiquiátrica, teve a preocupação de ressaltar a importância da orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar na decisão do juiz quando estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada.

3.3 Necessidade de mudança de atitude por parte do Judiciário

Desde os anos 70, a sociedade em todos os setores, seja economicamente, seja politicamente, seja juridicamente, vem evoluindo. As mulheres lutaram e conseguiram a igualdade de direitos, disputaram o mercado de trabalho de igual para igual em praticamente todas as atividades e provocaram uma revolução dentro de casa, na medida em que passaram a contribuir no orçamento doméstico.

Por outro lado, os homens que antes se restringiam ao papel de provedores do lar, passaram a compartilhar as atividades domésticas.

Esse novo paradigma contribuiu para que os laços afetivos entre os pais e filhos fossem estreitados, havendo uma co-participação dos pais em igualdade de direitos e deveres, em prol do bem-estar de todos os envolvidos, em especial dos filhos.

Não obstante isso, os novos papéis propiciaram o aumento dos divórcios. Com o rompimento conjugal, estabelece-se uma nova situação na família afetando diretamente os filhos, pois os pais passam a disputar entre si a guarda dos filhos, o que repercute negativamente no relacionamento entre eles. Por falta de acordo entre os pais, a decisão sobre a guarda termina sendo tomada pelo magistrado, um terceiro estranho à relação que, na maioria dos casos, de forma apressada, rasga a Constituição Federal, desconsidera os princípios da igualdade parental e, especialmente, o melhor interesse do menor e atribui a guarda unilateral à mãe.

Dados estatísticos⁵⁶ comprovam que em 2004, 78,4% das separações judiciais foram consensuais e 71% das separações litigiosas foram requeridas por mulheres, sendo que em 91,3% dos casos a guarda dos filhos menores de 18 anos foi atribuída às mães.

⁵⁶ Fonte: IBGE. Estatística do Registro Civil em 2004. Rio de Janeiro, 2005.

Apesar de não mais se admitir que a guarda dos filhos seja indiscriminadamente atribuída de forma exclusiva à mãe, afastando-os dos pais, numa injusta repartição de direitos e obrigações que diz respeito a ambos os pais, percebe-se que os juízes e a jurisprudência brasileira ainda priorizam o interesse dos pais, atribuindo a guarda exclusiva preferencialmente à mãe. Nas separações litigiosas que envolvem a guarda de filhos, automaticamente decidem da forma que mais agrada ao casal, a fim de amenizar os pontos de divergências entre eles.

O Judiciário ainda não acompanha os avanços que a sociedade trilhou e o tímido progresso da legislação. Muitos são os juízes que nem sequer sabem o que é guarda compartilhada. Aliada à desinformação está a resistência pelo fato de o compartilhamento de guarda exigir mais tempo, paciência e trabalho por parte dos juízes, que terão de avaliar cautelosamente a peculiar situação da criança e vislumbrar o seu melhor interesse diante do caso concreto.

Ignorando a relação afetiva existente e os efeitos que a separação gerará à afetividade, o julgador canaliza a agressividade do casal na medida em que sua decisão atribui a um deles a guarda do menor e reduz o outro a um papel secundário de visitador quinzenal e provedor.

Não bastasse esse quadro desolador, a situação se agrava ainda mais quando as visitas do pai não-guardião são sobremaneira dificultadas pelo detentor da guarda. Além de moroso, o Judiciário faz vista grossa ao direito desrespeitado do não-guardião, encorajando o guardião a reincidir na prática abusiva e punindo as crianças ao criar a figura da criança órfã de pai vivo. A criança convive muito mais com a babá e com a avó materna do que com seu próprio pai. A guarda exclusiva, por outro lado, paulatinamente afasta o filho do não-guardião, que se considera inapto para tomar as decisões que lhe digam respeito.

As relações de afeto entre pais e filhos, em decorrência desse modelo de guarda que impera até hoje em nossos tribunais, ficam abaladas. Os maiores prejudicados são os filhos, que se tornam mercadorias de troca no jogo do desamor de seus pais.

Atualmente, os pais não mais aceitam ser apenas visitantes, ver os filhos a cada 15 dias, como determinam os juízes. Lutam pelo direito de convivência com os filhos mesmo após a separação. Reclamam o direito e desejo de cuidar da criação e da educação dos filhos,

apesar de na maioria dos casos não serem considerados pela Justiça. O pleito é justo e garantido constitucionalmente, como se depreende do artigo 227.

Fruto dessa indignação foi a Lei nº 3.849/06 do Distrito Federal, publicada no Diário Oficial de Brasília do dia 4 de maio de 2006, que determina às instituições de ensino equidade no envio de informações escolares a pais ou responsáveis, conviventes ou não. Com efeito, os estabelecimentos de ensino fundamental e médio, da rede pública ou privada, estão obrigados a encaminhar a ambos os pais ou responsáveis, conviventes ou não, todas as informações referentes à vida escolar dos filhos e/ou dependentes. Para tanto, os pais não-guardiães devem no ato da matrícula manifestar o desejo de receber as informações escolares que digam respeito a seus filhos.

Em todo o país proliferam movimentos e associações destinados à defesa dos direitos desses homens de pleitearem a guarda dos seus filhos na Justiça, a exemplo da Apase (Associação de Pais e Mães Separados), Participais (Associação pela Participação de Pais e Mães Separados na vida de seus filhos), Pais Legais, Pais para Sempre.

Não bastasse esse estado de coisas, não há interesse do Judiciário na criação de serviços de mediação dentro das Varas de Família, o que contribuiria e muito para a solução dos impasses entre os cônjuges e para o bem-estar das crianças. A mediação devolve à família o poder de decisão na reorganização da família. Ante as divergências e os conflitos, permite que as partes envolvidas encontrem suas próprias soluções para alcançar a satisfação de seus respectivos interesses.

Para se ter uma idéia, na Comarca de Maceió/AL, por exemplo, existem seis varas de família e apenas um núcleo de mediação que funciona no *campus* da Universidade Federal de Alagoas auxiliando os trabalhos da 5ª Vara de Família. Surpreendentemente, o seu funcionamento é resultado do esforço do corpo docente da Universidade Federal de Alagoas, a exemplo da Coordenadora do Núcleo, Professora Maria Anicleris Vieira Soares, e não uma iniciativa do Tribunal de Justiça, como seria de esperar.

A guarda compartilhada é o modelo de arranjo mais condizente com a realidade jurídica que equipara homem e mulher em direitos e obrigações e privilegia os interesses das crianças e dos adolescentes como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento. Proporciona que os filhos permaneçam assistidos por ambos os pais mesmo após a separação,

que, de forma igualitária, devem tomar as decisões importantes que dizem respeito ao bem-estar de seus filhos.

Neste particular, ante a complexidade das relações humanas, a adoção da interdisciplinaridade, através da experiência de profissionais de áreas afins, é imprescindível já que contribuirá para orientar e conscientizar o casal de que eles não estão se separando dos filhos, pelo contrário, a responsabilidade para com eles deve projetar-se também para depois da separação.

Com efeito, não mais se admite uma atitude imparcial dos operadores do direito, especialmente dos juízes que, na maioria dos casos, ficam em cima do muro e acham que a decisão de guarda dos filhos é um assunto que só diz respeito ao casal, quando, em verdade, têm um papel fundamental de cobrar dos pais posturas responsáveis pelos seus atos. Precisam os operadores do direito entender que o que está se discutindo em juízo não são os interesses do ex-casal, mas os interesses dos filhos, como seres em formação. Se as mágoas, ressentimentos, sentimentos de raiva se confundem neste momento, que os pais sejam tratados e não que isso interfira na atribuição da guarda. Se desentendimentos existem que superam o interesse dos filhos, que os pais sejam advertidos pelo juiz da possibilidade de perderem a guarda em favor de um terceiro ou até mesmo a penalização com a perda do poder familiar. Se os pais não aprendem com o amor, que aprendam com a dor. O que não se concebe é que os juízes permaneçam decidindo qual o melhor interesse do casal em meio a brigas, em detrimento do interesse maior das crianças.

A propósito, o ordenamento jurídico brasileiro prevê e disciplina hipóteses em que o exercício do poder familiar pode ser suspenso, destituído ou extinto antes mesmo da maioridade. O Estado fiscaliza o seu exercício. Constatando que os pais, de um modo ou de outro, prejudicam seus filhos, o ordenamento jurídico se insurge e, em conformidade com a maior ou menor gravidade da falta praticada, suspende ou destitui os pais do poder familiar.

A rigor, a suspensão e a destituição do poder familiar são sanções que se aplicam aos pais em face da infração por eles cometida no exercício desse direito-dever e visam antes de mais nada atender ao interesse do menor. Essas sanções têm muito menos um caráter punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, na medida em que afasta estes últimos do poder daqueles. Isto porque, cessadas as causas que culminaram com a suspensão ou a

destituição do poder familiar e transcorrido certo tempo, o exercício do poder familiar pode ser devolvido aos antigos titulares.

A suspensão é medida menos grave, pois admite reintegração. Dá-se por decisão judicial, quando o pai ou a mãe abusar no exercício do poder familiar, faltando com seus deveres, inclusive, desrespeitando o direito fundamental do filho de conviver harmoniosamente com ambos os pais, bem como em caso de condenação do pai ou da mãe por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceder dois anos de prisão. A suspensão, por outro lado, pode referir-se apenas ao filho vitimado e não a toda a prole, como também pode dizer respeito apenas a algumas prerrogativas do poder familiar. Sendo facultativa, o juiz pode deixar de aplicar a suspensão, caso os pais se comprometam a internar o filho em estabelecimento de educação, ou garantirem, mediante fiança, que ele será bem tratado.

A destituição é sanção de maior monta, correspondendo à infringência de deveres graves inerente ao poder familiar, consistente no castigo imoderado ao filho, abandono dele ou prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, descumprindo os deveres de sustento, guarda e educação⁵⁷. A perda do poder familiar é medida definitiva e sempre abrangerá todos os seus atributos. Também só pode ser determinada judicialmente, situação em que são garantidos ao infrator o exercício do contraditório e a ampla defesa, exigindo que sejam esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu⁵⁸. Pode o Juiz, para evitar um mal ainda maior e sempre preservando o interesse do menor, ordenar medida provisória, determinando a remoção do menor da guarda dos pais, até decisão final.

A extinção do poder familiar se dá com a morte dos pais ou dos filhos, da emancipação do menor, de sua adoção (neste caso, é necessário primeiro a destituição do poder familiar dos pais biológicos, se conhecidos, mediante sentença prévia ou concomitante ao processo judicial da adoção, ou até mesmo a concordância dos mesmos) e da maioridade. Na hipótese de desaparecimento dos pais, impõe-se a nomeação de tutor ao menor.

⁵⁷ Em conformidade com os artigos 1.638 do Código Civil e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵⁸ Em conformidade com o art. 158, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Cf. BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990, p. 13563.

Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses acima referidas, é dos pais, em igualdade de condições, a missão de proporcionar aos filhos um ambiente sadio propício ao seu desenvolvimento físico e psíquico.

A separação do casal é dolorosa para o casal, porém é muito mais para os filhos que sofrem com a sensação de perda de um deles. Para compartilharem a guarda, os pais precisam isolar os conflitos conjugais das responsabilidades que têm na educação e no cuidado com os filhos. Enfim, precisam separar o papel parental do conjugal e, para tanto, precisam se respeitar mutuamente, ainda que caprichosamente não desejem, em nome do interesse maior dos filhos.

3.4 Crítica do regime de guarda exclusiva

3.4.1 Breves considerações

Apesar de um novo modelo de família que se instala, fundado no afeto e na solidariedade, a demandar soluções diferentes, o Judiciário está muito longe de compreender o que está ocorrendo. Quando o caso é de guarda de filhos de pais que não vivem juntos, em decorrência da separação, divórcio ou dissolução da união estável, os magistrados ainda decidem a favor da guarda exclusiva atribuída à mãe, que além de não discutir o conteúdo dos papéis, é discriminatória. Ao pai resta o direito de visitas ao filho nos finais de semana, ou de quinze em quinze dias, na metade das férias escolares, nos dias dos Pais e Natal ou Ano-Novo.

Essa realidade se justifica talvez ou pelo pensamento equivocado dos operadores do direito de que a guarda exclusiva evitaria desentendimentos entre os pais e daria mais estabilidade aos filhos, ou fundamentada na culpa de um dos cônjuges, como pena ao não-guardião, ou pela ausência de outra modalidade de guarda na legislação, ou ainda pelo conservadorismo exacerbado do Judiciário.

De qualquer modo, é necessário superar o modelo conservador de regime de “visitação” e de “guarda única” que predomina nos tribunais pátrios, no que respeita ao regime de guarda de filhos de pais que não coabitam ou nunca coabitaram. Essa mudança de paradigma é urgente, na medida em que por trás de toda essa problemática existe uma criança cuja referência de vida e formação de personalidade são compreendidas e passadas pela

convivência familiar. Não é possível esperar 15, 10 ou 5 anos, pois a criança já cresceu e o prejuízo já se instalou até então. O tempo passou e o filho não teve concretizado o direito constitucional de conviver em família com seus pais.

Com efeito, deve o magistrado, diante do caso concreto, estabelecer a melhor forma do regime de guarda para a criança, buscando concretizar o direito do menor à convivência familiar. Um regime de guarda, pois, que lhe permita a convivência indispensável para sua formação, seja em que idade for, especialmente quando ainda menor e dependente dos pais.

3.4.2 Guarda exclusiva prejudicial ao desenvolvimento da criança

A guarda exclusiva acarreta uma ruptura dos vínculos entre a criança e um de seus pais, desgastando assim o relacionamento entre eles, na medida em que o regime de visita impede a convivência familiar, a participação mais ativa do não-guardião na vida da criança.

Em rigor, a separação do casal não encerra a família, apenas a transforma. Os papéis de marido e esposa desaparecem, mas os de pai e filhos permanecem. Não obstante isso, os conflitos que nascem com a separação do casal repercutem nas relações entre os pais e filhos nesta modalidade de arranjo, em prejuízo ao desenvolvimento dos filhos. Um dos pais, em geral a mãe, exerce a guarda material e legal dos filhos, que envolve a convivência, a educação e o cuidado com os filhos; ao outro atribui-se apenas o direito a visitar o próprio filho, como se fosse um estranho. O direito à visita, reduzindo o papel da coparentalidade, tende com o tempo e em face dos constantes conflitos entre os pais a desaparecer, passando a ser entendido como estorvo ao invés de momento de prazer afetivo. Nesta modalidade de arranjo familiar, pode acontecer ainda de um dos genitores fomentar o distanciamento dos filhos do não-guardião, configurando a alienação parental (fenômeno através do qual um dos genitores impulsiona o filho a desenvolver um sentimento de rejeição pelo genitor não-guardião).

Em decorrência dessa sistemática, o genitor que não detém a guarda dos filhos não participa das decisões pertinentes à educação das crianças, já que o guardião prefere caprichosamente assumir sozinho esse encargo a ter de compartilhá-lo com o outro pai.

Esse quadro desolador repercute na probabilidade de vários sintomas que a criança, e mais tarde o adolescente ou o adulto, possa apresentar e que tiveram origem na falta de um

dos pais em sua vida depois da separação dos genitores. Dificuldades cognitivas, ansiedade, agressividade e depressão são os sintomas geralmente apresentados pelos psicólogos que tratam de filhos de pais separados, que estão muito mais relacionados com a falta que faz um dos pais do que propriamente com a ruptura do casamento. A ausência de um pai no desenvolvimento dos filhos aumenta a propensão de as meninas engravidarem precocemente bem como as chances de se suicidarem. Meninos sem a constância da figura paterna têm mais chances de utilizar drogas⁵⁹.

Por outro lado, as crianças que sofrem com a ausência do pai não guardião têm ou a sensação de que o pai ausente as abandonou ou que são a causa da separação, quando na verdade foram as desavenças conjugais e o estabelecimento da guarda exclusiva que provocaram o abismo que separa o convívio das crianças de um dos pais. Trata-se de crianças que, por exemplo, eram excelentes alunas na escola e surpreendentemente, em face da ausência do pai ou da mãe em suas vidas, têm uma queda na grade curricular da escola, culminando, às vezes, com a reprovação.

Matéria publicada na revista *Veja*⁶⁰ alerta os pais para as armadilhas que a guarda exclusiva proporciona. Ao satisfazer todos os desejos da criança, os visitantes de fim de semana acabam mimando seus filhos e o resultado futuro são adolescentes inseguros, com dificuldades de relacionamento, inclusive com os próprios pais. Imaginando que estão estreitando os laços de afeto com os filhos, os pais acabam reduzindo a capacidade dos filhos de lidar com as frustrações da vida, o que prejudica e muito o desenvolvimento destes.

É indispensável para essas crianças um atendimento psicológico, mas a indicação é poder trabalhar os pais, adverti-los acerca da necessidade de ambos participarem da vida dos filhos, de separar o conflito do ex-casal da relação deles com os filhos, a fim de que seus desentendimentos não alcancem diretamente as crianças⁶¹.

Outro fator que contribui para o distanciamento dos filhos do não-guardião é que às vezes acontece de o genitor guardião criar obstáculos para que o pai exerça seu direito de visitação, privando assim os filhos do contato com o pai, violando o direito de convivência

⁵⁹ SILVA, Evandro Luiz. **Guarda de filhos: aspectos psicológicos**. Organização Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 15.

⁶⁰ LEÃO, Renata. O valor da intimidade. **Revista Veja**, São Paulo, n. 1966, p. 112-114, 26 jul., 2006.

⁶¹ SILVA, op. cit., p. 15.

familiar assegurado aos filhos na Constituição Federal e prejudicando seu crescimento psicológico e higidez mental.

A modalidade de guarda exclusiva penaliza o não-guardião, que perde a intimidade com seus filhos, vez que lhe é atribuído apenas o direito de visita. Essa situação repercute negativamente, ante a sensação de derrota, de fracasso do pai de não poder exercer seu direito e desembocar num verdadeiro abandono moral do filho. Nesta perspectiva a criança tem frustrada sua justa expectativa de conviver com ambos os genitores, o que é fundamental para seu sadio desenvolvimento psicológico e para a formação de sua personalidade. Em relação aos filhos, há diminuição injusta de sua convivência com o não-guardião. Sob os olhos da criança, o recriador de fim de semana que com ela não convive é fraco e inapto a tomar as decisões e, até mesmo, para opinar em assuntos que lhe digam respeito, além de se sentir culpado pela separação dos pais.

As perdas do ponto de vista psicológico, especialmente aquelas que dizem respeito à formação da personalidade da criança, excedem os benefícios nesta modalidade de guarda. A ausência cotidiana de um dos pais acaba por acentuar ainda mais os impactos sofridos com a separação deles, colaborando para acirrar as disputas desgastantes e prejudiciais a todos os envolvidos, em especial os filhos. Não atende ao princípio do melhor interesse do menor, na medida em que impede o direito de convivência familiar garantido constitucionalmente e que é responsabilidade de toda sociedade, e não apenas dos pais.

O entendimento de que o melhor interesse da criança está em manter um estreito vínculo afetivo com seus pais tem contribuído para a grande hostilidade da guarda exclusiva. Ambos os pais devem continuar igualmente envolvidos e responsáveis pelo cuidado com o interesse e bem-estar de seus filhos, especialmente após a separação do casal. A guarda compartilhada propõe a participação de ambos os pais na execução das atribuições emergentes do poder familiar, garantindo-lhes um contato permanente com seus filhos. Para que logre êxito qualquer que seja a modalidade de guarda é indispensável a disposição de ambos os pais no sentido de separar seus possíveis conflitos decorrentes da conjugalidade da parentalidade.

O diálogo, a flexibilidade, são importantes para que qualquer arranjo de guarda seja bem-sucedido e para que os filhos cresçam num clima de compreensão e cooperação extremamente necessárias para seu saudável desenvolvimento físico e psíquico.

3.4.3 Agravamento dos conflitos existentes entre os ex-casais em prejuízo dos filhos

Quando após a separação do casal, os pais conseguem manter uma convivência harmoniosa, o estabelecimento da guarda, seja ela exclusiva ou compartilhada, funciona. Entretanto, em geral, os problemas provenientes da relação do casal interferem diretamente na guarda, acarretando um prejuízo enorme aos filhos, tudo por conta das desavenças de seus pais. Os ressentimentos que envolvem os pais contribuem para que esqueçam que, mesmo após a separação, continuam detentores do poder familiar. Envolvidos nos conflitos, o casal menospreza os prejuízos emocionais que a batalha travada entre eles acarreta aos filhos.

A opção pela guarda exclusiva, seja pelo magistrado, seja pelos pais, na maioria das vezes advém do pensamento ilusório de que esta modalidade de arranjo contribuirá para pôr fim aos conflitos entre os casais, partindo do pressuposto de que com a guarda exclusiva os pais não teriam de lidar um com o outro. Ledo engano. Os problemas que os casais têm não se modificam com o estabelecimento da guarda exclusiva, pelo contrário, agravam-se.

A guarda exclusiva gera discórdia, uma indisposição entre o casal separado, na medida em que um dos pais não convive com os filhos, restando-lhe apenas o direito de visitá-los. Aliás, a própria palavra visita por si só é restritiva e para a criança implica a idéia de que aquele que detém a guarda é o mais importante para sua vida, haja vista que ele decidirá acerca dos aspectos relevantes desta. Os pais, em meio ao litígio, não conseguem vislumbrar o prejuízo que estão proporcionando aos filhos. Atacam-se, cada qual tentando provar aos filhos que o outro não tem condições de educá-lo, numa forma de atingir o outro. O casal não discute os assuntos que dizem respeito aos filhos. Apenas o pai guardião decide, restando ao outro que não detém a guarda o direito de fiscalizar o primeiro. Por outro lado, o não-guardião se sente sem direito de impor regras ou de contribuir para a educação do filho, deixando o filho fazer o que quer nas visitas esporádicas.

Como os pais não se entendem, a guarda exclusiva não funciona, as visitas não acontecem, repercutindo no afastamento do não-guardião do filho, em prejuízo especialmente deste último. Reflexo disso é o aumento de petições protocoladas nas Varas de Famílias às segundas-feiras, dando conta que um grande número de pais que não detém a guarda reclamam o direito de visitas obstaculizado pelo guardião. São as queixas dos não-guardiões que ficaram impossibilitados de ver seus filhos nos dias e horários de visitas combinados ou determinados judicialmente.

Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos pais, independentemente da imagem que um genitor faça do outro e, para que isso se concretize, não bastam algumas horas de visita, mas um convívio mais intenso, o que não é proporcionado pela guarda exclusiva.

Com efeito, na guarda exclusiva, as desavenças dos pais se agravam e colaboram para o desajuste da criança à nova vida, prejudicando o seu desenvolvimento saudável. No estabelecimento da guarda, seja ela exclusiva, seja ela compartilhada, o que deve prevalecer são os vínculos afetivos entre os filhos e seus pais e não a relação do ex-casal. A guarda compartilhada, em termos psicológicos, é sem dúvida a que melhor atende aos interesses dos filhos, pois preserva, pelo menos, o direito à convivência familiar.

3.4.4 Paulatino afastamento do não-guardião

Na guarda exclusiva, um dos genitores sai da vida diária dos filhos, as decisões são tomadas pelo genitor guardião e o que não detém a guarda contenta-se com o direito de visita, quinzenal ou em finais de semana, rompendo assim com a continuidade do relacionamento próximo e amoroso do filho com os dois genitores que existia antes da separação. Quinze dias sem o convívio do não-guardião, geralmente o pai, consiste num tempo extremamente longo para a criança. É lapso de tempo suficiente para gerar no filho a sensação de abandono, de culpa pela separação e no desprendimento do não guardião.

Não bastassem as perdas naturais que o divórcio dos pais acarreta para os filhos, a guarda exclusiva acentua tais perdas, vez que o guardião, em face dos ressentimentos, das mágoas provenientes da relação do casal, cria obstáculos a que o outro pai exerça seu direito de visitação, privando os filhos do contato com o pai e, portanto, violando o direito de convivência familiar assegurado constitucionalmente em seu artigo 227 e essencial para seu desenvolvimento psicológico e formação de sua personalidade. Reagindo um contra o outro através dos filhos, estes se transformam numa arma na mão de um pai ou mãe vingativo.

Com efeito, o direito de visitas é um *minus* em relação ao direito de convívio familiar e proporciona o progressivo afastamento do não-guardião dos filhos, com conseqüências nefastas para estes últimos. O não-guardião, sentindo-se vencido na separação, inapto para decidir os assuntos que dizem respeito aos seus filhos, aos poucos se afasta destes últimos.

4 OBJETIVOS E EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Objetivos da guarda compartilhada

Ninguém nega que o processo de separação do casal é, em geral, muito doloroso para todos os envolvidos, em especial para os filhos, que desejam que seus pais estejam sempre juntos. Soluções que amenizem esse sofrimento devem ser buscadas e a guarda conjunta dos filhos é a possibilidade de encarar a separação como um processo de amadurecimento e fortalecimento das relações entre pais e filhos, pois a família não acaba, apenas se transforma.

A guarda compartilhada prioriza o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, além de ser a solução mais eficaz à continuidade das relações afetivas da criança com seus pais na família que se transformou. Os pais permanecem exercendo conjunta e responsavelmente a autoridade parental, como faziam durante a constância da união conjugal, ou de fato. A convivência com ambos os genitores minimiza os impactos sofridos pelos filhos, refletidos com a separação dos pais. Por outro lado, a guarda compartilhada auxilia os pais, na medida em que evita disputas desgastantes entre eles, prejudiciais a todos os envolvidos, especialmente aos filhos.

Afastando a imagem do pai ou da mãe esporádica, a finalidade da guarda compartilhada é manter a aproximação emocional dos filhos com seus genitores, bem como a responsabilidade de ambos em todas as decisões pertinentes aos seus filhos.

Sílvio de Salvo Venosa⁶² ressalta a importância da aplicação da guarda conjunta para o desenvolvimento da criança:

Em nossa legislação, por tudo que expusemos nada impede ao juiz que defira a guarda a ambos os cônjuges, mormente se existe acordo entre eles. O difícil, justamente, é chegar-se a um acordo no calor de uma separação. A guarda, porém, pode ser alterada no futuro, quando os espíritos estiverem mais pacificados. Não resta dúvida de que a solução da guarda compartilhada é um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente.

Além de benéfica à relação pais-filhos, a implementação desse modelo de arranjo pelos tribunais, de forma mais ousada, estimula a discussão de idéias novas e mudanças de comportamento no Judiciário, ainda bastante conservador e resistente a mudanças. Os

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6, p 252.

operadores do direito, como o advogado, o juiz, o promotor, são agentes de transformação, têm um poder de influência muito grande nos processos de separação que envolvem a guarda de filhos, já que são ouvidos pelos pais e têm o poder de convencê-los nas decisões que dizem respeito à prole. Com efeito, devem incentivar essa nova prática de convívio e auxiliar os casais a vislumbrar a importância da adoção da guarda compartilhada, enfim, direcionar os pais a decidirem pela divisão no cuidado aos filhos.

Na pesquisa⁶³ realizada com os juízes das Varas de Família da cidade de Maceió, foi constatado o receio que os magistrados têm em falar, nas audiências que envolvem a guarda de filhos, sobre a guarda compartilhada. Na concepção deles, esse assunto somente diz respeito aos pais, razão pela qual apenas homologam o acordo trazido pelas partes, mas dificilmente sugerem-na.

A guarda compartilhada rompe com a idéia de poder e veicula a responsabilidade, o cuidado às crianças e o convívio familiar, vislumbrando a família sob uma nova perspectiva, baseada no afeto, na colaboração, no respeito mútuo e na concretização do melhor interesse do menor. Por esse prisma, a criança só tem a ganhar, na medida em que terá um ambiente mais propício a um desenvolvimento saudável.

4.2 Situações práticas enfrentadas na aplicabilidade da guarda compartilhada

Nas relações familiares, as mudanças são inevitáveis, especialmente quando há a ruptura do casal, e independem do arranjo de guarda a ser adotado. Prever todos os acontecimentos que os pais e seus filhos no exercício do poder familiar enfrentarão é praticamente impossível.

Não obstante isso, algumas situações foram previstas e disciplinadas pelo legislador e comprovam que essas transformações não impossibilitam a implementação da guarda compartilhada, pelo contrário, facilitam-na na medida em que, ante a sua flexibilidade, proporcionam a sua acomodação às constantes mudanças.

⁶³ Dados colhidos em decorrência da pesquisa empírica realizada, constante no Capítulo 8 da dissertação.

4.2.1 Novas núpcias do guardião

O poder familiar quer ensejar um feixe de direitos e deveres, determinados em lei, a serem exercidos com vistas a atender o interesse dos menores. Trata-se de um conjunto de providências de responsabilidade dos pais para concretizar os deveres de educação, cuidado e proteção dos filhos⁶⁴, durante a respectiva menoridade⁶⁵, bem como os maiores inválidos.

Como regra geral, na constância do matrimônio ou da união estável, o poder familiar é exercido pelos pais. Os pais têm os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos, a mesma autoridade para tomar decisões em seu nome. O exercício concentrado dos atributos do poder familiar durante a convivência dos pais não apresenta maiores problemas. A dificuldade surge quando o exercício desse direito-dever é fragmentado em decorrência da separação, do divórcio ou da dissolução da união estável dos genitores.

Uma pessoa divorciada ou separada com filhos que, em seguida, volta a casar experimenta um modelo de família reconstituída. Forma-se, portanto, uma organização familiar distinta, com características próprias. Múltiplos laços podem ser constituídos: o cônjuge ou companheiro do genitor, irmãos comuns e outros de uniões anteriores, que, apesar de não serem de sangue, o são em seu cotidiano por laços de sentimentos de fraternidade, novos avós, tios e outros parentes das famílias que se reconstituem, evidenciando a complexidade da vida cotidiana das famílias reconstituídas⁶⁶. Neste particular, o Código Civil dispõe que não haverá alteração nas relações entre pais e filhos, se contraírem novas núpcias ou estabelecerem união estável, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.⁶⁷

Uma nova relação pode dificultar o relacionamento entre o pai e seus filhos na medida em que a terceira pessoa se acha no direito de interferir na tomada de decisões em relação aos filhos do companheiro. Por conta disso, a lei põe a salvo qualquer interferência do novo

⁶⁴ BRASIL. Constituição Federal, Art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

⁶⁵ BRASIL. Código Civil, Art. 1.630: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

⁶⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações: parentesco e autoridade parental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte Del Rey, 2004. p. 662.

⁶⁷ Em conformidade com os arts. 1.632 e 1636 do CC/02.

parceiro na relação entre pais e filhos, vez que o princípio norteador dessa proibição é conformado ao princípio da prioridade absoluta da criança.⁶⁸

Como na guarda compartilhada o contato com o padrasto ou a madrasta é inevitável, e até mesmo salutar, devolvendo aos filhos um ambiente familiar, é indispensável que a sua inclusão nesta relação travada entre pais e filhos ocorra devagar e de maneira cautelosa, a fim de que estes últimos não se sintam ameaçados. O padrasto ou madrasta devem ter maturidade suficiente para entender que as decisões que dizem respeito aos filhos de seu cônjuge ou companheiro devem ser tomadas sempre por seus pais.

E isto se explica pelo fato de que a unidade familiar, pautada no afeto e no respeito que deve nortear os entes familiares, não deve sofrer ruptura em face da separação do casal. Independentemente da relação dos pais, o poder familiar se perpetua.

Sobre a temática, bastante oportuna é a contribuição de Perlingieri⁶⁹:

A unidade da família tem um sentido complexo, tem um papel também extramatrimonial: ela se concretiza não somente na constância do casamento, mas também em formas diversas, na hipótese de dissolução do casamento ou de separação pessoal.

[...] A unidade tem uma própria relevância seja no momento fisiológico seja naquele patológico da vida familiar, isto é, enquanto existir uma comunidade, ainda que materialmente separada (a comunhão entre os cônjuges é `material e espiritual`), que deve prosseguir a função à qual é destinada (o desenvolvimento da personalidade dos componentes que ficaram unidos), ainda que de forma reduzida [...].

A comunidade familiar mostra-se, nessa ótica, como um conjunto de relações jurídicas mesmo depois de sua dissolução.

Destarte, o pai ou a mãe que se casar novamente ou constituir união estável não perde, por esse fato, a guarda dos filhos. Poderá perder a guarda apenas se for devidamente comprovado judicialmente que os filhos não estão sendo tratados de maneira conveniente.

4.2.2 O surgimento de novos irmãos

O fato de um dos pais ter reconstruído sua vida afetiva ao lado de outra pessoa e daí decorrer eventuais filhos não implica diretamente na perda ou na impossibilidade de estabelecimento da guarda compartilhada.

⁶⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias reconstituídas e o art. 1.636 do CC/2002. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte Del Rey, 2004. p. 169.

⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 250-252.

Com a Constituição Federal de 1988, a preocupação com a pluralidade de famílias, orientadas no respeito à dignidade de seus sujeitos, deixou de assentar exclusivamente na relação jurídica que lhe deu origem para se concentrar em seus integrantes, razão pela qual cada um destes tem sua importância.

Por outro lado, em conformidade com o artigo 227, parágrafo sexto, todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem. Fazendo isso, a Constituição afastou qualquer outro interesse ou valor que não o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho⁷⁰. Todos, pois, são filhos do amor e, portanto, têm o direito de conviver com seus pais e irmãos em família.

A guarda compartilhada fortalece o vínculo entre os irmãos, apesar de um de seus pais não ser o mesmo, e proporciona um contato maior entre eles. O convívio com novos irmãos em família representa um aprendizado nas rotinas diárias e hábitos de vida. A troca de conhecimentos propiciada entre gerações pode ser um referencial importante para aqueles que se encontram em fase peculiar de desenvolvimento, bem como deixa os irmãos mais seguros de que suas relações com seus pais não serão ameaçadas.

4.2.3 Divergências entre os pais nos assuntos que dizem respeito aos filhos

O marido e a esposa podem se separar, porém se têm filhos, os dois serão sempre pai e mãe. Não podem se comportar como ex-pais de seus filhos. Como compartilham o amor de seus filhos, devem os pais compartilhar o convívio e todas as questões que digam respeito à educação, saúde, lazer, moral, religião, especialmente quando o casal se separa.

Como pessoas diferentes, até mesmo biologicamente, pai e mãe têm valores morais diferentes, suas próprias crenças e pensamentos nem sempre iguais. No entanto, essas diferenças não impossibilitam o compartilhamento da guarda. Se compartilhavam todas as questões pertinentes à criação e cuidado dos filhos durante a constância do casamento ou da união estável, por que não podem compartilhá-las após a separação do casal?

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do Numerus Clausus. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 12, jan-fev-mar. 2002.

Compreensão e apoio entre os pais são sempre fundamentais, principalmente nos momentos mais difíceis, como o da separação. Devem, portanto, unir forças a fim de não agravarem ainda mais o sofrimento afetivo dos filhos. Isso exige maturidade do casal.

O direito/dever de guarda, relativo à pessoa dos filhos, deve ser praticado na concretização do melhor interesse da criança, a fim de, compreendendo os vários aspectos de socialização da criança e do adolescente, possibilitarem a aquisição de conhecimentos indispensáveis para o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos menores. E para esse mister, é indispensável o compartilhamento pelos pais dos deveres inerentes a guarda, como co-responsáveis que são, visando contribuir para o desenvolvimento saudável de seus filhos.

Não obstante isso, caso os pais diverjam no exercício do poder familiar, a solução deve ser a mesma de antes da separação: recorrer à decisão judicial, em conformidade com o disposto nos artigos 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1631 do Código Civil, que dispõem, respectivamente:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 1.631. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

4.2.4 Residência distante de um dos pais

O casal após a separação pode, em decorrência do trabalho, ou de outro relacionamento, ter de fixar domicílio em outra cidade ou outro bairro. O filho teria duas fontes de referências, dois lares. Os pais devem tentar se relacionar da melhor forma possível para que os dramas da separação possam ser minimizados. Quanto melhor for a relação entre os pais menor será a dor da separação para os filhos. Evidentemente que isto é difícil, mas, em prol dos filhos, devem ser superadas pequenas disputas.

O fato de um dos pais fixar residência em outro bairro, ou cidade ou país, não impede que permaneça presente na vida de seus filhos e participe ativamente de todas as questões que lhes digam respeito. É possível o convívio, a interação, a troca de experiências entre o pai que mora distante e o filho, desde que a função primordial da autoridade parental seja efetivamente cumprida, com o desenvolvimento da personalidade do filho. A idéia de família

para a criança é fundamental, ainda que um dos pais esteja distante, pois faz ele sentir que ele não está sozinho no mundo, mas que alguém se preocupa com sua existência.

Com efeito, a distância das residências dos pais não é impeditivo para o estabelecimento da guarda compartilhada; tampouco é o caso para a sua modificação, caso já estabelecida. Separados e distantes espacialmente, os pais devem estar preparados para lidar com mudanças, o que facilita o sucesso dessa modalidade de arranjo. Devem, pois, continuar tomando as decisões em conjunto em prol do bem-estar dos filhos. Afinal de contas, apesar de serem ex-cônjuges, permanecem pais dos filhos em comum.

Por outro lado, mesmo morando longe um do outro, pai e filhos podem encurtar a distância. Podem se comunicar por telefone ou e-mails, diariamente, podendo combinar atividades em comum que os aproximem, a exemplo de assistirem a um mesmo jogo pela TV e depois ligarem para comentá-lo. São formas de amenizar a distância e de preservar a relação paterno-filial.

4.3 Exercício da guarda compartilhada

A rigor, não existe na guarda compartilhada um arranjo padrão. A melhor forma de exercício da guarda compartilhada é aquela que possibilita o maior contato das crianças com seus pais. O exercício desse arranjo deve convergir para o atendimento dos interesses do bem-estar, educação, saúde e desenvolvimento saudável dos filhos. Apesar de livre, seu exercício deve ser organizado em favor da criança e calcado na responsabilidade de seus pais.

Antes de discorrer acerca das possíveis modalidades do exercício da guarda compartilhada, é importante evidenciar a distinção da guarda legal e da física, haja vista que nem sempre coexistem. A primeira diz respeito à responsabilidade dos pais de decidirem as questões pertinentes a seus filhos, educando-os, vigiando-os e deles cuidando. A guarda física, por outro lado, é a presença do menor na residência dos pais.

Neste particular, deve ser ressaltada a diferença entre lar e residência (casa), tendo o primeiro um significado que vai muito além da residência física. O sentido de lar está diretamente relacionado com a convivência que se estabelece com as pessoas que residem em um determinado espaço físico. A casa pode ser de praia, pode ser da cidade, pode ser de férias, e tem o sentido de transitoriedade. Por outro lado, os vínculos com o lar são

construídos com a convivência, sendo o porto seguro dos que nela ocupam espaço e têm laços afetivos.

4.3.1 Guarda compartilhada com alternância de lares

Apesar de ambos os pais assumirem em conjunto a tomada de decisões nas questões correspondentes aos filhos, há a possibilidade de alternância da guarda física. As crianças terão dois lares e dois núcleos familiares.

A maioria dos doutrinadores e a jurisprudência têm admitido que a constante troca de lares acarreta problemas psicológicos para as crianças, em prejuízo da necessária estabilidade para seu desenvolvimento, sob o fundamento da perda de referencial da criança. A necessidade de constantes adaptações a dois modos de vida diferentes refletiria, pois, negativamente na formação de personalidade dos menores. Esse é o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite⁷¹, “a residência é única e não alternada, evitando assim o sentimento de insegurança e instabilidade que a guarda alternada instaura junto a crianças submetidas a este regime de guarda”.

Discordando deste posicionamento, o psicólogo Evandro Luiz Silva⁷², acompanhando crianças que vivem o modelo da guarda compartilhada com alternância de casas, constatou a facilidade e a boa adaptação das crianças para construir vínculos com os dois lares. Na sua pesquisa, os pontos foram positivos, na medida em que a criança convive com ambos os pais e estes, por sua vez, dividem os cuidados e afetos com seus filhos, diminuindo a discórdia entre eles. O reencontro com cada cuidador daria à criança a segurança de que precisa e o bem-estar.

Nesta modalidade, a alternância é apenas de casas. Em rigor, não há a perda do referencial de lar. Pelo contrário, os vínculos com os dois lares seriam fortalecidos, haja vista a constância a ser estabelecida com seus habitantes.

Por outro lado, convém ressaltar que os vínculos que não podem ser perdidos, sob pena de se causar prejuízos emocionais para os filhos, não é com a casa, mas com os pais. Isto

⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 271.

⁷² SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GUARDA compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Organização Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 23.

porque, como já dito, os vínculos com uma casa são passageiros e facilmente estabelecidos, porém os vínculos com o lar são construídos pouco a pouco com a convivência em família.

Com efeito, o mito de um único referencial de casa não pode ser impeditivo na relação dos pais com seus filhos. Se seus pais têm casas separadas, conseqüentemente, os filhos terão duas casas e isso nenhum prejuízo trará para eles. Prejuízo emocional terá a criança que não conviver com seus pais.

Neste particular, é imprescindível enfatizar que as crianças têm uma facilidade enorme de se adaptar às novas situações, aos novos ambientes. Tanto isso é verdade que, logo cedo, recomenda-se a inserção das crianças em novos ciclos sociais, a exemplo da escola, das creches, dos clubes esportivos. Para o bom desempenho nestes novos grupos, a criança precisa se sentir segura nas relações com seus pais, o que somente será possível se conviverem com eles. Sentindo-se seguras nas relações com seus pais, as crianças sentir-se-ão seguras nas casas deles e em qualquer outro ambiente.

Não obstante isso, a guarda compartilhada com alternância de lares apenas se concebe quando os pais moram na mesma cidade, a fim de que os vínculos com a escola, com a comunidade e com os costumes não sejam rompidos.

A guarda compartilhada com alternância de lares é uma prática crescente, apesar de desconhecida dos tribunais, como bem enfatiza Evandro Luiz da Silva:

São dados que ficam no âmbito do consultório de psicologia, ou que nem chegam a esse, sendo resolvidos pelos próprios pais, num arranjo que eles entendem funcionar bem, porém, sem abrir mão da convivência com os filhos. São casais que conseguiram ultrapassar as desavenças conjugais, separando-as dos filhos. Que optaram pela separação para terem uma melhor qualidade de vida, e não para entrarem num campo de batalha⁷³.

4.3.2 Guarda compartilhada com residência fixa

Os doutrinadores e a jurisprudência pátria têm tendência para adotar com mais facilidade a guarda compartilhada com residência fixa para a criança, ou seja, admitir a guarda compartilhada legal. Um teria a guarda física e ambos, a guarda jurídica dos filhos. Mantêm-se as responsabilidades de ambos os pais na tomada de decisões das questões

⁷³ SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GUARDA compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Organização Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 23.

relativas à educação, saúde, lazer dos filhos, porém com residência única do filho com um dos pais.

Em conformidade com Maria Clara Sottomayor⁷⁴, estatísticas em países com experiência na adoção da guarda conjunta revelam que o modelo predominante é o exercício conjunto do poder parental com residência fixa de um dos pais.

Para a fixação da residência do filho, é indispensável o entendimento do casal, a fim de que a discórdia entre eles não prejudique o desenvolvimento saudável da criança e o seu relacionamento com ambos os pais. O respeito mútuo dos genitores também é essencial para que a criança não desenvolva o sentimento de culpa em relação à separação do casal. A disposição ao diálogo, a flexibilidade, são condições para que qualquer arranjo seja bem-sucedido, especialmente quando apenas um deles detém a guarda física dos filhos.

A fim de que o melhor interesse do menor seja concretizado, o juiz, constatando que os pais não oferecem um ambiente sadio aos filhos, pode fixar o domicílio da criança na residência de um terceiro, a exemplo dos avós.

Esta modalidade exige seja estabelecida a visitação para o genitor não-residente. O ideal é que seja o mais flexível possível, com o mínimo de regras preestabelecidas, a fim de que não prejudique o convívio dos filhos com o pai não-residente. É preciso que a criança sinta que, apesar de não residir com um dos pais, é amada e cuidada por eles, impedindo, por outro lado, que se sinta abandonada.

4.4 Guarda compartilhada de fato

Um fato extremamente curioso constatado na entrevista feita aos juízes é que a guarda compartilhada vem sendo exercida por pais que não mais vivem juntos, apesar de judicialmente ter sido estabelecida a modalidade de guarda exclusiva.

Muitos pais têm decidido em conjunto a criação e educação dos filhos, compartilhando um sistema de visitação livre, em que eles decidem entre si, sem intervenção judicial, os momentos em que cada um deles ficará com os filhos, ou seja, vivenciam, na prática, a guarda compartilhada.

⁷⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Guarda conjunta: a introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 56, jan/mar, 2001.

Depois de consolidada a separação, os pais, aos poucos, vão sentindo a necessidade de compartilhar todas as responsabilidades e decisões que dizem respeito aos filhos. O guardião passa a se sentir sobrecarregado, haja vista a assunção da inteira responsabilidade para com os filhos que a guarda exclusiva lhe atribuiu. Sem tempo para trabalhar e cuidar de si mesmo, o guardião, em geral, a mulher, passa a aceitar o auxílio do outro genitor e aos poucos divide os afazeres nos cuidados com os filhos com o não-guardião, que até então sofria com o distanciamento do filho e se sentia inapto.

Por outro lado, à medida que o tempo passa e as mágoas que cercaram a relação dos pais vão desaparecendo, eles começam a enxergar o sofrimento que os filhos estão experimentando em decorrência dos efeitos desastrosos da guarda exclusiva, especialmente com a ausência do não-guardião.

Essa situação de fato comprova que a guarda compartilhada tem sido uma constante na prática, independentemente de ser legal ou não. Demonstra, ainda, a necessidade de maior informação das partes, e maior compromisso dos operadores do direito, haja vista que, na maioria das vezes, as decisões de guarda exclusiva decorrem da falta de conhecimento dos advogados, dos juízes, e especialmente, dos pais do instituto da guarda compartilhada, aplicando-o na prática estes últimos sem que disso tenham consciência.

5 REBATENDO OS ARGUMENTOS CONTRA A GUARDA COMPARTILHADA

Quando o casal que tem filhos menores não mais vive junto ou nunca conviveu, é imprescindível que, mais do que a responsabilidade pelo custeio de sua educação, alimentação, saúde e lazer, respeite à pessoa humana do filho, sua integridade física e psíquica, preocupe-se com sua felicidade, zele pelo convívio familiar, assegure-lhe o seu desenvolvimento como membro da família, o que somente será possível se o convívio entre os pais e filhos for mantido. Os filhos devem ser poupados das frustrações pessoais dos pais.

A guarda compartilhada preserva a convivência entre pais e filhos, garantindo a manutenção dos laços afetivos entre eles, o que é de fundamental importância para o desenvolvimento da criança. A afetividade é fruto da convivência, da cumplicidade, cultivada em ambiente harmonioso e solidário. Flavio Guimarães Lauria⁷⁵ enfatiza que

Durante a infância e a adolescência, o ser humano se encontra em uma fase peculiar de sua existência e as experiências que vai vivenciar ao longo desta etapa da vida terão repercussão na formação de sua estrutura psíquica. Dentre os fatos mais importantes deste momento tão peculiar estão aqueles que dizem respeito ao relacionamento da criança com seu pai e sua mãe e que terão ligação direta com o exercício das respectivas funções materna e paterna.

Além disso, essa modalidade de arranjo estimula a manutenção de relações e ligações com as duas famílias, na medida em que proporciona à criança a convivência com o grupo familiar de cada um de seus pais, a exemplo dos avós.

Participando ativamente da vida de seus filhos, de sua educação, tomando juntos as decisões referentes a criação e educação dos mesmos, desde a escolha da escola até a religião que irá influenciá-los, os genitores passam a ter uma percepção mais realista das necessidades e interesses dos filhos, além de proporcionarem segurança às crianças, que passam a sentir que, apesar da separação dos pais, o núcleo familiar permaneceu intacto.

O equilíbrio dos papéis valoriza a paternidade e a maternidade, repercutindo positivamente no desenvolvimento físico e mental dos filhos de pais separados, que passam de objeto a sujeito de direito, visto que seus interesses são valorizados e considerados com prioridade absoluta sobre qualquer outro.

⁷⁵ LAURIA, Flavio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 57.

Não obstante isso, alguns profissionais revelam o desagrado pela modalidade da guarda compartilhada, apresentando-lhe algumas críticas. As justificativas e as crenças que fundamentam essas críticas serão analisadas e desmistificadas.

5.1 Aumento dos conflitos entre o ex-casal

Argumentam os críticos da guarda compartilhada ser impossível que pais que nunca conviveram, ou que se separaram, possam conversar e decidir em conjunto as questões concernentes à criação e cuidados dos filhos. Sustentam que, após a ruptura familiar, os genitores, ante os sentimentos de rancor, mágoa, frustrações, não conseguem manter um bom relacionamento, razão pela qual dificilmente compartilharão os assuntos pertinentes à vida dos filhos, contribuindo para o aumento de conflitos entre os pais. Por outro lado, como um dos pais não convive com os filhos, dificilmente concorda com as decisões do outro genitor, o que agrava ainda mais a situação.

Na concepção desses críticos, a guarda exclusiva seria o arranjo mais sensato para o casal separado, sob o fundamento de que é a que proporciona menos conflitos entre eles, na medida em que eles não terão de manter contato.

Neste particular, equivocam-se profundamente. Primeiro, se existe conflito entre os pais, qualquer que seja o arranjo de guarda, nenhum deles funcionará bem, nem mesmo a guarda monoparental. Assim, qualquer modalidade de guarda, e não só a guarda compartilhada, para lograr êxito e desempenhar a finalidade para a qual se propõe requer cooperação, bom senso, diálogo entre os pais, o que implica constantes contatos entre eles, porque apesar de separados, os ex-cônjuges devem ter consciência de que continuam sendo pais e, portanto, devem participar de todos os atos que dizem respeito à educação, saúde e lazer de seus filhos.

Segundo, a guarda exclusiva não põe fim ao poder familiar, razão pela qual os pais terão de se relacionar, pois ainda mantêm interesses comuns, que são os filhos. Os casais têm de isolar seus conflitos das responsabilidades que possuem com seus filhos, a fim de que a modalidade de guarda escolhida atenda ao interesse do filho, que é a presença de seus pais em seu cotidiano.

E, afinal, o fundamento da guarda não é o bom relacionamento dos pais, mas o melhor interesse do filho, que deve ser garantido pelo Estado, pela sociedade e especialmente pela família, como prevê a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

A guarda exclusiva só aumenta o estado de conflito entre o casal, gerando mágoas e desentendimentos, repercutindo de forma insatisfatória no relacionamento entre pais e filhos.

Quando um casal se separa, eles se defrontam com a possibilidade de perder a guarda do filho e, para que isso não ocorra, os pais fazem tudo para demonstrar a incapacidade do outro em criar e educar os filhos, agredindo-se mutuamente, tornando-se inimigos. Em algumas situações, são as crianças que ficam em meio à disputa dos pais, tendo de escolher entre um deles em detrimento do outro, o que resulta em sentimentos de culpa e remorsos na criança. Para a criança, ao ter de escolher entre um ou outro para conviver, essa decisão significa deslealdade e traição ao outro. As conseqüências emocionais dessa situação são nefastas para a criança, pois poderão afastá-la de ambos os pais, inclusive daquele que receia trair.

A guarda compartilhada estreita os laços com ambos os genitores, favorecendo o diálogo e reduzindo os rancores entre os ex-cônjuges, no interesse do filho. Os conflitos de lealdade desaparecem, haja vista que os filhos convivem com ambos os pais e não têm de escolher um deles em detrimento do outro.

Além do mais, uma das vantagens da guarda compartilhada é a realização pessoal dos pais. Compartilhar a guarda é facultar que os pais partilhem conjuntamente a educação e criação dos filhos, sob os aspectos de assistência material, moral e de convivência. Trata-se da co-responsabilidade e co-participação real na vida do filho, garantindo a concretização do princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Ainda que ambos os pais estejam separados ou nunca tenham convivido, e ainda que haja conflito entre eles, a visão atual da autoridade parental exige que ambos os pais se responsabilizem por seus filhos. O pai já não mais se satisfaz em apenas pagar uma pensão alimentícia e exercer o direito de fiscalização, ao longe, da criação e educação dada ao filho pelo outro genitor ou uma terceira pessoa, exigindo o convívio, a interação com o filho. É o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores.

Assim sendo, favorecendo a divisão de papéis, a guarda compartilhada, além de levantar a auto-estima dos pais, fá-los perceber a importância que têm na vida das crianças, que são capazes e que estão aptos a representar e assistir seus filhos, conforme a incapacidade absoluta ou relativa dos mesmos, respectivamente. A esse respeito se pronuncia Waldir Grisard Filho⁷⁶:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, 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 distribui de forma mais justa as obrigações entre os genitores, não sobrecarregando apenas um dos genitores como acontece na guarda monoparental em que apenas um deles assume a inteira responsabilidade para com os filhos, ao passo que o não-guardião aos poucos se distancia da vida do filho. Para as mães, que, em rigor, são as detentoras exclusivas da guarda, esta modalidade de arranjo permite à mulher mais tempo para estudar ou concluir um curso superior, bem como competir no mercado de trabalho, haja vista a divisão com o outro genitor de afazeres nos cuidados com os filhos. Por outro lado, faz o pai se sentir capaz, apto, na medida em que continua cuidando e decidindo os assuntos que dizem respeito a educação, saúde, alimentação e lazer dos filhos.

Prevalecendo a igualdade entre homem e mulher de estarem exercendo ativamente seu papel de pai e mãe, a guarda compartilhada proporciona maior segurança para os pais e favorece a tomada de decisão comum, reduzindo os recursos judiciais, em face das divergências entre eles.

Uma questão bastante delicada que envolve a guarda de filhos e que gera discórdia entre os genitores diz respeito ao aspecto econômico. Na guarda exclusiva, o não-guardião, em geral o pai, fica obrigado ao pagamento de numerário correspondente às despesas do filho com alimentação, saúde, habitação, lazer, a fim de que as condições que a criança desfrutava antes da separação sejam preservadas. O guardião, normalmente a mãe, considera insuficiente

⁷⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

o valor da pensão alimentícia e requer o aumento em virtude da crescente necessidade dos filhos.

Em face da ausência de convívio com o filho, o não-guardião não consegue enxergar essas necessidades, acha que o dinheiro está sendo desperdiçado. Por conseguinte, nega-se a aumentar o valor da pensão. Por outro lado, em alguns períodos do mês ou do ano, o genitor que paga pensão acolhe os filhos em sua residência, arcando com todos os gastos financeiros que esta situação requer, como passagens, alimentação, lazer, vestuário, entre outros, o que faz com que se sinta injustiçado, pois mesmo nestas situações continua pagando uma pensão arbitrada pelo juiz.

A guarda compartilhada, permitindo o convívio dos filhos com ambos os pais, enseja que os genitores tenham conhecimento das reais necessidades de seus filhos e compartilhem os gastos com a manutenção destes na razão de suas respectivas condições econômicas, evitando os sentimentos de sobrecarga e a revolta do genitor-alimentante. Este arranjo de guarda distribui de forma mais igualitária entre os pais as despesas com os filhos, facilitando o relacionamento entre os genitores.

Por outro lado, o exercício da guarda compartilhada evita que os filhos sejam usados como moeda entre o casal, que sejam utilizados e manipulados com a intenção de magoar, vingar-se do outro cônjuge, situações muito comuns na guarda exclusiva.

A guarda compartilhada é uma modalidade de arranjo vantajosa para todos os envolvidos, inclusive para o Judiciário. Ninguém pode negar a morosidade com que as ações judiciais são tratadas, inclusive em matéria de família, em que as questões na sua grande maioria requerem rapidez, a exemplo das ações que envolvem a guarda de filhos.

A demora na decisão é prejudicial a todos os envolvidos, especialmente aos filhos, que estão em formação. Provoca na criança uma ansiedade e uma expectativa que pode trazer nefastas conseqüências emocionais, inclusive o medo de abandono por um de seus pais. O tempo cronológico para eles é avaliado de forma diferente do adulto, sendo a espera muito mais longa e estressante.

A criança pode se adaptar a determinada situação e, posteriormente, em virtude de decisão judicial, terá dificuldades para se adaptar à nova situação.

Por outro lado, a decisão, nas ações de guarda, não é prolatada aleatoriamente. A atuação do juiz é limitada ao melhor interesse da criança. O juiz, diante do caso concreto, irá perquirir o fundamento da guarda, o que não é de fácil aferição, requerendo tempo.

Na guarda compartilhada, os pais, de comum acordo, compartilham todas as responsabilidades e encargos que cercam a guarda do filho comum, malgrado viverem em lares distintos. O juiz apenas homologa o acordo, atendendo ao melhor interesse do filho.

É sem dúvida nenhuma mais vantajoso para o Judiciário, haja vista a desnecessidade de uma avaliação pelo magistrado de averiguar qual dos dois genitores tem melhores condições para exercer a guarda, o que descarta as eternas batalhas judiciais. Evita o impasse e a escolha aleatória de um dos pais para conviver com o menor.

Da mesma forma, torna-se desnecessário o trabalho de assistentes sociais e psicólogos que atuam junto às Varas de Família, para apontar o genitor mais apto a exercer a guarda.

5.2 Perda de referencial

Um outro argumento contra a guarda compartilhada gira em torno da suposta dificuldade que o filho apresentaria em se adaptar a duas casas distintas e da necessidade de que ele tenha um único referencial de lar. Na concepção desses críticos, a constante mudança de residências acarretaria instabilidade para as crianças, bem como a dificuldade para elas em lidar com códigos educativos diferentes.

Desprovida de qualquer fundamentação essa argumentação, já que a criança a partir dos seis meses de idade tem condições de lidar e conviver com as mudanças que a cercam. Desde muito cedo, a criança aprende a conviver com vizinhos, com babás, bem como a participar de outros grupos sociais, a exemplo das creches, dos jardins de infância, sob orientação dos próprios profissionais da área médica.

Mesmo no ambiente familiar, desde os primeiros meses de vida a criança começa aos poucos a se adaptar à rotina da casa, percebendo que os pais saem para trabalhar e que depois retornam para casa; que uma babá é dispensada e outra fica em seu lugar; que o irmão mais velho vai à escola e depois volta; que somente nos finais de semana vê os avós. Essas situações do cotidiano comprovam a facilidade com que a criança rapidamente se adapta à realidade em que vive. Trata-se de situações essenciais para o bom desenvolvimento dela.

Em conformidade com Evandro Luiz Silva⁷⁷, é de extrema importância para o desenvolvimento do menor que ele tenha outras referências, para além do lar familiar. A criança de um ano de idade já tem condições de se afastar do lar, pernoitar em outra casa, ficar todo o dia numa escolinha. Esse processo de socialização deve começar muito cedo, a fim de que ela se torne um adulto saudável.

Por conseguinte, se a criança consegue conviver com essas mudanças do cotidiano que se transformam rapidamente, por que teria dificuldades em lidar com os dois lares criados por seus pais, em decorrência da separação? Dificuldades e prejuízos ela terá se tiver de se separar de seus pais, se não mantiver um estreito e qualitativo convívio com eles. Esse distanciamento dos pais é extremamente prejudicial. A percepção psicológica que a criança tem do tempo cronológico é diferente da percepção que tem um adulto. Uma semana para a criança pode corresponder a um mês. Conforme se manifesta Evandro Luiz Silva⁷⁸, “se a criança tiver por volta de cinco anos de idade, quinze dias podem significar a sensação de passagem de tempo de dois meses. Tempo este suficiente para manifestar o medo de abandono e o desapego com quem não tem a guarda”.

O convívio com os pais, proporcionado pela guarda compartilhada, ajuda a diminuir o tempo de ausência dos pais, além de desmistificar o sentimento de culpa nutrido pela criança. Por outro lado, diminui a ansiedade, além de evitar que os filhos tenham de decidir com qual dos pais quer viver.

Com efeito, se os seus pais, por conta da ruptura familiar, passaram a residir em casas separadas, os filhos, conseqüentemente, passarão a ter duas casas. A criança terá de se adequar a essa nova situação.

Desta feita, as crianças têm condições de se adaptar ao modelo de guarda compartilhada, com ou sem alternância de casas. Não há, em casos que tais, perda do referencial de lar, mas a construção de vínculos com dois lares. Os filhos teriam, por conseguinte, dois lares e manteriam o convívio com ambos os pais. A referência a não ser perdida é com os pais e não com a residência. Convivendo com ambos os pais, a criança se sente segura. E, para conviver, é indispensável um contato diário, intenso, que gere

^{77 77} SILVA, Evandro Luiz. **Guarda de filhos**: aspectos psicológicos. Organização Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 23.

⁷⁸ Ibid. p. 27.

cumplicidade, confiança, o que só se alcançará se pai e filho estiverem juntos dia a dia e não por algumas horas. O grau de intimidade da criança com os pais, e não com a casa, garantir-lhe-á segurança e permitirá que ela tenha experiências para além da extensão do lar. A criança amada pelos pais que se respeitam tem mais facilidade de se adaptar à separação e aos dois lares.

Outrossim, a alternância de residências, apesar de possível dentro da sistemática da guarda compartilhada, não é uma característica indispensável desta modalidade de arranjo, podendo ser aplicada com uma residência fixa para os filhos. Por outro lado, a guarda compartilhada com alternância de casas, para ter êxito, é indispensável que os pais morem na mesma cidade.

Alguns ainda se opõem à guarda compartilhada sob o argumento incompreensível de que a alternância de residências criaria na criança a expectativa de reconciliação dos pais, na medida em que os ex-genitores manteriam um relacionamento harmonioso, baseado no diálogo. O fundamento da guarda compartilhada é o melhor interesse da criança, que é o convívio com ambos os pais, e não a reconciliação dos genitores. Por outro lado, a reconciliação ou não do casal não depende da modalidade de guarda e sim da postura assumida pelos genitores.

5.3 Necessidade de “comando único”

Outro preconceito que cerca a guarda compartilhada é o fato de que essa modalidade de arranjo acarreta instabilidade à criança, prejudicando seu adequado desenvolvimento. Como seus pais não vivem juntos, a criança teria de conviver com dois estilos de vida diferentes, a refletirem na formação de sua personalidade, na sua educação.

Destituída de qualquer fundamentação essa argumentação. O psiquiatra e psicodramatista Içami Tiba⁷⁹ esclarece que existem diferenças enormes entre ser mãe e ser pai, muito maiores do que entre ser mulher e ser homem. Diferenças essas que não foram inventadas, mas que decorrem da própria anatomia de um e de outro, da maior ou menor presença e ação de hormônios sexuais: estrogênio e progesterona nas mulheres, testosterona nos homens. O humano masculino é fisicamente mais forte que o feminino. Quem engravida e amamenta os filhotes é o feminino, apesar da essencial ajuda do masculino neste processo. Pai

⁷⁹ TIBA, Içami. **Quem ama, educa**. São Paulo: Editora Gente, 2002. p. 28-32.

e mãe jamais se transformarão biologicamente no progenitor do sexo oposto. Da mesma forma que, por mais eficiente que um dos pais seja, jamais poderá suprir a ausência do outro.

Essas diferenças, entretanto, complementam-se, permitem o equilíbrio da vida, haja vista que uma mulher sem um homem não pode ser mãe. O homem, sem uma mulher, não pode jamais ser pai. A criança é o resultado da associação do homem com a mulher. Não se trata, aqui, de saber quem é mais importante: se o homem ou a mulher, pois os dois são indispensáveis para gerar um filho.

Além das diferenças biológicas entre o homem e a mulher, existem diferenças comportamentais e sociais entre eles, até porque os valores morais que cada um de per si carrega são diferentes. Essas diferenças, indubitavelmente, ampliarão as possibilidades educativas dos filhos. Por outro lado, quanto maiores essas diferenças forem, mais distintos serão os comportamentos dos filhos em relação ao pai e à mãe para a mesma situação. Da mesma forma, como é a mãe que chama para si a “responsabilidade” de comparecer à reunião na escola do filho, o pai se encarrega de levá-lo para um estádio de futebol. Funções distintas, mas importantes, e que se complementam na criação dos filhos.

Após a separação conjugal, o ex-casal continua sendo pai e mãe, cada um com seus valores morais, cívicos, políticos, aptidões profissionais, que já tinha antes da separação. Permanecem, portanto, os pais detentores do poder familiar.

O fim da relação dos pais não tem o condão de impedir o exercício conjunto da responsabilidade parental, em que a guarda é apenas um de seus elementos. A educação é um direito da criança garantido constitucionalmente, e uma responsabilidade dos pais. Em conformidade com Paulo Lôbo⁸⁰, a noção de educação é ampla, incluindo a educação escolar, política, profissional, cívica e a formação dada em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho menor como pessoa em desenvolvimento, e incluiria, ainda, todas as medidas que permitissem ao filho aprender a viver em sociedade.

Se os pais vivem juntos, ambos os pais educam, dirigem a vida de seus filhos visando ao pleno desenvolvimento deles ao preparo para o exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho, nos termos do artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, por

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 209.

que surgiria a problemática após a ruptura familiar, se os pais e seus valores morais, cívicos, políticos, são os mesmos?

Existe na verdade um contra-senso, pois se os pais, mesmo após a separação do casal, continuam detentores do poder familiar, se permanecem os pais com o dever e a criança com o direito à educação, se os valores morais, cívicos, dos pais são os mesmos, por que a guarda compartilhada acarretaria instabilidade aos filhos?

A guarda compartilhada é um passaporte para o convívio familiar, proporcionando menos desgaste ao relacionamento paterno-filial, já que garante a participação dos pais na educação dos filhos.

O fato de os filhos conviverem com regras de educação diferentes por si só nenhum dano acarreta na formação dada em família aos filhos. Prejuízo têm os filhos com a batalha que se trava na guarda exclusiva para a determinação de qual dos pais detém melhores condições para continuar com a prole. Da mesma forma, problemas, especialmente de ordem psicológica, têm as crianças que não convivem com seus pais, que se sentem culpadas pela separação ou abandonadas em decorrência dela.

Por outro lado, como já foi dito alhures, a criança naturalmente se adapta às mudanças, às novas situações. Se os estilos de vida das duas casas são distintos, melhor para a criança, que além de aprender a fazer comparações com códigos educativos diferentes, com mais facilidade perceberá que os códigos de outros ambientes que ela frequenta são diferentes, a exemplo da casa da avó e da do amigo.

5.4 Preferência pela guarda materna

Outro preconceito com relação à guarda conjunta diz respeito à preferência pela guarda materna, partindo do pressuposto de que ninguém melhor do que a mãe para o exercício da guarda do filho. Isso se justifica, basicamente, por dois motivos.

O primeiro é de ordem cultural, sedimentado no velho e antiquado modelo de família, que atribui à mulher a tarefa de educar os filhos e cuidar da casa e ao homem, o ônus de mantenedor da família. O segundo diz respeito ao instinto materno, a idéia de que a mulher tem mais capacidade de renunciar em favor dos filhos do que o homem, de se sacrificar por eles.

Destarte, no entendimento dos que assim se posicionam, o homem não quer assumir as responsabilidades com os filhos, não se preocupa com eles tanto quanto a mãe, além de ter menos tempo para o exercício do poder familiar. Quando os homens disputam a guarda com a mãe, é apenas no intuito de atingir a ex-esposa.

Esses preconceitos em torno dos papéis do pai e da mãe e a contribuição da legislação pátria dificultam em muito a atribuição da guarda compartilhada, contribuindo para esse estado de coisas. A igualdade de direitos entre homens e mulheres dá a vitória à mãe, em detrimento do direito do pai e dos filhos de ter a presença de ambos em suas vidas.

Essa situação ainda é extremamente comum nas Varas de Família. O preconceito em relação ao homem que disputa a guarda dos filhos é muito grande. Ao consultarem um advogado acerca da possibilidade da guarda dos filhos, os homens são imediatamente desestimulados. Os promotores, os juízes, por sua vez, que cresceram sob a égide deste antigo modelo de pai, no momento de opinar e julgar as ações que envolvem a guarda de filhos se deixam influenciar pelos mitos criados em torno dos papéis parentais. Ignoram que o amor parental não surge simplesmente dos laços biológicos, mas é construído pelo afeto que se cultiva dia a dia através dos cuidados dados por ambos os pais.

O homem só logra êxito nas ações de guarda dos filhos quando comprova, com laudos psicológicos, que a mãe está acometida de sérias perturbações mentais ou em face de provas que apresentem a conduta desabonadora da mãe, ou quando ela aceita que a guarda dos filhos fique sob a responsabilidade do pai. A falha e o preconceito do Judiciário em questões deste jaez é imensa e suas conseqüências são nefastas, visto que se refletem na atribuição dos filhos às mães, em prejuízo do melhor interesse do menor. Ao pai, resta ou o enfadonho recurso à superior instância, em que a disputa se prolonga no tempo, perdendo-se o objeto da ação, ou a terapia psicológica, nem sempre eficaz.

Esse preconceito não tem nenhuma fundamentação jurídica, não mais se admitindo após a mudança de paradigmas advinda com a Constituição Federal de 1988. Foram introduzidos no ordenamento jurídico novos princípios orientadores do direito de família. As relações afetivas foram valorizadas, os laços de solidariedade entre pais e filhos fortalecidos, o convívio dos pais com os seus filhos foi erigido a direito fundamental da criança e dever do Estado, da família e da sociedade. Essa nova roupagem do direito de família discrepa do modelo conservador, patriarcal, inserido na codificação oitocentista.

6 DIREITO COMPARADO

6.1 A experiência da guarda compartilhada no direito comparado

Em face do aumento do número de separações e divórcios em todo o mundo, os pedidos de guarda de filhos têm sido alvo de análises mais profundas, em busca do melhor interesse da criança. Os tradicionais papéis do pai e da mãe têm sido questionados, especialmente os que dizem respeito à responsabilidade deles em relação aos cuidados e criação de seus filhos.

A preferência tem sido dada à guarda compartilhada, em que o poder familiar é atribuído a ambos os pais. Apesar de nem todos os países possuírem uma legislação que a preveja de forma explícita, a exemplo do Brasil, a guarda conjunta é aplicada em muitos países do mundo. Nesses países, o ordenamento jurídico permite a sua aplicabilidade, fundamentando-se no melhor interesse da criança e levando em consideração a tendência cada vez maior da igualdade material e imaterial entre o homem e a mulher.

Países europeus e americanos, em que predominava a guarda unilateral nos pedidos que envolviam a guarda de filhos, hoje aplicam a guarda conjunta sob o fundamento de ser a forma mais benéfica ao crescimento do menor.

A aplicação da guarda compartilhada em Portugal é uma realidade, mesmo antes de sua previsão legal que se deu em 1995, por intermédio da Lei nº 84/95, de 31 de agosto. Convém ressaltar, entretanto, que a atribuição conjunta do poder familiar continua a ser legalmente admitida pela Lei nº 59/99, de 30 de junho, porém, está condicionada ao acordo dos pais, que, não sendo possível, o juiz atribui a guarda a apenas um deles.

Na Itália, a previsão da guarda conjunta está nos artigos 316 e 317 do Código Civil, determinando que o poder familiar deve ser atribuído a ambos os pais, não cessando com a ruptura familiar. Apesar do predomínio da guarda monoparental, o magistrado pode, com fundamento do artigo 155 do diploma legal mencionado, atribuir a ambos os pais o direito-dever de participar de todos os atos da vida de seus filhos.

O direito argentino adotou, em sua legislação, o exercício conjunto do poder familiar, sejam os filhos matrimoniais ou não.

Na Alemanha, até o ano de 1982, a regra era a guarda unilateral, baseada no interesse do filho. Logo em seguida, a Corte Alemã passou a entender que o Estado não pode intervir quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes e dispostos à guarda compartilhada de seus filhos.

6.2 Inglaterra

Apesar de não se saber ao certo onde se originou a guarda compartilhada, presume-se que ela tenha suas raízes assentadas no direito inglês, dentro do sistema do *common law*.

Em princípio, em face da consideração de que o pai era proprietário de seus filhos, a ele era, necessariamente, atribuída a guarda dos filhos em caso de conflito.

No século XIX, o Parlamento inglês modificou esse fundamento, passando a atribuir às mães a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos. Por conseguinte, desde então a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos tribunais⁸¹.

Se anteriormente era considerada injusta a atribuição da guarda única e exclusivamente ao pai, os tribunais ingleses também passaram a reconhecer a injustiça em se atribuir a guarda somente à mãe. No intuito de atenuar os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order* do exercício desse direito entre ambos os genitores. A idéia do fracionamento possibilitou que a mãe se encarregue dos cuidados dos filhos dia a dia e o pai se responsabilize pelo poder de direção da vida dos filhos, o que sinalizava para o início da guarda compartilhada, ou seja, do exercício conjunto e cooperativo da autoridade parental.

A inequívoca tendência da guarda compartilhada pelos Tribunais ingleses só ocorreu em 1964, no caso Clissold. Em 1972, no caso Jussa x Jussa, a *Court d'Appel* da Inglaterra reconheceu por decisão o valor da guarda conjunta 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. E, finalmente, no caso Dipper x Dipper foi prolatada sentença que, basicamente, acabou com a guarda exclusiva na história jurídica inglesa.

⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 265.

Essas decisões tiveram grande repercussão jurídica e refletiram a salvaguarda do interesse da criança nas ações que envolvem a guarda de filhos. O novo modelo de guarda foi amplamente difundido na literatura inglesa e utilizado preferencialmente por seus tribunais, ganhando adeptos na França e em outros países europeus, também no Canadá e alcançando os Estados Unidos da América, onde a guarda compartilhada é aplicada na maioria de seus Estados.

Apesar de bastante aplicada pelos tribunais ingleses e de ter servido de referência na França e em outros países europeus, bem como no Canadá e nos Estados Unidos da América, ainda existem decisões conferindo a guarda dos filhos às mães. Isto resulta em protestos dos pais, especialmente nos dias de Natal, dias dos Pais, quando saem às ruas gritando pelo direito de conviver com seus filhos.

6.3 Estados Unidos da América

Foi nos Estados Unidos onde mais se difundiu a guarda compartilhada. A maioria dos Estados americanos prevê em suas leis a guarda conjunta como modalidade de arranjo a ser adotada nas ações que envolvem a guarda de filhos. Em conformidade com Waldyr Grisard Filho⁸², no Estado do Colorado a guarda compartilhada é conferida de 90% a 95% dos casos e na Califórnia esse número é de 80%.

O fim da presunção maternal na atribuição da guarda, bem como a igualdade entre homem e mulher e o melhor interesse da criança, favoreceram o surgimento da guarda conjunta.

No início dos anos 70, grupos de pais preocupados com o desenvolvimento de seus filhos após a separação e desejando continuar convivendo com seus filhos, deram início a um movimento em favor da guarda compartilhada que, posteriormente, se difundiu criando outros novos grupos.

Aliado a esses movimentos que desempenharam um papel muito importante para a propagação dessa modalidade de arranjo, as relações familiares tornaram-se complexas, dificultando a atividade dos operadores do direito. Esses fatores contribuíram para a criação

⁸² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 128.

pela *American Bar Association – ABA* (órgão semelhante à Ordem dos Advogados do Brasil) de um comitê especial para o aprofundamento de estudos acerca da guarda de menores (*Child Custody Committee*), objetivando auxiliar os profissionais que atuam nessa área.

Uma das preocupações desse comitê foi discutir intensamente esse modelo de exercício conjunto do poder familiar e divulgar aos pais as suas vantagens, bem como fornecer-lhes informações úteis sobre grupos de auto-ajuda e acerca das leis de seus Estados.

Em 1977, a guarda compartilhada passou a ser lei no Estado de Oregon. Pelo fato de não ter esmiuçado as hipóteses e condições de sua aplicabilidade, essa lei não serviu de paradigma para os outros Estados.

Em 1978, o Estado de Wisconsin previu a aplicação da guarda compartilhada, através de um estatuto, que além de defini-la, deu as diretrizes para a sua implementação.

Foi a partir do estatuto da guarda compartilhada (*joint custody statute*) do Estado da Califórnia que a guarda conjunta de fato se espalhou. Os americanos se convenceram da importância de garantir ao menor a presença de seus pais em suas vidas, mesmo após a ruptura familiar, bem como dividir as responsabilidades decorrentes do poder familiar.

A guarda compartilhada é expressamente autorizada em pelo menos 45 Estados, o que comprova a idéia de sua relevância. O fato de cada Estado americano ter legislação própria, inclusive no que diz respeito à guarda dos filhos, pode ensejar conflitos jurisdicionais de competência. Para evitar esses conflitos, uniformizou-se a legislação a respeito criando-se a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, que é recepcionada por vários Estados americanos.

Não há, nos Estados Unidos da América, uma regra específica para definir o modelo de guarda a ser adotado. No início, os tribunais norte-americanos adotavam apenas a *joint legal custody*, ou seja, a guarda jurídica compartilhada. Pouco a pouco, vislumbrou-se que esse sistema não satisfazia os genitores que não detinham a guarda física, conquanto eles não participavam do dia-a-dia de seus filhos. Por conseguinte, atualmente, é comum a divisão da guarda compartilhada em jurídica e em física, restando a cada Estado adotar ambas ou apenas a jurídica.

Em boa parte dos Estados, a presunção legal é pela guarda compartilhada, independentemente de acordo entre os genitores. Não obstante isso, há Estados que

determinam sua presunção apenas com a concordância dos pais. Em geral, os genitores, após a ruptura familiar, são submetidos a uma avaliação, além de poderem contar com núcleos de mediação. Os pais são informados das vantagens da guarda compartilhada e incentivados pelos operadores do direito a optar pelo arranjo de guarda que proporcione aos filhos o convívio familiar. O genitor pode ainda ser obrigado a fornecer um plano detalhado de como pretende criar os filhos, bem como a designar o genitor que ficará encarregado de tomar as decisões principais quanto aos filhos. Talvez esses sejam os motivos para o grande número de deferimentos da guarda compartilhada.

6.4 França

A guarda compartilhada na França é uma realidade desde 1976, com o intuito de diminuir os efeitos desastrosos constatados na Inglaterra, provocados pela guarda exclusiva.

Em face da avalanche de decisões favoráveis à Guarda Compartilhada, não demorou muito para que esse instituto fosse regulamentado por lei, o que ocorreu em 22 de julho de 1987 com a Lei nº 87.570/87, denominada Lei Malhuret, modificando o Código Civil francês na parte que trata do poder familiar. Em conformidade com o teor dessa lei, o poder familiar deve ser exercido por ambos os genitores, mesmo após a fragmentação familiar, determinando que os pais compartilhem todas as responsabilidades em relação à vida dos filhos.

Com efeito, o Código Civil francês com as alterações da Lei Malhuret, primando pelo melhor interesse da criança, em muito contribuiu para a qualidade de vida das crianças, que é ter seus pais presentes em suas vidas mesmo após o divórcio ou a separação. Conforme o interesse da criança, o poder familiar, após a ruptura familiar, deveria ser exercido ou em comum pelos pais ou por apenas um deles. O exercício da guarda compartilhada não permitia a alternância de residências, razão pela qual cabia ao juiz indicar o genitor e a casa em que os filhos teriam sua residência habitual. Assim dispõe o artigo 287:

Conforme o interesse das crianças menores, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, depois que o juiz colheu suas opiniões, quer por um deles. No caso de exercício em comum da autoridade parental, o juiz indica o genitor na casa de quem as crianças têm sua residência habitual.

No caso de casais não casados, ou seja, de união livre, unidos ou não, o Código Civil francês reconheceu ao pai o direito de solicitar ao Judiciário o exercício compartilhado da guarda.

A guarda compartilhada como um princípio foi objeto da Lei nº 93-22 de 1993. Predominando o exercício conjunto da autoridade parental, após a fragmentação da família, a opção pela guarda exclusiva somente seria atribuída pelo juiz se melhor ao interesse da criança. Permaneceu o exercício da guarda conjunta sem alternância de residências.

Em 4 de março de 2002, o Código Civil francês foi alterado pela Lei nº 2002-305 no que concerne à autoridade parental e à proteção do menor. O artigo 287, que regulamentava o exercício da guarda compartilhada, foi extinto. Mencionada lei pôs fim à proibição da alternância de residências, sendo esta obstada somente se contrariar ao interesse das crianças.

Em conformidade com os artigos 372 e 373-2 do atual Código Civil, após as alterações sofridas pela Lei nº 2002-305, pai e mãe exercem conjuntamente a autoridade parental, mesmo após sua separação, sendo dever de cada um deles manter relações pessoais com o filho. O exercício da guarda conjunta, a critério do melhor interesse da criança, deve ser fixado com ou sem alternância de residências, nos termos do artigo 373-2-9. A mudança de residência de um dos pais deve ser informada ao cônjuge que não está com a guarda física, bem como ao juiz.

Em caso de divergência entre os pais nos assuntos que dizem respeito aos filhos, o juiz é quem deve decidir. O artigo 373-2-1 do atual Código Civil francês determina ainda que a guarda exclusiva deve ser exceção e nos casos em que for atribuída, deve ser assegurado ao não-guardião o direito de visita e fiscalização.

O juiz, nas ações que têm por objeto a guarda de filhos, e em conformidade com o disposto no artigo 373-2-11 do Código Civil francês, deve levar em consideração: os sentimentos expressos pela criança; a atitude de cada um dos pais em assumir seus deveres e respeitar os direitos do outro; o resultado da perícia, eventualmente efetuada, levando em conta a idade da criança; as informações colhidas pelas pesquisas sociais e as experiências tidas anteriormente pelos pais.

Interessante que o próprio Código Civil francês institui um processo de mediação, no artigo 373-2-10, um procedimento voluntário, que facilita o processo de retomada de um diálogo truncado. O juiz conduz o processo de comunicação de tal maneira que todos os envolvidos têm a oportunidade de ser ouvidos, devendo se esforçar na busca da conciliação.

O juiz conta com uma equipe de pessoas qualificadas para efetuar uma pesquisa social, segundo artigo 373-2-12.

6.5 Canadá

No Canadá, o Código Civil de Quebec facilitou a decisão pela guarda compartilhada. Em conformidade com os artigos 568 e 653, os deveres dos pais com seus filhos persistem com o divórcio. Com efeito, a partir da década de 70, as ações que envolvem o pedido de guarda dos filhos deve ser fundamentada no interesse da criança.

Não obstante isso, quando um dos pais se recusa a compartilhar a guarda, o tribunal atribui a guarda exclusiva a um dos pais (*sole custody*), concedendo-se ao outro o direito de visita. O tribunal entende ser difícil compelir um dos pais a dividir as responsabilidades pertinentes aos filhos quando ele não deseja a guarda compartilhada. Daí se concluir que a guarda compartilhada somente pode ser deferida quando os genitores acenarem positivamente neste sentido. Caso contrário, confere-se a guarda exclusiva a apenas um deles, o que revelar melhores condições para criar e educar os filhos do casal e, conseqüentemente, atender aos interesses destes últimos.

Os tribunais canadenses, ao apreciarem um processo que diz respeito à guarda de filhos, têm uma preocupação muito grande em alertar os pais sobre os benefícios psicológicos para todos os envolvidos, especialmente aos pais e filhos. Mostram aos pais casos já decididos em que foi atribuída a guarda compartilhada e os efeitos benéficos que trouxe ao relacionamento entre pais e filhos.

Investigando o melhor interesse da criança, que é o fundamento da decisão, os tribunais levam em consideração diversos fatores pertinentes ao bem-estar físico e emocional do menor, bem como as condições de cada um dos pais. Quando possível, o juiz ouve e leva em consideração a vontade da criança maior de 12 anos.

6.6 Portugal

Apesar de a Constituição Portuguesa de 1976 ter igualado homens e mulheres em direitos e obrigações, atribuindo a ambos os pais o poder familiar, a guarda compartilhada somente foi explicitamente prevista em lei em 1995. Até então predominava a guarda monoparental. Nem mesmo a reforma do Código Civil de 1977 trouxe algum artigo regulando

a guarda compartilhada. O artigo 1906 determinava que o poder familiar seria exercido pelo progenitor a quem fosse confiado, ou seja, instituía a guarda exclusiva.

Não obstante isso, a guarda conjunta era recomendada pelos tribunais como a mais adequada ao interesse do menor e a que considerava a igualdade parental estabelecida pela Constituição portuguesa. Os filhos seriam favorecidos pelo convívio com ambos os pais, além de fortalecer os laços paterno-filiais.

Em 31 de agosto de 1995, o Código Civil português foi alterado pela Lei nº 84/95, facultando aos pais acordarem sobre o exercício conjunto da guarda dos filhos. O artigo 1906 do Código Civil passou a dispor que:

1. O poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado.
2. Os pais podem, todavia, acordar, nos termos do nº 1 do artigo anterior⁸³, o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimônio.
3. Os pais podem ainda acordar, nos termos do nº 1 do artigo anterior, que determinados assuntos sejam resolvidos por acordo de ambos os pais ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado.
4. Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

Depreende-se do artigo acima transcrito que a atribuição da guarda conjunta estava condicionada ao bom relacionamento dos genitores, o que, de certa forma, não permitiu que se expandisse.

A Lei nº 59/99 alterou o Código Civil português no que respeita à guarda. O artigo 1906 passou a ter a seguinte redação:

1. Desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimônio.
2. Na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado.
3. No caso previsto no número anterior, os pais podem acordar que determinados assuntos sejam resolvidos entre ambos ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor [não] tenha sido confiado.
4. Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

⁸³ Art. 1905, nº.1: Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e a forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal.

Com efeito, a partir da Lei nº 59/99, a guarda exclusiva passou a ser exceção. Os juízes são obrigados a encorajar os pais a optar pelo exercício conjunto da guarda dos filhos, no interesse destes últimos. E na impossibilidade da conciliação, ficam sujeitos a fundamentar sua decisão, atribuindo a guarda a um dos pais.

7 A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

7.1 A mediação como recurso para solucionar os conflitos familiares que envolvem a guarda de filhos

Em casos de conflitos familiares que ensejam a guarda de filhos, o juiz ainda hoje constitui o primeiro recurso. As pessoas enxergam o magistrado como um deus todo-poderoso que vai lhes dizer o que é melhor para suas vidas e que dará soluções perfeitas para diminuir suas dores. Não compreendem que nenhuma sentença judicial poderá substituir suas responsabilidades parentais. Esta falsa constatação desemboca no aumento de decisões que, por não corresponderem às verdadeiras necessidades dos cônjuges e dos filhos, não são efetivamente cumpridas. Isto porque o juiz é impotente para prever os problemas psicológicos que resultarão de sua decisão. Apesar de pôr fim a um litígio, não consegue solucionar os conflitos das famílias que, em conformidade com Danièle Ganância, “antes de serem de direito são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais e antecedidos de sofrimento”.⁸⁴

O problema é conjuntural. Apesar de o juiz ter formação jurídica para decidir os conflitos postos ao seu descortino, não tem aptidão emocional para dirimi-los eficazmente, o que somente será possível por seus próprios autores.

Aqui vai uma crítica ao Sistema Judiciário, constituído por juízes, promotores, advogados, que, numa atitude comodista, procuram para os conflitos familiares uma solução imediatista da contenda, sem se preocupar com suas verdadeiras causas. Nos processos em que se discute o destino dos casais e de seus filhos a influenciar no presente e no futuro deles, o magistrado, na maioria dos casos, não tem paciência para ouvi-los, saber o que pensam e o que desejam, dificultando uma solução eficaz do conflito.

Por outro lado, as pautas dos juízes geralmente estão abarrotadas, de tal sorte que alegam não ter tempo para se dedicar ao lento trabalho de outro meio alternativo de solução de conflitos. Além da cultura voltada para a solução adjudicada do conflito e não para sua pacificação, a conciliação não é reconhecida para efeito de promoção por merecimento, o que

⁸⁴ GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 7, 2001.

limita a aplicação e os resultados favoráveis de outros métodos pacificadores de conflitos que não o judicial.

É chegada a hora, pois, de abandonar o excesso de academicismo com que são tratadas as relações familiares, devendo ser o nosso compromisso contribuir para a humanização do Sistema de Justiça. Para resolver um conflito familiar, nada melhor que paciência para ouvir as partes, estimular o diálogo entre elas. Para aqueles que um dia se amaram e depois não mais se entenderam, a aproximação em audiência sem muita formalidade tem uma importância fundamental no seu deslinde. Escutar a criança, conforme a idade, na audiência, para saber o que pensa e deseja é crucial. Admitir que os menores, de uma forma geral, não têm discernimento para decidir o que é melhor para suas vidas, é subestimá-los, injustamente.

Destarte, é necessário a participação da família na composição do litígio na medida em que proporcionará uma solução mais consentânea com a sua realidade e permitirá que seus membros se responsabilizem pelos efeitos decorrentes do litígio. O caminho é a mediação, que devolve à família o poder de decisão, responsabilizando seus protagonistas pela sua reorganização. A mudança de paradigma permite compreender que a função dos operadores do direito, seja o juiz, seja o promotor, seja o advogado, não é solucionar os problemas das partes, mas propiciar-lhes uma retomada da autodeterminação em relação às próprias vidas.

A mediação propõe mudanças culturais na forma de enfrentar o conflito, pois busca suas verdadeiras causas sem se preocupar com a resposta imediata; sinaliza para um novo contexto ante as divergências e os conflitos, permitindo que as partes envolvidas encontrem soluções viáveis para alcançarem a satisfação de seus respectivos interesses. E, pelo seu aspecto utilitário, acima de tudo, a mediação desafoga o Judiciário, podendo até mesmo substituí-lo, mas sempre no sentido de fortalecer a instituição, em vez de diminuir o seu poder.

Apesar de ser uma prática muito antiga, especialmente como método de prevenção da violência nas comunidades e nas famílias, a mediação se desenvolveu especialmente nos Estados Unidos, a partir da década de 70, onde as ações de divórcio, antes de desembocarem no Judiciário, necessariamente passavam pela mediação, a fim de serem solucionadas pacificamente e na tentativa de salvaguardar acima de tudo a família. A mediação era, ainda, indicada para dirimir os litígios entre proprietários de casa de repouso e berçários, disputas

entre cidadãos e a polícia, bem como as queixas criminais. Para se ter uma idéia dos resultados benéficos que a mediação proporciona para a solução rápida e eficaz das contendas, dois terços dos Estados americanos encaminham os separandos para a mediação. Os serviços foram criados em diversos Estados, a partir da iniciativa da Califórnia, no começo da década de 70. Alguns programas foram implementados a pedido dos juizes das varas de família, em face dos resultados benéficos obtidos nos processos de separação e divórcio. O serviço de mediação é oferecido às partes de forma gratuita e financiado com recursos arrecadados dos impostos locais ou taxas que incidem sobre casamento e ações de divórcio.⁸⁵

Também nos países da Europa e da América do Norte, a mediação é utilizada como meio alternativo de resolução de conflitos há mais de cinquenta anos.

Apesar de não ser prevista legalmente como meio de resolução de conflitos, a mediação sempre foi utilizada na prática na França, com número bastante considerável de acordos. Somente em 1995 foi disciplinada e regulada a mediação pela Lei 95-125, ao determinar, em conformidade com os artigos 21 a 26, que apenas os direitos patrimoniais e os de família estão sujeitos à mediação.

A Grã-Bretanha teve seu primeiro serviço de Mediação Familiar implantado em 1978.

No Canadá, a partir de 1981, a mediação integra o Tribunal de Justiça na qualidade de serviço público gratuito nas questões de família, especialmente aquelas que envolvem separação conjugal, e conta com a ajuda de uma equipe interdisciplinar. Em 1987 foi instituída a Mediação Prévia em conflitos familiares, aumentando o número de mediadores privados e determinando que os casais em processo de separação compareçam a uma 1ª sessão de informação subvencionada pelo governo.

Na América Latina, a Colômbia foi um dos primeiros países a iniciar, em 1983, o trabalho de desenvolvimento da mediação, sendo atualmente um dos mais avançados no setor privado.⁸⁶ Em 1999 foi aprovada a Lei de Conciliação nº 26.872 institucionalizando a conciliação como mecanismo alternativo de solução de conflitos. Por sua vez, na Argentina, a mediação foi finalmente prevista legalmente, especialmente pelos Decretos 1.480/92 e 1.021/95, bem como pela Lei 24.573/95.

⁸⁵ SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 21.

⁸⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 26.

No Brasil, a mediação ainda não foi regulada através de legislação, apesar de ser uma prática desde 1996, juntamente com a arbitragem. Por isso, ela ainda é muito confundida com a arbitragem e até mesmo com a conciliação, já que ambas também objetivam a solução de conflitos. A rigor, a distinção entre mediação, arbitragem e conciliação é bastante tênue. Enquanto na mediação o conflito é dirimido por meio de um acordo entre as partes (o mediador não soluciona a controvérsia, ele simplesmente define os pontos de divergência), a arbitragem caracteriza-se pelo fato de que não se apuram as motivações que levaram à contenda (como ocorre na mediação), e a sentença é proferida por árbitros indicados pelas partes. Na conciliação o acordo é a finalidade, ao passo que na mediação o acordo é uma consequência. Prevalece na conciliação o ditado "é melhor um mau acordo do que uma boa demanda", ou seja, as duas partes perdem menos do que perderiam com o julgamento do caso. A conciliação faz parte do sistema de julgamento brasileiro que pressupõe que o ganho de um significa a perda do outro. Sempre haverá dois perdedores.

Com efeito, o que difere a mediação da arbitragem, da conciliação e do juízo estatal é a responsabilidade. Enquanto as partes a depositam nos juízes ou nos árbitros, na mediação cada parte busca compô-la conforme seus próprios pontos de vista. O objetivo da mediação é facilitar a comunicação, cujo resultado pode ser um acordo, razão pela qual não há de se falar em vencedor e vencido. Todavia, não cabe ao mediador a decisão ou a sugestão do que pode ser acordado. Ele deve ser imparcial, quando muito deve facilitar o entendimento entre os envolvidos na contenda.

Apesar de no Brasil a mediação não ser prevista por uma lei específica, o ordenamento jurídico não impede a sua aplicação desde logo. A Carta Magna prevê, em seu preâmbulo, a solução pacífica de controvérsias e o artigo 226 § 8º do mesmo diploma legal enfatiza o compromisso do Estado em criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, razão pela qual é utilizada pela sociedade, especialmente pelos integrantes do Judiciário, como forma de solucionar conflitos de família que envolvem a guarda de filhos, contribuindo e muito para a sua harmonização. Por outro lado, a maioria dos instrumentos processuais adotados nos conflitos familiares prevê uma fase de conciliação prévia, a exemplo dos princípios gerais do Código de Processo Civil (artigo 331), e da Lei nº 968/54 (artigos 5º e 6º), bem como dos dispositivos insertos em legislação especial (Lei de Divórcio e a Lei de Alimentos).

Maria de Nazareth Serpa conceitua a mediação como:

[...] um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste (a)os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.⁸⁷

Trata-se, portanto, de um procedimento voluntário, realizado por profissionais especializados que podem ser assistentes sociais, psicólogos, advogados, entre outros. O mediador, como catalisador da comunicação, facilita o processo de retomada de um diálogo truncado. Conduz o processo de comunicação de tal maneira que todos os envolvidos têm a oportunidade de ser ouvidos. Isso porque na mediação, ao contrário da arbitragem e da conciliação, em que um terceiro (árbitro ou conciliador) está acima das partes, não há hierarquia. Estando no mesmo nível das pessoas envolvidas no impasse, o mediador ajuda-as a encontrar suas próprias saídas e alternativas para resolver da melhor forma suas diferenças. No entanto, as partes precisam ter maturidade para que a mediação aconteça, o que explica por que o conhecimento do mediador deve ser interdisciplinar, com enfoque para os relacionamentos.

Quando ocorre a separação do casal com filhos, a manutenção dos laços familiares é essencial e, havendo entre eles impasse, a mediação interdisciplinar é altamente indicada, além da inegável contribuição dos setores técnicos de psicologia e do serviço social. Ressalte-se que mesmo quando o mediador é um advogado, ele não advoga para nenhuma parte, figurando como um neutro a serviço da relação e do crescimento.

O Serviço de Mediação Familiar pode ocorrer em dois momentos: em ações já ajuizadas e nos casos ainda não ajuizados. Apesar de ter como pressuposto a concordância das partes, o juiz tem legitimidade, e a meu ver deve, sempre que possível, sugerir esta instância de mediação.

Realizado o procedimento e culminando no acordo, que representa os desejos das próprias partes envolvidas, o juiz o homologa.

⁸⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 90.

Assim sendo, a mediação familiar é uma via alternativa e complementar da resolução dos conflitos sociais fora dos meandros do Poder Judiciário. Além de desafogar e muito o Judiciário e de redistribuir de forma mais adequada os recursos emocionais, é significativo nos conflitos familiares o número de cumprimento dos acordos realizados através da mediação.

7.2 A mediação a serviço do melhor interesse do menor

A ruptura da família, inevitavelmente, cria a problemática da guarda dos filhos, que deve ser resolvida tendo em mira o melhor interesse do filho.

Difícil é estabelecer um critério único que determine o melhor interesse do menor, razão pela qual cada caso deve ser analisado em particular. O menor, como ser em desenvolvimento, demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, e conseqüentemente, interesses diversos. Na interpretação do princípio do melhor interesse da criança deve ser levada em consideração a preservação de um saudável desenvolvimento físico e psíquico do menor, bem como a averiguação das condições dos pais de prestarem esta assistência mutuamente.

O melhor interesse dos filhos, salvo algumas exceções, é que seus pais estejam presentes em suas vidas, razão pela qual é interessante que nos casos em que se discute a guarda dos filhos os pais acenem para um acordo e para a possibilidade da continuidade e intensidade da relação paterno-filial. O acordo, além de benéfico a todos os envolvidos, evita a imposição de uma decisão judicial sob todos os aspectos menos desejável, na medida em que é alheia ao ambiente familiar. Os pais, enquanto detentores do poder familiar, têm o dever de envidar esforços no sentido de proporcionar aos filhos o acordo que melhor atenda aos interesses destes últimos.

Neste particular, a mediação exerce um papel fundamental, composto por mediadores formados em direito, assistentes sociais e psicólogos que dão apoio aos pais no exercício do poder familiar e da guarda compartilhada. Através da mediação, os pais são advertidos da responsabilidade pela participação na vida de seus filhos. Quando necessário, são encaminhados a tratamento psicológico direcionado a fazê-los cooperar, a fim de que cheguem a um consenso no qual estabeleçam por si próprios o exercício da convivência com

o filho bem como o compartilhamento das responsabilidades atinentes a este de modo eficiente.

Em compasso com o interesse do menor está o trabalho dos psicólogos, assistentes sociais e psicanalistas que colaboram com as partes dando-lhes suporte, inclusive alertando os pais das implicações em pôr os filhos no meio de uma questão que não lhes pertence. O problema de não levar em consideração os filhos em sua subjetividade é o de que, de sujeito de direitos o menor passe a vítima do Direito, o que é um desastre.

Com efeito, a mediação, com a ajuda da Psicanálise, no procedimento de guarda, evitará que os pais ajam como se também tivessem rompido com os filhos e com o direito apenas de visitá-los. Ajuda a enxergar que o distanciamento de um dos pais em face da separação do casal trará enormes prejuízos, especialmente emocionais. Apesar do rompimento conjugal, o aspecto parental, nas funções materna e paterna, e o tutelar devem ser preservados, especialmente na consecução dos aspectos parental e tutelar. A mediação direciona os cônjuges a repensarem seus papéis de pai e mãe, que apesar de únicos, complementam-se.

Em busca do melhor interesse do menor, a guarda compartilhada beneficia não só a criança como todos os componentes da família em crise. O interesse do filho, e não a conveniência dos pais deve orientar a definição da guarda. A guarda compartilhada, considerando o menor como sujeito de direito, é uma forma harmônica de guarda ajustada pelos genitores que permite ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação mais amplo e flexível, sendo assim mais proveitosa e interessante ao menor. Propicia a substituição do direito de visitas pelo direito de convivência, realçando a qualidade da relação paterno-filial. O direito de visitas promove o afastamento paulatino de um dos pais, que não só deixa de visitar os filhos como também deixa de honrar suas obrigações financeiras, em prejuízo daqueles.

Substituindo a equação ganhador-perdedor da órbita judicial, que radicaliza o conflito, em benefício do diálogo e do reconhecimento, a mediação ajuda a converter o direito de visitas em direito de convivência, aumentando assim a qualidade da relação emocional entre pais e filhos.

Assim sendo, as soluções que envolvam crianças e adolescentes devem ser consentâneas com o melhor interesse delas, garantindo-se sempre sua prioridade sobre quaisquer outros interesses, especialmente em questões que envolvem guarda, buscando-se sempre assegurar o direito fundamental do convívio familiar do menor com ambos os seus genitores, em conformidade com o artigo 227 da Constituição Federal brasileira.

7.3 Os valores da escuta e da palavra como mecanismo para a efetivação da guarda compartilhada

Quando um casal se separa, em geral, restam os sentimentos de tristeza, dor, frustração e culpa a dificultar e muito a comunicação entre eles. O filho fica como um brinquedo nas mãos dos pais, que dele se utilizam como arma para atingir um ao outro.

Para atenuar esta situação, consumada a separação, faz-se necessário cuidar dos seus reflexos emocional e legal. Questões como a reorganização da convivência dos filhos com os pais e sobre como farão os pais para se manterem educadores e responsáveis por seus filhos precisam ser conversadas, enfrentadas e resolvidas da melhor maneira, especialmente pelo fato de que se existirem filhos menores ou adolescentes, o interesse destes, que é a presença dos pais em suas vidas, deve ser preservado. Os pais devem tentar manter um relacionamento no mínimo amistoso a fim de que possam compartilhar tudo o que diz respeito aos filhos. A mediação, com os aportes da Psicanálise, é o melhor caminho para se almejar este propósito, no qual o agir comunicativo só se dará com a participação do simbólico número 3, representativo dos mediandos e do mediador, formando uma dinâmica ternária de escuta, de exercício da palavra, de troca comunicativa, de disponibilidade pessoal.

O acordo é construído pelos próprios pais, o que garante sua execução. Terceiros imparciais, escolhidos voluntariamente pelas partes e comuns a ambas — terapeutas de casais, mediadores, advogados — auxiliam-nos a encontrarem a solução da controvérsia, fazendo-os lembrar que a relação parental permanece depois da separação e está referida ao filho, ou aos filhos, e à mãe ou pai deles, não ao ex-cônjuge. A comunicação é restaurada, especialmente se foi interrompida. Pode ser utilizada na vigência da separação consensual ou litigiosa e tem como objetivo fazer com que as partes decidam o seu próprio destino. A mediação centraliza-se nos interesses comuns dos pais, fazendo lembrar que os filhos são um deles.

A mediação auxilia ainda na transformação de uma relação adversarial em colaborativa, possibilitando uma negociação dos pais a respeito dos filhos. O mediador, formado para o exercício de uma escuta qualificada, facilitará o diálogo e a construção de acordos pelo ex-casal sobre o futuro de suas vidas e a de seus filhos. Mas, para isso, é indispensável ouvi-los, sem pressa, dando-lhes oportunidade de manifestar seus sentimentos e desejos. Caso se perceba que o casal precisa de acompanhamento médico, psicossocial, uma equipe de especialistas é formada e a ela encaminhado o casal. Isto porque quanto mais funcional puder se manter o casal parental, menores serão as repercussões disfuncionais na vida dos filhos.⁸⁸ Para cuidar dos filhos é necessário cuidar do casal parental. Os filhos ficarão tão menos entristecidos e comprometidos quanto maior for o entendimento entre seus pais.

A manutenção do diálogo entre os pais evita que se ofereçam ou sejam solicitados como veículo de comunicação entre eles, sendo que o respeito aos filhos evita que eles se transformem em moeda de negociação entre o ex-casal. Morando com seu pai ou com sua mãe, os filhos precisam ter garantidos os direitos de ir e vir a um e a outro, aos amigos destes e às suas famílias de origem.

Assim sendo, a mediação favorece uma visão mais precisa aos pais da importância e responsabilidade deles na vida de seus próprios filhos, o que é de extrema importância, na medida em que a escolha pela guarda compartilhada deve partir dos pais e implica bom relacionamento entre eles.

A homologação judicial selará juridicamente o acordo construído pelos ex-cônjuges. Sendo fruto da vontade das partes, esses acordos são efetivos já que sua co-autoria amplia o respeito ao seu cumprimento.

Não obstante isso, é fundamental que os profissionais que atuam nos conflitos familiares, a exemplo de juízes, advogados, promotores, psicólogos e assistentes sociais, estejam comprometidos com o seu mister, que é a responsabilidade social. Que busquem o auxílio dos saberes de outras ciências, a exemplo da Psicanálise, da Psicologia, da Sociologia, do Direito, a fim de agregar capacidade perceptiva da real dimensão dos conflitos, evitando, definitivamente, o comportamento ultrapassado de conduzir a atuação profissional de forma reducionista, tentando resolver conflitos humanos. É preciso avançar, exigir dos operadores

⁸⁸ NAZARETH, Eliana Riberti. Psicanálise e mediação: meios efetivos de ação. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 54, 2001.

do direito mecanismos jurídicos de prestação jurisdicional mais informal e de resultado, mais paciência com as partes que buscam ser escutadas em suas individualidades e reconhecidas em sua dignidade.

7.4 A concretização da guarda compartilhada pela mediação

Em conformidade com Ana Célia Roland Guedes Pinto⁸⁹, os princípios éticos da mediação baseiam-se na dignidade do homem e na sua capacidade de mudança, bem como no seu potencial para a autodeterminação.

O processo de mediação é informal. Não há regras rígidas, mas a manifestação soberana da vontade das partes em colaborar para o seu desenvolvimento. Inicialmente, os mediandos são convidados à narração dos fatos a fim de que definam o objeto gerador do conflito. Depois, sem dar ênfase a discussões, o mediador, como profissional qualificado, preparado para ouvir, direciona as partes a fim de que elas mesmas apresentem formas de soluções da discórdia, sem, entretanto, manifestar qualquer juízo de valor.

Sem a pretensão de erradicar o conflito, a grande vantagem da mediação é torná-lo menos doloroso para as partes envolvidas no conflito, permitindo a sua transformação em diálogo. Pela comunicação, os pais têm a oportunidade de perceber sua importância na vida dos filhos. Passam a ter consciência que a separação ou divórcio não implica o término da família, mas sim uma nova forma de estrutura dela.

Com efeito, pela mediação os pais têm grande probabilidade de se convencerem de que a guarda compartilhada é a que melhor se adequa e atende aos interesses dos filhos. Apesar do rompimento conjugal, o aspecto parental e as funções materna e paterna devem ser mantidas. A decisão partirá dos próprios pais e é de grande importância nas disputas de guarda.

O melhor resultado de uma mediação que envolve a guarda dos filhos não é apenas o acordo mas também e, principalmente, a maturidade do pai e da mãe relativa à nova forma de encarar seus respectivos papéis, quando da ruptura da relação. A decisão tem grande

⁸⁹ PINTO, Ana Célia Roland. O conflito familiar na justiça: mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 70, 2001.

probabilidade de dar certo, já que a solução partiu das partes envolvidas e não foi decidida por um estranho à relação, nem tampouco imposta pelo mediador.

É preciso, pois, abandonar a dimensão de um Judiciário elitizado, arraigado a valores conservadores e preconceituosos, fruto de uma cultura voltada à solução judicializada dos conflitos, impondo aos casais decisões que não são suas. Nem mesmo a edição da Lei 8.952/94 que alterou, entre outros, os artigos 125 e 331 do Código de Processo Civil, reforçando os poderes conciliatórios do juiz, inclusive no curso do processo, reduziu a formalidade com que são tratadas as questões familiares.

O Judiciário está sobrecarregado e sua atuação não tem logrado êxito na pacificação dos conflitos. Atrelado a isso, está o receio das partes em avançar suas posições, com medo de serem desfavorecidas no julgamento da causa.

Por conseguinte, é importante a inclusão de um serviço de mediação nas Varas de Família, especialmente nos processos que envolvam a guarda de filhos, possibilitando uma maior celeridade e eficácia nas decisões judiciais, que consolidarão os resultados obtidos através da homologação dos acordos a que chegarem os interessados, com a intervenção do mediador.

Em Alagoas, desde 2001, existe um projeto desenvolvido entre a 22ª Vara Cível de Família da Capital e a CAMEAL – Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas. Entretanto, não há perspectiva de implantação imediata, haja vista a inexistência de convênio do Tribunal de Justiça de Alagoas com a CAMEAL, entidade encarregada da formação de mediadores e árbitros. Aliás, numa pesquisa feita com os 5 (cinco) juízes das Varas de Família da Capital, apenas 2 (dois) conhecem e já encaminharam, em caráter excepcional, para a CAMEAL casos para serem mediados, o que comprova a cultura voltada à solução judicializada dos conflitos, bem como a desconfiança de muitos deles de que a mediação seja um instrumento eficaz a privilegiar a justiça e o respeito às partes.

De concreto, em Maceió, há o núcleo de Mediação Familiar localizado no *campus* da Universidade Federal de Alagoas e funcionando desde maio de 2005, das segundas às quintas-feiras, no horário entre 8 e 12h, em auxílio à 5ª Vara de Família da Capital, também lá instalada. A população atendida pelo núcleo de mediação integra a região do Benedito Bentes, do Santos Dumont e do Tabuleiro do Martins. O nível de escolaridade das pessoas que têm

sido assistidas pela mediação é baixo – pessoas com o 1º grau e no máximo com o 2º grau incompleto.

Integra a lista de mediadores 1 (um) bacharel de direito, 3 (três) psicólogos e 1 (um) juiz de direito. Os casos de família que chegam no núcleo de mediação são o resultado de uma triagem feita pelo núcleo de prática jurídica da UFAL, que encaminha à mediação aqueles casos em que não se consegue a conciliação de imediato. Dos casos que chegam ao Núcleo de Mediação, 70% (setenta por cento) sinalizam para o acordo, 20% (vinte por cento) são encaminhados para o apoio psicossocial e apenas 10% (dez por cento) são arquivados por desistência das partes. A Coordenadora do Núcleo de mediação, a professora Maria Anicléris Vieira Soares, afirmou haver aplicado em diversas situações de divórcio ou de separação judicial que envolvem guarda de filhos a visitação livre, com a participação do não-guardião em todas as decisões importantes relativas ao filho. Ora, a rigor, trata-se de uma guarda compartilhada, mas que por falta de informação tem sido aplicada com outra denominação. Informou a Coordenadora do Núcleo que o juiz da 5ª Vara de Família não tem enviado para a mediação questões que envolvem guarda de filhos.

7.5 Projeto de lei nº 4948/2005

Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4948/2005, que tem por objetivo inserir a mediação familiar no Código Civil brasileiro como recomendação para regular os efeitos da separação e divórcio. Ou seja, nas ações de separação e divórcio deve o juiz incentivar a prática da mediação familiar.

Apenso ao projeto de lei nº 4945/2005, o projeto sob comento é extremamente salutar, na medida em que obriga o juiz a exercer seus poderes na condução do processo, impulsionando as partes a solucionar seus conflitos por meios pacificadores. A mediação familiar como uma via alternativa e complementar da judicial permite que as decisões sejam mais eficazes, pois consolidarão os resultados obtidos através da homologação dos acordos feitos pelos próprios interessados, com a intervenção do mediador.

Convém ainda ressaltar, por oportuno, que pela redação do projeto de lei sob comento, obrigatório não é o acordo, mas a tentativa de mediação, a fim de que essa via alternativa crie na comunidade a cultura da mediação.

8 RESULTADOS DE UMA PESQUISA EMPÍRICA

Para melhor instruir o presente estudo foi feita uma pesquisa empírica. Aplicaram-se questionários aos juízes das Varas Privativas de Família da cidade de Maceió, a fim de verificar se a guarda compartilhada tem sido implementada, bem como perquirir os fatores impeditivos de sua eficácia. Entrevistaram-se, ainda, 3 (três) advogados que atuam em conflitos de família, a fim de investigar a sua participação no incentivo dos casais pela escolha da guarda compartilhada.

Dois casais que compartilham a guarda dos filhos foram entrevistados com a finalidade de demonstrar a operacionalização deste modelo de arranjo e os seus efeitos à relação paterno-filial.

8.1 Metodologia

8.1.1 Tipo de estudo e população-alvo

Este estudo constitui-se em documentação direta, pois o levantamento de dados ocorreu na cidade de Maceió. A primeira pesquisa foi realizada no Fórum, por intermédio de questionários feitos aos juízes das Varas Privativas de Família, no período entre 5 de junho de 2006 e 20 de junho de 2006. Trata-se, em especial, de uma pesquisa de campo com o propósito de obter dados concretos de uma realidade fática, para a qual se buscam mudanças efetivas com as implementações do novo Código Civil, principalmente, no tocante ao novo regime de guarda.

A segunda pesquisa foi realizada com 3 (três) advogados que atuam em questões de família na cidade de Maceió, no período entre 26 de junho de 2006 e 6 de julho de 2006.

A terceira entrevista foi feita com dois casais que, na prática, vivenciam a guarda compartilhada dos filhos.

8.1.2 Descrição dos instrumentos

A entrevista com os juízes foi oral, reduzida a termo e teve como instrumento de trabalho um questionário (anexo 1) de 14 (quatorze) perguntas para todos eles.

A pesquisa com os três advogados contou também com um questionário (anexo 2) de 7 (sete) perguntas, entregue a cada um deles e respondido na forma escrito.

A entrevista com os pais teve por objeto um questionário (anexo 3), entregue a cada um deles e respondido por escrito.

Após as respostas, os resultados foram analisados e comparados, através das tabelas.

8.2 Análise dos questionários

8.2.1 Entrevista com os juízes das Varas Privativas de Família e advogados

Na cidade de Maceió, existem 6 (seis) juízes que atuam nas Varas de Família. Não obstante isso, apenas 5 (cinco) foram entrevistados, já que um deles se recusou a responder ao questionário.

Três advogados que militam na área de família também foram entrevistados.

Tabela 1- Aplicação da guarda compartilhada

JUÍZES	5
Aplicam, a depender dos pais	3
Apenas homologam	1
Não aplicam	1

Fonte: Autora, 2006.

Na entrevista realizada, apenas um juiz disse não aplicar a guarda compartilhada; três deles afirmaram, por sua vez, que aplicam a guarda compartilhada quando os pais apresentam os respectivos acordos neste sentido. Os juízes que disseram aplicá-la dependendo do pedido dos pais, bem como os que responderam apenas homologar os pedidos de guarda, afirmaram que a sentença foi devidamente cumprida.

Dois dos que afirmaram aplicar a guarda conjunta, enfatizaram que nos casos em que assim procederam, a guarda compartilhada já se apresentava de fato. Um deles acrescentou que a guarda compartilhada é apenas um pressuposto de possibilidade que pode ser aplicado dentro de determinada situação, mas que não é a regra, porque falta no Brasil uma cultura adequada de compartilhamento. “Dos 10 processos que chegam para decidir, envolvendo a guarda dos filhos, em 8 a guarda já está definida para a mulher e o homem super-satisfeito em

pegar o filho nos finais de semana e olhe lá. O pai não quer a guarda do filho, porque filho dá trabalho.” Na nossa sociedade, acrescenta: “o pai é pai dos filhos da mulher dele; acabando a relação, o homem deixa de ser pai daquela prole”. Assegurou, ainda, que nas classes média e baixa é difícil compartilhar a guarda, ocorrendo sua aceitação apenas nas famílias de nível cultural mais elevado. Na concepção desse entrevistado, a pessoa menos indicada para decidir sobre guarda de filhos é o juiz, sob o argumento de que não conhece as partes, nem a intimidade do casal, nem a criação dos filhos, razão pela qual, segundo ele, o juiz não aplica a guarda, apenas homologa.

Constata-se que os casos em que o juiz aplicou a guarda compartilhada foram fruto de acordos apresentados pelos pais e, por conseguinte, nenhuma participação teve o juiz no sentido de sugerir e mostrar às partes as vantagens da guarda compartilhada. O magistrado, em geral, parte do pressuposto de que o problema da guarda de filhos é assunto que diz respeito apenas ao casal e somente eles é que podem decidir a respeito.

Tabela 2 – Benefícios da guarda compartilhada à relação paterno-filial

RESPOSTAS	JUÍZES (5)	ADVOGADOS (3)
É benéfica	3	3
Não é benéfica		
É benéfica apenas quando o filho é adolescente	2	

Fonte: Autora, 2006.

Os advogados e três dos juízes entrevistados afirmaram que a guarda compartilhada é sempre benéfica à relação paterno-filial. Dois dos juízes que aplicam a guarda compartilhada ressaltaram que apenas quando se trata de adolescentes é ela benéfica. Em se tratando de crianças, no entender desses dois entrevistados, é ela prejudicial porque a criança iria perder referencial.

Curioso que os dois juízes que responderam ser a guarda compartilhada benéfica apenas quando o filho é adolescente, a rigor, desconheciam a possibilidade do compartilhamento da guarda mantendo a criança uma residência fixa. Isto comprova o desconhecimento de parte dos magistrados acerca desse modelo de arranjo jurídico, o que impede que ele se expanda e, de fato, seja aplicado, em prejuízo do melhor interesse do menor.

Tabela 3 – Sugestão da guarda compartilhada

RESPOSTAS	JUÍZES (5)	ADVOGADOS (3)
Sugere	2	2
Não sugere	2	
Depende do caso	1	1

Fonte: Autora, 2006.

Dos três juízes que disseram aplicar a guarda compartilhada, dois afirmaram que ao presidirem uma audiência que envolve a guarda de filhos, sugerem aos pais a adoção da guarda conjunta. Os dois entrevistados que não sugerem, argumentaram para tanto que os pais chegam brigando e que preferem aguardar que as partes requeiram, vez que não têm como acompanhar a evolução daquela guarda.

Dois advogados responderam que não hesitam em sugerir a guarda compartilhada, especialmente quando se trata do pai que, segundo eles, é extremamente discriminado nas ações em que se disputa a guarda dos filhos. A propósito, um desses advogados afirmou que sugere a guarda compartilhada a seu constituinte, porque compartilha a guarda de sua filha com a ex-esposa e sabe dos benefícios que ela proporciona aos pais e filhos, além de sacramentar os direitos e deveres de ambos os pais na criação dos filhos, mesmo após a separação.

Essa amostragem revela que o receio dos juízes em sugerir a guarda compartilhada acaba por deixar prevalecer o interesse dos pais em detrimento do interesse dos filhos. Ou seja, o juiz, em meio à briga do casal, termina por deixar que os pais resolvam o que é melhor para eles, ainda que em prejuízo do direito do filho à convivência familiar.

Tabela 4 – Obrigatoriedade da guarda compartilhada

RESPOSTAS	JUÍZES (5)	ADVOGADOS (3)
Deve ser obrigatória		
Não deve ser obrigatória	5	2
Depende do bom relacionamento dos pais		1

Fonte: Autora, 2006.

Quando perguntado aos juízes se a guarda compartilhada deveria ser obrigatória, todos responderam negativamente. Aliás, um dos entrevistados que afirmou aplicá-la e não sugeriu-la, foi infeliz ao se justificar: “a guarda compartilhada é fruto de um cochilo do legislador”. E continuou: “o direito fundamental da criança é o direito de ter os cuidados ou do pai ou da mãe”.

Um Juiz que aplica e sugere, asseverou que “não adianta colocar na lei que a guarda compartilhada é obrigatória no Brasil, se na prática não existe uma consciência social de responsabilidade parental; e que o objetivo da lei foi tão-somente fomentar a conscientização das pessoas do compartilhamento.”

Um dos advogados que respondeu que a guarda compartilhada não deve ser obrigatória, fundamentou sua resposta: “Não há ainda a estrutura necessária no próprio Judiciário para garantir verdadeiramente a proteção e o bem-estar do menor, que acaba sendo manipulado com a promessa de presentes caros, de passeios atraentes etc.”

Os dados mostram que não existe muito interesse de alguns juízes em concretizar o melhor interesse do menor.

Tabela 5 – Dificuldade na aplicação da guarda compartilhada

JUÍZES	5
Sim, sentem dificuldades	3
Não enfrentam dificuldades	2

Fonte: Autora, 2006.

Dos 5 (cinco) juízes entrevistados, 3 (três) afirmaram ser difícil aplicar a guarda compartilhada no caso concreto, sob o fundamento da litigiosidade existente entre os pais. Outro fator indicado pelos juízes como impeditivo para a sua aplicação é a questão dos alimentos.

Um dos juízes que diz aplicar e sugerir a guarda compartilhada, enfatizou que um dos entraves para a aplicação desta é que a guarda é um dos elementos de disputa, especialmente pela mãe. “Dizer para a mulher que ela não vai ficar com a guarda do filho é uma expressão por si só de perda pessoal para ela, o que dificulta e muito sua aplicação na prática”, afirma.

Dois deles responderam não ser difícil, desde que se pudesse contar com uma equipe interdisciplinar de psicólogos e assistentes sociais. Um deles, que homologa o acordo apresentado pelos pais, mas não sugere a guarda compartilhada, afirmou que “por maior que seja o grau de litígio existente entre os pais, é sempre possível conseguir um acordo”.

Não obstante isso, todos os juízes afirmaram que a aplicação da guarda compartilhada depende de um bom relacionamento dos pais. Dois deles enfatizaram a necessidade de divulgar o instituto da guarda compartilhada no meio jurídico, especialmente entre os advogados e os próprios juízes, pois, segundo eles, falta conhecimento e preparo dos operadores do direito para ajudar na aplicação e concretização da guarda compartilhada.

Tabela 6 – Guarda compartilhada com ou sem alternância de lares

JUÍZES	5
Depende da idade	4
Indiferente	1

Fonte: Autora, 2006.

No decorrer da entrevista, constatou-se que dentre os cinco juízes entrevistados, três, em algum momento, confundiram a guarda conjunta com a guarda alternada. Percebeu-se, ainda, uma forte resistência por parte dos magistrados em aceitar a guarda compartilhada com alternância de lares, pois destacaram o prejuízo para a estabilidade emocional da criança, bem como o convívio com códigos educativos diferentes. Apenas um se mostrou indiferente; os outros quatro afirmaram que dependeria da idade: tratando-se de criança, seria nociva, porque perderia o referencial, mas sendo adolescente, seria possível.

Tabela 7 – Rapidez na prestação jurisdicional

RESPOSTAS	JUÍZES (05)	ADVOGADOS (03)
Sim, agiliza o processo	2	2
Não agiliza o processo	3	1

Fonte: Autora, 2006.

Dentre os juízes que aplicam a guarda compartilhada, apenas um respondeu que a prestação jurisdicional dar-se-á de forma mais rápida. Um deles, apesar de não aplicá-la, afirmou que, “sem sombra de dúvidas, o processo se encerra de forma mais rápida”. Os outros três afirmaram que, ao contrário, a guarda compartilhada requer os serviços de psicólogos, assistentes sociais, o que, além de dificultar sua aplicação, emperra o andamento do processo. Um desses quatro argumentou que “a guarda compartilhada requer muita conversa com os pais, com a criança, avaliação de psicólogos etc. E o número de processos que tenho em minha Secretaria para julgar é muito grande e não posso perder muito tempo com processos de guarda compartilhada, até porque no final do mês tenho um mapa de produtividade para entregar ao Tribunal de Justiça”.

Dois dos três advogados entrevistados afirmaram que a guarda compartilhada agiliza o processo. Um deles disse que “um dos fatores que torna mais morosos os processos de separação judicial e o divórcio é a disputa pela guarda dos filhos, bem como as questões relacionadas com a pensão alimentícia.”

Os números da pesquisa são compreensíveis. Como dito, falta conhecimento dos aplicadores do Direito, em especial dos magistrados, quanto à guarda compartilhada.

Tabela 8 – Acompanhamento psicossocial aos pais com problemas mal resolvidos entre eles

JUÍZES	5
Encaminham a psicólogos	2
Não encaminham	3

Fonte: Autora, 2006.

Quando os pais estão com problemas mal resolvidos entre eles, dois juízes responderam que encaminham os pais a psicólogos; os outros três responderam negativamente com justificativas diferentes: “não encaminho a psicólogos, porque não há psicólogos no Fórum”; “não encaminho, porque o número de processos é grande”. E, finalmente, um dos juízes respondeu que quando percebe que os pais estão em conflito entre eles, normalmente as encaminha à mediação familiar.

No entanto, todos eles responderam que não há acompanhamento psicossocial aos pais e filhos após a determinação da guarda compartilhada. Aliás, os magistrados entrevistados ressaltaram que o Fórum não conta com uma equipe de assistentes sociais e psicólogos para ajudar os pais e filhos nas ações que envolvem a guarda de filhos. Apenas uma psicóloga presta seus serviços no Fórum da cidade de Maceió, razão pela qual o sistema é precário, não existindo um quadro organizado.

Esses dados mostram a falta de estrutura dos tribunais para decidir o destino de pessoas, especialmente daquelas em fase de formação.

Tabela 9 – A importância da mediação na aplicação da guarda compartilhada

RESPOSTAS	JUÍZES (5)	ADVOGADOS (3)
Sim, é importante	3	3
Não é importante	2	

Fonte: Autora, 2006.

Ao serem perguntados se a mediação seria o melhor caminho para decidir as questões de guarda de filhos, dois juízes responderam negativamente, apesar de reconhecerem sua importância: um deles, de forma contraditória, no início da entrevista disse que a atribuição da guarda compartilhada não é tarefa do juiz, mas quando perguntado sobre a ajuda da mediação, disse ser ela “mitológica, porque não resolve o problema”; o outro argumentou que “poderia resolver os problemas entre os pais, mas não resolve a questão da guarda compartilhada”. Os outros três responderam afirmativamente: “qualquer método alternativo de resolução de conflitos é sempre viável, pois o Estado deve intervir minimamente nos conflitos”; “é muito importante, tenho enviado diversos processos para serem mediados, sendo os resultados positivos”.

Os três advogados, por sua vez, sem qualquer hesitação responderam que acham ser a mediação o melhor caminho para decidir as questões de guarda de filhos.

Em Alagoas, como frisado anteriormente, há um projeto desenvolvido entre a 22ª Vara Cível de Família da Capital e a CAMEAL – Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas, entidade encarregada da formação de mediadores e árbitros. Não obstante isso, apenas três dos juízes entrevistados conhecem e já encaminharam, em caráter excepcional, para a CAMEAL casos para serem mediados. Os outros dois desconhecem esse serviço. Isso mostra a falta de boa vontade dos magistrados em conhecer e aplicar outros métodos de solução de conflitos.

8.2.2 Entrevista com pais que compartilham a guarda de filhos

Foi entrevistado um casal que compartilha a guarda da filha de 5 anos de idade e mantém residência fixa com a mãe, em Belo Horizonte. Separados há aproximadamente três anos, o casal respondeu que ao terminar o casamento, conseguiram manter um bom relacionamento especialmente pelo fato de que seria melhor para a filha. Na concepção deles, em uma separação, quem mais sai prejudicado são os filhos, que são as verdadeiras vítimas de um casamento que não dá certo, razão pela qual o bom relacionamento do casal foi imprescindível.

O conhecimento pelo ex-casal das vantagens da guarda compartilhada se deu pelo fato de que ele é advogado que milita na área de família e, quando da separação, encarregou-se de informá-la acerca desse instituto.

A opção pela guarda compartilhada se deu pelo fato de que era a melhor solução para que ambos pudessem ter mais participação na vida da filha. O pai acrescentou, ainda, que “nada mais justo, pois, se como pai, tenho a obrigação de arcar com as despesas para a manutenção dela, o que faço com todo prazer, por que não ter o direito de também ter a sua guarda? E mais, na grande maioria dos casos em que o pai que não tem a guarda compartilhada, termina ficando refém da ex-esposa, que costuma usar os filhos para atingi-lo, visando apenas seus sentimentos egoístas”.

Em conformidade com os pais entrevistados, a guarda compartilhada tem sido benéfica a todos, especialmente à filha, além de contribuir e muito para o equilíbrio na relação dos pais com os filhos, após a separação. Ambos os pais participam das decisões importantes acerca da filha, além de estarem sempre presentes na vida dela. Não há o estabelecimento do direito de visita, o que é um dos motivos freqüentes das brigas dos casais separados. Os sentimentos de rancor, de raiva que envolveram a separação diminuíram e muito com o exercício da guarda compartilhada.

A filha, por sua vez, adaptou-se perfeitamente às mudanças, inclusive ao fato de sua mãe residir em outra cidade e não se sente culpada pela separação de seus pais, tampouco abandonada por eles. Além de passar as férias escolares com o pai, freqüenta a casa dele sempre que quer.

Responderam que não se recordam de ter enfrentado dificuldades com a aplicação da guarda conjunta. Os únicos problemas que tiveram se deram e se encerraram com o processo de separação. Nem mesmo o fato de a mãe residir com a filha em outra cidade gera problemas e dificuldades no exercício da guarda compartilhada.

O outro pai entrevistado separou-se em 1993 de sua companheira e adotaram o sistema de guarda exclusiva de seus dois filhos em favor da mãe, até mesmo porque desconheciam a guarda compartilhada. Na época, a menina tinha 6 anos de idade e o menino, 5 anos de idade.

Não obstante isso, alguns meses depois, passados os ressentimentos e o rancor, passaram a manter um bom relacionamento, o que proporcionou a participação mais ativa do não-guardião. Desde então, todas as decisões que diziam respeito aos filhos do casal eram tomadas em conjunto, bem como os dias em que os filhos ficariam com o pai, se poderiam ou não os filhos viajar, se poderiam ou não os filhos ir a determinado *show*.

Segundo o pai, o arranjo de guarda conjunta funcionou muito bem, apesar de não ter sido estabelecida judicialmente, visto que as responsabilidades, apesar de, por direito, ficarem com a mãe, sempre foram tomadas e decididas em comum acordo. Proporcionou a integração entre pais e filhos, além de ter diminuído e muito a distância entre o não-guardião e os filhos. O acesso do pai aos filhos era livre, sendo apenas previamente estabelecidas as férias escolares. Os filhos sempre se sentiram amados e cuidados, ao perceberem que os pais conjuntamente resolviam sua vida e não se sentiam culpados pela separação do casal, nem abandonados por eles.

As dificuldades enfrentadas com a aplicação da guarda compartilhada foram poucas e fáceis de ser resolvidas com diálogo e compreensão, e diziam respeito à forma de criação/educação das pessoas com quem nossos filhos andavam.

Cinco anos depois da separação, a ex-esposa do entrevistado faleceu, o que proporcionou que os filhos do casal fossem ambos morar com o pai, que algum tempo depois se casou novamente.

As novas núpcias do pai não prejudicaram o convívio com os filhos, que aceitaram bem a nova companheira do pai e o nascimento da nova irmã.

8.3 Conclusões

Da pesquisa efetuada, percebeu-se que a guarda compartilhada é pouco aplicada pelos juízes do Fórum de Maceió, pela falta de conhecimento deles desse instituto. Falta, portanto, uma maior divulgação e informação dos operadores do direito para que de fato a guarda compartilhada seja uma realidade em Maceió.

Nem todos os magistrados e advogados sugerem aos pais a guarda compartilhada, mostrando suas vantagens a todos os envolvidos, especialmente aos filhos, que poderão contar com a presença de ambos os pais em suas vidas. Acreditam que a escolha do melhor arranjo de guarda não é responsabilidade dos operadores do direito, mas tão-somente do casal. Nas separações litigiosas, decidem da forma que mais agrada ao casal em meio a brigas. Preferem atribuir a guarda exclusiva a um deles, em especial à mãe, com um sistema de visitação livre, sob o fundamento de que esse modelo de arranjo diminui os conflitos existentes entre o casal, quando, a rigor, nenhum modelo de guarda funciona se não existe um bom relacionamento

entre os pais. Outro fator que impede os juízes de aplicar a guarda compartilhada no Fórum de Maceió é que o compartilhamento exige mais tempo, paciência e trabalho por parte deles, que, diante do caso concreto, terão de vislumbrar cautelosamente o melhor interesse dos filhos.

Não houve ainda no Fórum de Maceió a criação de serviços de mediação dentro das Varas de Família, o que muito contribuiria para a solução dos impasses entre os cônjuges e para o bem-estar das crianças. A cultura do litígio predomina nas decisões que envolvem o destino dos menores.

Falta, ainda, um corpo estruturado de acompanhamento psicossocial aos pais, o que ajudaria os juízes nas decisões que envolvem a guarda de filhos, inclusive no convencimento aos pais da plausibilidade da guarda compartilhada.

No que concerne aos casais que aplicam a guarda compartilhada, comprovou-se a sua plena operacionalização e a satisfação dos pais com os efeitos benéficos à relação paterno-filial. Pequenas dificuldades enfrentadas pelo casal na sua operacionalização são resolvidas por eles, mediante bastante diálogo.

CONCLUSÃO

Com a constitucionalização do direito civil, profundas transformações se instalaram, principalmente no Direito de Família, onde a temática acerca da guarda de filhos teve destaque, na medida em que a Carta Magna de 1988 assegurou-lhes a condição de sujeitos de direitos, garantindo-lhes, com prioridade absoluta, o seu melhor interesse.

Em face dos estudos e da pesquisa de campo empreendida, constatou-se ser a guarda compartilhada o arranjo de responsabilidade parental que assegura aos filhos de pais que não mais vivem juntos ou de pais que nunca coabitaram, a convivência familiar, vez que o menor mantém com o progenitor a quem não foi confiado uma relação de grande proximidade e permite que os pais acordem exercer em comum o poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho.

Os fundamentos constitucionais da guarda compartilhada são os princípios da igualdade de gêneros, do melhor interesse do menor, e da prioridade absoluta da criança e adolescente, insculpidos nos art. 5º, *caput*, e 227, ambos da Constituição Federal de 1988. O primeiro quer ensejar que homens e mulheres, em igualdade de oportunidades, tenham os mesmos direitos de conviver com seus filhos e de por eles se responsabilizar. Pelos princípios do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta da criança e do adolescente entende-se que o bem-estar da criança e seus interesses devem sempre prevalecer em detrimento do interesse de qualquer outro, especialmente dos interesses dos pais, no estabelecimento da guarda.

Este modelo se opõe à guarda exclusiva típica dos embates judiciais, na qual a ideologia do “perdedor versus ganhador” eterniza a disputa entre os pais e proporciona o afastamento paulatino de um deles, em prejuízo do filho. A separação do casal é um processo doloroso que se inicia bem antes da decisão do casal de se separar, e por sua vez, não se encerra com a decisão judicial homologatória, razão pela qual é indispensável que se estimulem arranjos de guarda que não acirrem as disputas, mas pelo contrário, que promovam o diálogo e a cooperação.

A guarda compartilhada enseja a cooperação mútua entre as partes com vistas a um acordo pragmático que, aliada à busca de concretizar o melhor interesse da criança e responsabilizar ambos os pais na criação e cuidado aos filhos em comum, proporciona uma solução adequada para todos os envolvidos. Os interesses dos filhos são priorizados na medida em que terão assegurado o direito de conviver em família e de ter a presença de seus pais em suas vidas. Por outro lado, os pais terão seus interesses resguardados dos inúmeros inconvenientes causados pelo ambiente quase sempre hostil, quando da transformação da família, além de evitar serem objeto de uma escolha judicial, na maioria das vezes tendenciosa para a mãe.

Os pais precisam ser informados sobre a existência da guarda compartilhada, de suas vantagens, pelos operadores do direito, de sua contribuição para minimizar os nefastos impactos da separação dos pais causados nos filhos. E, neste particular, o papel dos advogados, dos juízes, é de extrema importância a fim de que a guarda compartilhada seja estimulada e se torne a regra nos tribunais pátrios, ao passo que os demais modelos sejam exceção, adotados caso o julgador verifique a impossibilidade da adoção da guarda compartilhada, diante das circunstâncias do caso concreto.

A decisão de guarda dos filhos não é um assunto que só diz respeito ao casal. O magistrado tem o dever de aplicar os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e cobrar dos pais posturas responsáveis na criação e cuidado dos filhos.

A guarda é um direito e um dever dos pais, um *múnus público* que pode e deve ser suprimido dos pais se constatado que está sendo exercido em prejuízo dos menores. Precisam os operadores do direito entender que o que está se discutindo em juízo não são os interesses do ex-casal, mas os interesses dos filhos, como seres em formação. Se desentendimentos existem que superam o interesse dos filhos, que os pais sejam advertidos pelo juiz da possibilidade de perderem a guarda em favor de um terceiro ou até mesmo da penalização com a perda do poder familiar. O que se deve evitar é que os juízes permaneçam decidindo qual o melhor interesse do casal em meio a brigas, em detrimento do interesse maior das crianças.

O ordenamento jurídico brasileiro se mostra amplamente receptivo à guarda conjunta, não apresentando nenhum impedimento à sua aplicabilidade. Trata-se de uma responsabilidade de toda a sociedade, e não apenas da família, a efetiva proteção da criança e

do adolescente, em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. As críticas que a ela fazem alguns profissionais, especialmente por falta de conhecimento, não têm o condão de inibir a aplicabilidade desse tipo novo de guarda por parte do Judiciário.

Se os juízes, para determinar o estabelecimento da guarda compartilhada, levarem em consideração o bom relacionamento dos pais – achando que quando não houver entendimento entre eles, a guarda exclusiva será a melhor solução –, como de costume, estão se equivocando, pois quando os pais não se entendem nem mesmo a guarda exclusiva funciona.

O melhor interesse do menor deve nortear sempre qualquer decisão a respeito de sua vida, principalmente aquelas pertinentes à educação, à saúde, à segurança, ao lazer e ao convívio no seio da família.

A discussão interdisciplinar deve ser incentivada, a fim de que a decisão que envolva a guarda de filhos seja mais célere, mais eficaz. A mediação familiar é um importante instrumento para conscientização dos genitores sobre as vantagens do exercício conjunto da autoridade parental. Essa via alternativa de resolução pacífica de conflitos permite que os genitores separem seus conflitos emocionais da responsabilidade parental. As decisões são eficazes, pois são fruto de questões discutidas e amadurecidas dos pais, proporcionando o bem-estar a todos os envolvidos, principalmente, aos filhos menores.

No Brasil, de forma bastante lenta, está se construindo uma aceitação a respeito da guarda compartilhada, ao contrário do que já acontece em países como os Estados Unidos, Inglaterra, França, Canadá e Portugal, em que a guarda conjunta é uma prática constante, sob o fundamento de ser a forma mais benéfica ao crescimento do menor.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 11. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956.

_____. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Coleção de Leis do Brasil**, v.1, Coluna, 8, p. 168.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicação, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em:
<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644> Acesso: jul. 2005.

BRASIL. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 set. 1962.

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990, p. 13563.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, 2001.

GOLDESTEIN, Joseph; FREUD, Ana; SOLNIT, Albert J. **No interesse da criança?** Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa, revisão Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações. parentesco e autoridade parental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2004. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRISARD FILHO, Waldyr . **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAURIA, Flavio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LEÃO, Renata. O valor da intimidade. **Revista Veja**, São Paulo, n. 1966, 26 jul. 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do best interest of the child na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 141, jan./mar. 1999.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do Numerus Clausus. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 12, jan-fev-mar. 2002.

_____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Nota sobre o caráter normativo dos princípios**. [S.l.; s.n.; 199?].

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 19, 1980.

NAZARETH, Eliana Riberti. Psicanálise e mediação: meios efetivos de ação. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, 2001.

_____. **Mediação**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, ABN, 1999.

NICK, Sergio 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.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Ana Célia Roland. O conflito familiar na justiça: mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, 2001.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Rio de Janeiro, v. 4, 1999.

ROMAN, Mel; HADDAD, William. **The dsponsible parent**. the case for Joint custody. Dallas: Penguin Books, 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981.

SANTOS, Lia Justiniano dos. Uma reflexão necessária: conflitos familiares e o exercício da advocacia. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, 2001.

SANTOS NETO, José de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

_____. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Evandro Luiz. **Guarda de filhos**: aspectos psicológicos. Organização Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais civis e procedimentos da Lei 8.069/90”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Guarda conjunta: a introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, jan/mar. 2001.

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

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações de família. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. A disciplina da guarda e a autoridade Parental na ordem-civil constitucional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2004, Belo Horizonte. **Anais....** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TIBA, Içami. **Quem ama, educa**. São Paulo: Editora Gente, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.