

**Universidade de Brasília**  
**Suzana Borges Viegas de Lima**

## **GUARDA COMPARTILHADA**

**Efetivação dos princípios constitucionais da convivência  
familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.**

**Brasília**

**2007**

**Suzana Borges Viegas de Lima**

**GUARDA COMPARTILHADA**

**Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do  
melhor interesse da criança e do adolescente.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial  
à obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo.

Brasília

Universidade de Brasília

2007

**Universidade de Brasília**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Dissertação intitulada “Guarda compartilhada. Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente”, de autoria da mestranda Suzana Borges Viegas de Lima, aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professor Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo – Orientador

---

Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Membro

---

Professora Doutora Fabíola Santos Albuquerque - Membro

---

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto  
Coordenador do Programa de Pós - Graduação em Direito  
da Universidade de Brasília

Brasília, 07 de março de 2007

A meu querido marido e professor

Frederico,

pelo incentivo e apoio constante.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Professor Paulo Luiz Netto Lôbo, pelo constante auxílio, paciência e disponibilidade para atender aos anseios de uma mestranda inquieta, por meio de frutíferas discussões e sugestões, sem as quais o presente trabalho não se realizaria.

Ao meu marido Frederico, que partilhou sua experiência e conhecimento sempre que preciso, socorrendo-me nos diversos momentos de desesperança acadêmica.

Aos meus pais, por terem nos ensinado desde cedo o verdadeiro sentido da expressão *família*, com atos de amor, solidariedade e respeito.

À minha mãe, que mesmo a distância, acompanhou todas as fases do presente trabalho, proferindo sempre palavras de otimismo e conforto.

Ao meu pai, por não se conformar com a mediocridade e pelas diversas oportunidades de crescimento que me proporcionou.

À Léa, por sua permanente generosidade.

Ao Professor Doutor Eduardo Freitas da Silva, pela indispensável colaboração na sistematização da pesquisa de campo, ao disponibilizar seu tempo e conhecimento para o enriquecimento científico da presente dissertação.

Ao Professor Doutor Francisco Amaral, pela riqueza das contribuições doutrinárias.

Ao Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto, pelo gentil compartilhamento de suas experiências pessoais, indispensáveis para a reflexão sobre novos modelos familiares.

Ao Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa, sempre disponível.

Ao Professor Doutor Inocêncio Mártires Coelho, pela introdução à obra de Karl Larenz, cujas lições contribuem permanentemente para uma compreensão cada vez melhor do Direito Civil.

Ao professor Michel Bidjang, pelo imprescindível auxílio nas traduções de francês.

À Professeure Ordinaire Margareta Baddeley, que abriu as portas da Université de Genève para parte de minhas pesquisas.

Ao IBDFAM-DF, especialmente à Presidente Eliene Ferreira Bastos, pela compreensão de minha ausência temporária das atividades institucionais, para a conclusão do trabalho que ora se apresenta.

Aos magistrados, promotores, defensores públicos, colegas advogados, amigos e clientes, que abriram as portas de seus gabinetes, escritórios e casas para contribuir com a pesquisa de campo realizada.

Aos integrantes do escritório Viegas de Lima Advocacia S/C, os quais, com seu profissionalismo, deram seguimento aos trabalhos deixados para trás em virtude dos meses de afastamento necessários para a conclusão da presente dissertação.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, por sua prestimosidade e simpatia.

*Les parents sont toujours les parents,  
père, père, mère, mère.*

Gérard Cornu

## RESUMO

O estudo que ora se apresenta tem por finalidade explorar os fundamentos constitucionais legitimadores da guarda compartilhada, particularmente os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Por meio de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, bem como na realização de pesquisa de campo, a guarda compartilhada é abordada em seus aspectos jurídicos e práticos, visando demonstrar a aplicabilidade deste novo modelo de guarda em nosso ordenamento, com amparo nos princípios constitucionais mencionados. Destacam-se o tratamento jurídico conferido a essa modalidade de guarda em nosso ordenamento e a análise de sua fundamentação civilística, por meio da qual se busca situá-la numa concepção civil-constitucional. Abrange, outrossim, a importância da mediação familiar na implementação da guarda compartilhada, de modo a viabilizar a sua adoção igualmente em casos em que não há um acordo inicial entre os pais, visando ampliar cada vez mais a sua aplicação.

**Palavras-Chave:** Guarda Compartilhada, Princípios Constitucionais, Melhor Interesse, Convivência Familiar, Autoridade Parental, Mediação.

## **ABSTRACT**

This work has the aim to search the constitutional bases that rule joint custody, particularly the principles of family relationships and both child's and adolescent's best interest. By means of national and foreign bibliographic research, as well as field research, joint custody is approached in its juridical and practical aspects, to demonstrate the use of this new type of custody in our legal system, based on the mentioned constitutional principles. In addition, it seeks to highlight not only the juridical treatment granted to this type of custody in our legal system, but also through the analysis of civil legal ground, it searches to situate it in a civil-constitutional conception. Furthermore, the work deals with the importance of family mediation during the implementation of joint custody, so as to allow its use equally in cases which there is not previous agreement between parents, aiming to increase more and more its acceptance.

**Key-Words:** Joint Custody, Constitutional Principles, Best Interest, Family Relationships, Decision-Making Power, Mediation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I</b> .....	17
<b>1. AS RELAÇÕES DAS FAMÍLIAS CONSTITUCIONALIZADAS NO BRASIL</b> .....	17
1.1. Breve histórico da família brasileira .....	17
1.2. A família constitucionalizada .....	24
<b>CAPÍTULO II</b> .....	31
<b>2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	31
2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana .....	32
2.2. O princípio da liberdade .....	35
2.3. O princípio do pluralismo das entidades familiares .....	37
2.4. O princípio da igualdade .....	40
2.5. O princípio da afetividade .....	45
2.6. O princípio da solidariedade.....	50
<b>CAPÍTULO III</b> .....	53
<b>3. GUARDA</b> .....	53
3.1. A família no Código Civil de 2002 .....	53
3.2. A disciplina da guarda no Código Civil .....	57
3.3. Modalidades de guarda .....	65
3.4. O abuso de direito no exercício da guarda .....	71
3.5. Novas tendências da guarda no direito brasileiro .....	76
3.6. Guarda compartilhada: uma perspectiva introdutória .....	78
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	81
<b>4. GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	81
4.1. Conceito .....	81
4.2. Origem e evolução .....	81
4.3. Experiência estrangeira .....	88
4.4. A guarda compartilhada e as vantagens do exercício igualitário da autoridade parental .....	98
<b>CAPÍTULO V</b> .....	102
<b>5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	102
5.1. Tratamento jurídico no direito brasileiro .....	102
5.2. Fundamentos constitucionais da guarda compartilhada .....	109
5.2.1. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente .....	109
5.2.2. O princípio da convivência familiar .....	120
5.3. Fundamentos da guarda compartilhada no Código Civil .....	126
<b>CAPÍTULO VI</b> .....	131

<b>6. A MEDIAÇÃO COMO VALIOSO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA</b>	
<b>GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	131
6.1. Modalidades para a efetivação da guarda compartilhada .....	131
6.1.1. O acordo entre o par parental: a importância da mediação na implementação do	
regime da guarda compartilhada .....	132
6.1.2. Imposição judicial .....	139
<b>CAPÍTULO VII</b> .....	142
<b>7. REFUTAÇÃO ÀS CRÍTICAS À GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	142
7.1. Guarda compartilhada ou guarda alternada?.....	142
7.2. A guarda compartilhada e o equilíbrio entre o par parental .....	144
7.3. Guarda única <i>versus</i> guarda compartilhada: vantagens e desvantagens .....	147
<b>CAPÍTULO VIII</b> .....	153
<b>8. PESQUISA DE CAMPO</b> .....	153
8.1. Relatório de pesquisa.....	153
8.2. Análise dos dados e dos resultados obtidos .....	154
8.3. Comentários e considerações finais acerca da pesquisa de campo .....	162
<b>CONCLUSÃO</b> .....	166
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	174

## INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto das reflexões desenvolvidas e amadurecidas ao longo do curso de mestrado, durante o qual buscamos aprofundar nossos conhecimentos acerca da nova modalidade de guarda de filhos, denominada *guarda compartilhada* ou *guarda conjunta*. Na realidade, o interesse pelo tema antecede nosso ingresso na pós-graduação, quando alguns anos atrás surgiram as primeiras discussões doutrinárias sobre este modelo de responsabilidade parental, um claro distanciamento dos paradigmas que marcaram a família brasileira tradicional.

O Direito de Família passa atualmente por uma fase jurídica de rica influência constitucional, com especial atenção à preservação da convivência familiar e ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, ambos princípios extraídos do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal.

Com o advento da Carta Maior, a família é reconhecida como base da sociedade, o que lhe confere pleno amparo constitucional, igualmente alcançado pela criança e pelo adolescente. Ao mesmo tempo, a dinâmica e a constante evolução que marcam as relações familiares demandam a adequação dos institutos do Direito de Família, de maneira a tornar eficaz a proteção que lhe é conferida constitucionalmente.

Nessa nova esteira de valores, impulsionada pelo macroprincípio da dignidade da pessoa humana, buscaremos analisar o instituto da guarda compartilhada sob a ótica de seus fundamentos constitucionais, dos quais destacamos em especial os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A partir da raiz comum de tais princípios, seguimos em direção à codificação civil, no intuito de nela identificar amparo legal para a adoção da guarda compartilhada, tendo

em vista a ausência de regra expressa nesse sentido. Assim sendo, estaremos diante da perspectiva civil-constitucional da guarda compartilhada, fundamental para o seu desenvolvimento como instrumento de garantia da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Espelhada no sucesso de sua prática em países tais como os Estados Unidos e Canadá, onde a sua utilização é freqüente, importou-se para a realidade brasileira a guarda compartilhada, modelo capaz de humanizar o instituto da guarda, há anos impregnado pela supervalorização da vontade dos pais, em detrimento dos interesses dos filhos.

Por meio de sua crescente utilização, busca-se superar a concepção egoística que se tem hoje da guarda de filhos. Estes, por sua vez, são freqüentemente vistos como objetos passíveis de domínio, e não como sujeitos de direito, tornando-se joguetes e instrumentos de vingança pessoal entre cônjuges e companheiros em conflito, o que por vezes leva ao abuso do direito de guarda. Este tema, por sua vez, é abordado com o intuito de registrar a incidência de dito fenômeno nas relações familiares pós-separação, em decorrência da freqüente adoção do modelo tradicional da guarda única, cuja prática comum representa campo fértil para a violação de direitos fundamentais dos quais crianças e adolescentes são detentores, tais como o direito à dignidade e à convivência familiar.

Diante da constante transformação das relações familiares e da evolução do Direito de Família, verifica-se a necessidade de *funcionalizar* o instituto da guarda, para que atenda aos fins que legitimam a sua existência, qual seja o de atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, agindo como instrumento capaz de preservar o bem-estar dos menores após o rompimento afetivo de seus pais. A modernização das relações de família torna cada vez mais imperiosa a aplicação de uma modalidade de guarda que preserve ao máximo os laços entre pais e filhos, após a dissolução da sociedade conjugal ou da união

estável. Ao se acrescentar a guarda compartilhada ao rol das modalidades de guarda hoje existentes, os filhos de pais separados poderão se beneficiar do acompanhamento de ambos os genitores em sua formação pessoal, bem como possuirão maior contato com estes.

Visando demonstrar que a separação do casal não deve se traduzir na separação parental, colocaremos em destaque as vantagens da guarda compartilhada, tais como a segurança emocional dos menores diante da continuidade das relações familiares e o maior equilíbrio que decorre da participação direta de ambos os pais na importante fase de desenvolvimento dos filhos, para os quais a presença tanto do pai quanto da mãe é de suma importância.

Buscando desmistificar a necessidade do acordo como requisito essencial para a prática desta modalidade de guarda, será abordada a questão relativa à manifestação de vontade dos pais para a implementação da guarda compartilhada.

No intuito de viabilizar a adoção da guarda compartilhada sempre que possível, será abordada a possibilidade de utilização da técnica da mediação familiar, com base no sistema francês, que recorre à sua prática para dirimir conflitos decorrentes do exercício da autoridade parental. Por meio do estudo comparado, pretendemos destacar as vantagens da prática da mediação no processo de atribuição de guarda de filhos, de modo a evidenciar que a ausência de acordo entre os pais não constitui, necessariamente, impedimento para a adoção da guarda compartilhada, ressalvados os casos em que a ausência total de cooperação e a constante litigiosidade comprometem o compartilhamento da guarda dos filhos. Assim, se evidenciará que a não aplicabilidade da guarda compartilhada somente deverá ser cogitada em casos em que a sua implementação acarrete em mais prejuízos do que benefícios para os menores.

Destarte, não se almeja generalizar o uso da guarda compartilhada, inclusive porque um de seus maiores fundamentos jurídicos consiste no atendimento ao melhor interesse da criança, cujo bem-estar deve ser garantido em qualquer circunstância. O estudo acerca dos fundamentos jurídicos e a viabilidade de sua implementação não sugere a abolição das demais modalidades de guarda, e, sim, colocar a guarda compartilhada a serviço da família, como mais um instrumento de salvaguarda dos vínculos paterno-filiais.

Com o objetivo de conferir amparo científico ao presente trabalho, realizou-se pesquisa de campo quantitativa, visando reunir subsídios complementares para os temas desenvolvidos, em especial o tratamento conferido à guarda compartilhada por profissionais do Direito e a importância da mediação familiar nos conflitos que envolvem a guarda de filhos.

Por meio do estudo ora apresentado, busca-se demonstrar que a guarda compartilhada, como modalidade detentora de amparo constitucional, promove a preservação da unidade familiar e a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mediante o desempenho equilibrado da autoridade parental por ambos os pais.

Entendemos que o maior desafio a ser enfrentado na defesa pela implementação da guarda compartilhada reside em concretizar a sua prática em nosso ordenamento jurídico. Assim, objetiva-se elevá-la à condição de modelo preferencial, posição ocupada há tantos anos pela tradicional guarda única, cujas desvantagens demandam a incorporação desta nova modalidade de cuidado com os filhos. Dessa forma, possivelmente prevalecerá a conscientização de que a vida conjugal não põe fim à responsabilidade parental, tarefa a ser desempenhada por ambos os pais, independentemente do término do casamento ou da união estável.

## CAPÍTULO I

# 1. AS RELAÇÕES DAS FAMÍLIAS CONSTITUCIONALIZADAS NO BRASIL

### 1.1. BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Sendo o conceito de família marcado pela dinamicidade de suas relações, que se transformam constantemente ao longo do tempo, o estudo da evolução familiar brasileira é tarefa indispensável, ainda que de maneira breve, para a compreensão do agrupamento dos dias de hoje: o da família constitucionalizada.

Atestam os registros históricos, referentes à sociedade colonial, que as famílias constituídas naquela época revestiam-se de características variadas em razão das condições regionais próprias da colonização, dos costumes e do status social de seus habitantes. Ora eram marcadas pelo ato solene do casamento, compostas por marido, mulher e filhos, ora um arranjo informal,<sup>1</sup> onde filhos legítimos e ilegítimos conviviam em plena harmonia.<sup>2</sup> Contudo, o modelo familiar predominante era estruturado de maneira hierarquizada e patriarcal, centrado na figura masculina do pai e marido.

Segundo MARY DEL PRIORE, durante o Brasil Colônia,

a relação de poder já implícita no escravismo, presente entre nós desde o século XVI, reproduzia-se nas relações mais íntimas entre maridos, condenando a esposa a ser uma escrava doméstica exemplarmente

---

<sup>1</sup>ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: Fernando A. Novais (Coordenador geral da coleção) e Laura de Mello e Souza. (Organizadora do volume). *História da vida privada no Brasil*. v. 1 Cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 87.

<sup>2</sup>MERCADAL apud FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. Formação da família brasileira sob o regimen de economia patriarcal. Rio de Janeiro: Maia e Schmidt Ltda., 1933, p. 277.

obediente e submissa. Sua existência justificava-se por cuidar da casa, cozinhar, lavar a roupa e servir ao chefe da família com seu sexo.<sup>3</sup>

Percebe-se claramente que a família tradicional da colônia encontrava-se alicerçada numa estrutura essencialmente patriarcal, portanto, hierarquizada, e matrimonializada,<sup>4</sup> uma vez que seu fundamento maior era o ato formal do casamento.<sup>5</sup>

A coesão entre Estado e Igreja, ainda durante o século XIX, exerceu considerável influência sobre a sociedade brasileira, evidenciando o forte reflexo da religião católica no Direito Civil, cuja ingerência permanece visível até os dias de hoje.<sup>6</sup>

Assim, a constituição da família deu-se durante longo tempo sob a supervisão da Igreja,<sup>7</sup> a quem cabia aprovar as uniões matrimoniais, conferindo-lhes plena legitimidade, e impondo a sua indissolubilidade.

Por sua vez, a ausência de cartórios, e a conseqüente adoção do sistema de assentamento de registros de nascimentos, casamentos, óbitos e de propriedade nos livros eclesiásticos antes da criação do sistema de registro civil pelo Estado, evidencia a proximidade entre a vida civil e a religião, o que, por si só, incentivou a celebração do casamento religioso, uma vez que todas as funções civis encontravam-se sob o domínio da Igreja. A centralização de tais funções sob o jugo da Igreja deixa transparecer a sua influência no cotidiano das pessoas, que deviam recorrer à autoridade eclesiástica para casar-se, para efetuar o registro do nascimento de um filho ou até para atestar a aquisição de um imóvel.

---

<sup>3</sup> DEL PRIORE, Mary. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 22.

<sup>4</sup> Importa mencionar que apesar da influência da Igreja no sentido de incentivar o matrimônio como meio de legitimação familiar, ROSANA FACHIN registra a ocorrência não rara de relações consensuais sem a chancela do ato matrimonial na era da colônia. FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63.

<sup>5</sup> FACHIN, Rosana. *Ibidem*, p. 34.

<sup>6</sup> WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Sairiva, 2000, p. 17.

<sup>7</sup> RODRIGUES, José Honório. *História da história do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1979, p. 311.

Posteriormente, em 1870, com a Lei nº 1.829, foi instituído o sistema de registro civil do Estado, ficando a Igreja responsável pelo envio dos registros paroquiais existentes à autoridade competente.

É imprescindível destacar, igualmente, que a família colonial se desenvolve sob a forte influência das relações patrimoniais características do Império português, fruto da expansão comercial e marítima ocorrida num território marcado inicialmente pela ausência de propriedade privada,<sup>8</sup> cujo acúmulo norteou as famílias brasileiras durante séculos.

Em sua estrutura, essencialmente patriarcal, identificavam-se na família diversas funções, dentre elas a social, a procracional e a gerencial, uma vez que constituía o eixo central da sociedade, meio legítimo para a geração de prole, bem como instrumento de aquisição e administração de bens.

Durante o Império, o vínculo matrimonial permanecia intocável e, somente em 1890, já na República, é instituído o casamento civil, independentemente do casamento religioso, com a promulgação da Lei de 24 de janeiro de 1890.

Por sua vez, a família que serviu como base para o Código Civil de 1916 demonstra a herança de características oriundas da família colonial, notadamente o patrimonialismo exacerbado, dando azo a uma família marcada pelo individualismo, que permeou as relações do Estado Liberal. Nesse, buscava-se a preservação da autonomia da vontade acima de tudo, com grande ênfase na circulação de riquezas no âmbito familiar. Em detrimento de seus integrantes, na sua concepção humana, de pessoas com anseios e sentimentos próprios, havia na família liberal uma forte busca por um status social e o

---

<sup>8</sup> CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito. Geral e Brasil*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, p. 297.

acúmulo de bens, deixando de lado qualquer aspecto pessoal dos indivíduos que a compunham.<sup>9</sup>

O tratamento dispensado pelo Código Civil de 1916 às questões sucessórias evidencia a função patrimonial da qual a família dos séculos XIX e XX se revestia, servindo a reserva de legítima, na proporção de metade do patrimônio do *de cuius*, uma verdadeira demonstração de perpetuidade do patrimônio familiar para garantia de estabilidade das futuras gerações.<sup>10</sup>

Até a sua promulgação, vigoravam no Brasil a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, a cujo texto incorporou-se parte significativa das Ordenações Filipinas, por sua vez precedidas ao longo do período Imperial pelas Ordenações Afonsinas e Manuelinas. A legislação que antecedeu o Código Civil de 1916 representa verdadeiro legado jurídico absorvido pela família do século XX, que permaneceu influenciada pelo patriarcalismo e privatismo doméstico, características das Ordenações vigorantes no Império brasileiro.<sup>11</sup>

A família na qual se inspirou o Código de Beviláqua caracterizou-se pela notória submissão dos filhos e da mulher ao pai e marido, naquela época chefe da sociedade conjugal, provedor único do grupo familiar e administrador dos bens do casal, cabendo aos filhos obediência cega e incondicional ao patriarca. À mulher, figura entregue ao servilismo, eram reservados os afazeres caseiros, tudo em nome da *paz doméstica*.<sup>12</sup> Assim,

---

<sup>9</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6. n. 24, jun / jul 2004, p. 141.

<sup>10</sup> GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

<sup>11</sup> WALD. Arnoldo. Op. cit., p. 21.

<sup>12</sup> Durante a vigência do Código Civil de 1916, verifica-se uma proteção excessiva à família como unidade inabalável dotada de supremacia, posição sustentada por GUSTAVO TEPEDINO: “*A disciplina jurídica da família e da filiação voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial*”. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_ *Temas de Direito Civil*. 3. ed.

os membros da família eram sacrificados diariamente em prol de uma unidade familiar, baseada em interesses materiais e egoísticos.

O casamento permanece como eixo central das relações familiares e sociais, pois é garantidor de poder e riqueza. O afeto ainda não era considerado elemento determinante das escolhas conjugais, pois mais importante era a escolha *correta*, fundamentalmente influenciada por interesses patrimoniais e não existenciais. Assim, o ato matrimonial legitimava a união do casal, justificava as relações sexuais mantidas e a prole gerada, suas principais funções naquele tempo.

A família do Código Civil de 1916 se revela como fonte de domínio, instituição e abrigo de riquezas, sem dar a devida atenção a seus membros individualizados, pois ainda careciam de reconhecimento como pessoas dignas de tutela. Tal direito somente consagrou-se em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, quando a família foi reconhecida como base da sociedade. Nesse sentido, GUSTAVO TEPEDINO salienta a omissão legislativa quanto à tutela dos membros do grupo familiar, diante da supervalorização do vínculo matrimonial, ao identificar

a hostilidade do legislador pré - constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes.<sup>13</sup>

Em razão do longo período transcorrido entre a elaboração do Código Civil de 1916 e sua efetiva vigência, constataram-se grandes divergências entre os seus preceitos e o contexto social no qual a família do século XX encontrava-se inserida. O agrupamento familiar passou a carecer de regulamentação moderna e adequada, para atender às

---

atual. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004, p.453.

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil - constitucional das relações familiares*. In: \_\_\_\_\_ *Temas de direito civil*. 3. ed atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 397-398.

necessidades nascidas de sua constante mutação, demonstrando que as disposições civilísticas estavam em claro descompasso com a realidade daquela época.

Por ocasião da entrada em vigência da codificação civil, o instituto do casamento era indissolúvel, ainda por influência religiosa. Contudo, em 1942 é introduzido em seu texto o artigo 315, que previa a possibilidade da separação, embora sem a dissolução de vínculo, o que não permitia a contração de segundas núpcias. É o chamado *desquite*, que vigorou em nosso ordenamento até a chegada de legislação específica para regulamentar o divórcio.

Apesar da situação jurídica do homem permanecer relativamente inalterada no âmbito familiar, surgem grandes mudanças para a mulher nos meados do século XX.

Ao casar, sofria inevitavelmente uma *capitis diminutio*, pois passava da condição de plenamente capaz para a de relativamente incapaz, dependendo da autorização do marido para exercer qualquer atividade profissional.<sup>14</sup> Ainda, ao optar por uma segunda união, a mulher bínuba perdia o *pátrio poder*<sup>15</sup> dos filhos do primeiro casamento para o pai dos menores. Tais situações demonstram a condição de inferioridade jurídica da mulher na família e na sociedade, situação que perdurou até o surgimento da Lei nº 4.121/62, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada.

O referido diploma legal restitui à mulher sua capacidade, tornando-a plenamente capaz para reger sua pessoa e seus próprios bens, assumindo ainda o papel de colaboradora na administração da sociedade conjugal. O Estatuto da Mulher Casada cria o instituto do bem reservado, conferindo-lhe propriedade exclusiva sobre os bens adquiridos com o fruto

---

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 94-95.

<sup>15</sup> Terminologia utilizada pelo Código Civil de 1916.

de seu trabalho, por sua vez excluídos da meação do casal. É uma verdadeira ampliação dos direitos civis da mulher, mola propulsora de futuras conquistas.

Após a edição da Emenda Constitucional nº 9, da Constituição Federal de 1967 (EC.1/69), surge em 1977 a Lei nº 6.515, a chamada *Lei do Divórcio*, para introduzir a separação judicial e a dissolução do matrimônio em nosso ordenamento jurídico. Com ela, é instituída a comunhão parcial como regime legal a ser adotado no silêncio das partes, como também faculta, e não mais impõe à mulher, a adoção do nome do marido.

A instituição do regime da comunhão parcial como regime legal de bens marca uma das grandes transformações ocorridas na família, que inicia sua migração da categoria de mera aglomeração de pessoas dotadas de patrimônio, para a categoria de grupo de pessoas unidas por laços afetivos, onde o patrimônio familiar é mera consequência, ou seja, fator secundário e não mais determinante de suas relações.

Chega-se ao fim da era da manutenção do casamento a qualquer custo, que se dava a expensas do bem-estar dos próprios cônjuges, que por questões sociais e patrimoniais, sacrificavam sua própria felicidade. No entanto, ainda nos dias de hoje, após quase trinta anos do advento da Lei do Divórcio, a tradição patrimonialista e patriarcal da família brasileira deixa marcas perceptíveis, levando casais a permanecerem casados, no intuito de evitar divisões patrimoniais ou até mesmo a rejeição social, abrindo mão de sua realização pessoal para manutenção de um casamento afetivamente infrutífero, mas financeiramente próspero.

Sem prejuízo das conquistas alcançadas no âmbito do Direito de Família, a disparidade permanecia evidente: o Código Civil chancelou o matrimônio como fonte exclusiva para a formação da família, gerando um descompasso entre o direito positivo e a realidade vivenciada pela sociedade brasileira, que cada vez mais se diversificava em

termos de modelos familiares. É o que demonstra a pesquisa sistematizada por ELZA BERQUÓ, sobre os arranjos familiares no Brasil, quando indica que:

Observando o total de pessoas casadas segundo o tipo de vínculo matrimonial, nota-se que vem ganhando importância no país o número de casamentos não legalizados - a coabitação sem vínculos legais ou união consensual. Representando, em 1960, 6,5% do total das uniões registradas, em 1995 a taxa das consensuais chegou a 23,5%, isto é, quase um quarto de todos os casamentos se enquadra nessa categoria informal.<sup>16</sup>

Em consequência da rápida transformação social, as famílias compostas por pessoas não casadas, sem qualquer vínculo formal, permaneciam desprovidas de proteção jurídica, o que demandou o reconhecimento, dentre outros direitos, da pluralidade familiar, de modo a proporcionar tutela às novas entidades em surgimento.

Após grandes e pequenas conquistas, é inaugurada uma nova era para a família brasileira, que passa a se basear na diversidade familiar, em laços predominantemente afetivos, em contraposição aos patrimoniais e formais, legitimadores do agrupamento conservador que prevaleceu nos últimos séculos.

## 1.2 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

Influenciada diretamente pelo Estado Social, existe uma mudança marcante na estrutura familiar, uma vez que esta deixa de ser essencialmente uma unidade de produção econômica, bem como abandona a sua função procracional, voltando-se notadamente para um aspecto mais afetivo e existencial.

---

<sup>16</sup> BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: Fernando A. Novais ( Coordenador geral da coleção) e Lilia Moritz Schwarcz ( organizadora do volume) *História da vida privada no Brasil*. v. 4. Contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 419.

A segunda metade do século XX é marcada pela *publicização*, ou seja, pela crescente participação do Estado nas relações privadas, inspirada nos ideais de justiça e solidariedade social, cuja intervenção é especialmente perceptível no âmbito familiar. Nesse cenário é registrada a ocorrência de alguns fenômenos de suma importância para o Direito de Família, que nos conduzem à família contemporânea, aquela que goza de tutela constitucional voltada à proteção dos direitos de seus membros, vistos como seres humanos individualizados.

Trata-se da família constitucionalizada, que surge em decorrência do processo da *repersonalização*, fenômeno social e jurídico marcado pelo reconhecimento do afeto como base das relações familiares e a sua conseqüente *despatrimonialização*. Os interesses materiais cedem para dar lugar aos interesses pessoais, apoiados na afeição mútua e na autonomia afetiva, e não mais no patrimônio, tido por muito tempo como núcleo central das relações privadas.

Com a evolução da família ao longo dos anos, o afeto passa a ser reconhecido como valor jurídico, que se expressa por meio de princípio constitucional <sup>17</sup> capaz de justificar a própria existência da família, que em sua reconhecida pluralidade, alicerça sua razão de ser nas relações pessoais que dela emanam. Desse elemento central, ou seja, do afeto, derivam as demais relações jurídicas reguladas pelo Direito de Família, sejam as patrimoniais ou as assistenciais, não se podendo admitir mais a prevalência da tutela às relações patrimoniais em detrimento das relações pessoais que se desenvolvem no grupo familiar. De acordo com a nova perspectiva, antes do patrimônio, devem ser colocados em

---

<sup>17</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 249.

destaque os membros da família, sua verdadeira razão de ser, em cumprimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana,<sup>18</sup> fundamento basilar da instituição familiar.

O advento da Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova fase para a família brasileira. Nela, as pessoas deixam de ser meros objetos de direito para conquistar a condição real de sujeitos de direitos. Conseqüentemente, surgem novos conceitos como o da pluralidade das entidades familiares, a igualdade dos filhos e a igualdade entre cônjuges, valores que foram sendo incorporadas de maneira tímida e informal em nosso ordenamento jurídico ao longo dos anos, sem reconhecimento claro.

A Constituição dedica um capítulo inteiro exclusivamente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, no qual destacamos o *caput* do artigo 227, um dos dispositivos legais que servirão de base para o presente estudo, uma vez que se vislumbra no mesmo a raiz do direito fundamental à convivência familiar, seja qual for a sua espécie: aquela decorrente da união estável, do casamento, da adoção, da família monoparental, da união homoafetiva, da socioafetiva, das uniões informais ou da família recomposta.

A família contemporânea, em sua concepção pluralista, afetiva, ou melhor, socioafetiva e horizontal, tem seus direitos paulatinamente registrados e protegidos. Seus membros são reconhecidos como pessoas em permanente busca pela realização pessoal e, portanto, dignas de amparo do Estado.

A chegada do texto constitucional inspira a criação de normas protetoras da família, como ocorre com a edição das Leis nº 8.971/94 e 9.273/96, que regulamentam aspectos pessoais, processuais e patrimoniais decorrentes da união estável, bem como a Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Estes são

---

<sup>18</sup> CF, art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...).

apenas alguns exemplos do caminho percorrido pela família brasileira, que atualmente se encontra constitucionalizada, devido ao processo de conformação pelo qual passou o ordenamento jurídico nos últimos anos.

Assim, podemos afirmar, em consonância com os conceitos surgidos do fenômeno da *constitucionalização* do direito civil, que a Constituição Federal ocupa a função de instrumento reunificador das disposições vigentes no sistema atual, assegurando a aplicação das normas infraconstitucionais de proteção à família, em harmonia com as suas disposições, sob pena de inconstitucionalidade. Nesta ótica, as disposições do Código Civil devem ser lidas à luz da Constituição, o que, por sua vez, gera um conseqüente distanciamento da concepção individualista e patrimonial, características do Estado Liberal, em cujo berço nasceu o Código Civil de 1916, naquele tempo considerado a *constituição do direito privado*.

Importa registrar que apesar de sua força centralizadora, há muito não cabe ao Código Civil a função nuclear e exclusiva de regulação das relações civis e, tampouco, das questões relativas ao Direito de Família. Paralelamente, surgem os *microsistemas*, compostos pela reunião dos diversos *estatutos* civis e da família que, por sua vez, encontram-se sob a orientação do texto constitucional, encarregado de nortear a sua aplicação em consonância com suas disposições, cuja observância é imperiosa para a legitimidade e funcionamento adequado do sistema jurídico.

Nesse passo, é possível identificar uma crescente simbiose entre o direito positivo e as necessidades demandadas pela família em mutação, diante da maior proximidade alcançada entre as disposições legais existentes e a realidade social vivida. É o reflexo das transformações sociais ocorridas ao longo da trajetória percorrida pela família brasileira e a sua importante influência no direito, que incorporou as mudanças surgidas ao longo do

século XX, notadamente por ocasião do advento da Constituição Federal de 1988, marco histórico representativo do reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à proteção da família.

Dentre as várias transformações ocorridas com a chegada do texto constitucional, merece destaque a *funcionalização* da família, por meio da qual a instituição passa a representar um espaço para o cultivo do afeto e para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A existência da família está condicionada à proteção e realização pessoal de seus membros, unidos pela *affectio*, base da solidariedade familiar e da comunhão de vida.<sup>19</sup> Não se admite qualquer outra justificativa para sua formação, em evidente ruptura com o modelo clássico da família, marcado pelo sentido patrimonializante, em contraposição ao repersonalizante, que vigora nos dias de hoje.

Nesse sentido apontam as palavras de FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA, ao dizer que

as relações familiares, - principalmente entre pais e filhos, bem como filhos e pais, - estão fundadas, e assim devem permanecer, nos conceitos de afetividade, moral e ética para que no novo milênio, nossa sociedade possa ser mais justa e pluralista. Calcada, como já dito, nas relações socioafetivas e não em conceitos patrimonializantes.<sup>20</sup>

Chegamos assim, à atual função da família: a de preservação da dignidade de seus integrantes e santuário de afeto, características estreitamente ligadas à solidariedade que inspira o texto constitucional.<sup>21</sup> Surge o que GUSTAVO TEPEDINO denomina de *tutela funcionalizada à dignidade de seus membros*,<sup>22</sup> em decorrência da ruptura com o modelo de proteção à família institucionalizada, voltada para si mesma e não para as pessoas que a

---

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*, p. 138.

<sup>20</sup> LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O sentido repersonalizante das relações familiares*. Correio Braziliense, caderno Direito e Justiça, 28 de junho de 2004.

<sup>21</sup> CF, art. 3 °. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) I- construir uma sociedade justa, livre e solidária; (...).

<sup>22</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil - constitucional das relações familiares*, p. 397.

integram. O novo modelo garante proteção não somente à família como agrupamento de pessoas, mas também aos seus integrantes como indivíduos merecedores de tutela especial, permitindo que se torne um espaço adequado para o pleno desenvolvimento de seus membros. A família torna-se instrumento da realização pessoal, com o que deixa de ser vista como um fim em si mesmo.

Com a superação do conceito de realização da pessoa, a partir de seu patrimônio, houve uma transformação significativa nas relações privadas, causada pela já mencionada figura da repersonalização, espinha dorsal das relações familiares referidas no texto constitucional.

Diante da incompatibilidade dos valores essencialmente patrimonialistas do Código Civil de 1916 e os princípios introduzidos pela Constituição de 1988, em especial o da dignidade da pessoa humana, esta é conduzida ao centro das relações civis para a sua efetiva tutela.

Há uma ruptura com o modelo da família institucionalizada, hierarquizada e patrimonializada, com o que chegamos à sua conseqüente funcionalização, tendente a garantir o bem-estar dos sujeitos de direito que a integram, vistos como pessoas dignas de proteção especial do Estado.

Assim, a tutela funcionalizada da qual se reveste a nova família não somente lhe garante proteção como instituição formada por um conjunto de pessoas, conforme prevê a Constituição, mas, também, assegura proteção aos seus próprios integrantes, na qualidade de indivíduos merecedores de tutela, permitindo que se torne um espaço adequado para o seu pleno desenvolvimento pessoal. Nesse particular, a nosso aviso, verificam-se na consolidação dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da convivência familiar algumas das mais significativas conquistas alcançadas no Direito de

Família, decorrentes da funcionalização desse grupo, que durante muito tempo tratou seus membros como meras unidades de produção.

Hoje, pode-se afirmar que, como resultado dos movimentos contemporâneos da repersonalização e da funcionalização da família, a pessoa humana é deslocada para o núcleo central das relações jurídicas familiares, em cujo seio a criança e o adolescente têm especial atenção, para a salvaguarda de seu bem-estar e melhor interesse, como seres em fase de desenvolvimento.

A Constituição Federal reflete o surgimento de um novo modelo familiar, reproduzindo em seu texto as transformações e conquistas acumuladas pela família do século XX, que, em seu percurso entre o Estado Liberal e o Estado Social, acumula significativos avanços. De sua missão, destacam-se em especial a proteção à criança e ao adolescente, a proteção à família, e acima de tudo, a proteção à dignidade da pessoa humana, macroprincípio norteador de todo o sistema jurídico.

Nesta esteira, a família abandona as suas funções eminentemente patrimonial, política, procracional e religiosa, para assumir um perfil mais humano, afetivo, solidário e social, com especial preocupação com o *ser* e não mais o *ter*. Em consequência disso, assume uma estrutura nuclear, em contraposição à patriarcal e hierarquizada que permeou sua organização no passado. Na chegada do novo milênio, deparamo-nos com a família constitucionalizada, base da sociedade e merecedora de tutela especial do Estado, cabendo à Constituição a responsabilidade de garantir a plenitude dos direitos fundamentais inerentes a seus integrantes.

## CAPÍTULO II

### 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Um dos institutos de maior repercussão no Direito de Família é a guarda. Sendo assim, faz-se imprescindível tratar dos princípios fundamentais que se aplicam a esse ramo do Direito Civil, devido à sua importância e inegável influência na defesa dos direitos da família.

Antes de sua consagração como *lei das leis*,<sup>23</sup> os princípios tinham caráter indeterminado, fluido e supletivo. Com o tempo, deixam de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, ganhando espaço para conformar a lei. A legislação civil passa a ser lida e interpretada à luz da Constituição, dando aos seus princípios eficácia real e imediata.

Diante do ajuste do sistema de direito privado aos ditames constitucionais, visando à maior harmonização entre o direito positivo e os valores da sociedade contemporânea, identificamos diversos princípios que norteiam o Direito de Família, implícitos ou explícitos, seja na codificação civil, seja na legislação esparsa, mas, principalmente, na Constituição Federal.

A disciplina da família já não é exclusividade da codificação civil, portanto, voltamo-nos para as disposições constitucionais, que, por meio de princípios e juntamente com o restante do ordenamento, logra regular as relações familiares de maneira justa e

---

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, p. 51.

adequada, em compasso com os valores presentes na sociedade. Assim, os princípios, sejam eles expressos ou não, originários na legislação civil-constitucional, constituem fonte maior para a realização da justiça.

Ao falar da necessidade de uma reforma no sistema do Direito de Família, LUIZ EDSON FACHIN se refere ao *governo dos princípios*, afirmando que “A reforma é um processo em construção, governado por princípios que formam uma rede axiológica de sustentação sistemática”.<sup>24</sup> Encontramos, pois, a função estruturante e conformadora dos princípios em todo o ordenamento civil, particularmente no Direito de Família, devido à sua constante evolução.

A principiologia constitucional representa a base fundamental para a interpretação e a aplicação das disposições concernentes à família. Dada a sua permanente evolução, gera um descompasso inevitável entre a realidade social e a legislação vigente. Mediante a aplicação dos princípios, perenes no tempo, é possível amenizar a incoerência do ordenamento, provocada pela agilidade com que se sedimenta o fato social, cuja proliferação demanda o reconhecimento de novos direitos.

## **2.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O avanço constitucional em relação aos princípios destaca-se de sobremaneira no Direito de Família. Percebe-se uma valorização crescente do instituto. Por meio da aplicação da principiologia constitucional nesse ramo do Direito, passa a existir uma maior

---

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 312.

harmonia entre as necessidades do agrupamento familiar contemporâneo e os preceitos legais, buscando tutelar as suas relações em toda sua extensão.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu título VIII, uma gama de princípios fundamentais aplicáveis à família. Dentre eles encontramos o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, conforme está expresso no artigo 1º, III. Assim sendo, os membros do grupo familiar gozam de tutela constitucional individual e especializada, não se podendo mais fundamentar a existência da família às expensas do sacrifício individual e pessoal de seus integrantes, sob pena de violação do referido princípio. Embora se trate de instituição dotada de *status* constitucional, a sua proteção não se justifica em detrimento dos seres humanos que a compõem.<sup>25</sup>

O princípio da dignidade humana é fundamento maior e valor nuclear da ordem jurídica. Em sua aplicação há clara valorização da pessoa. Desse modo, a família deixa de ser protegida apenas como instituição, e passa a ser tratada como instrumento para o desenvolvimento e realização das pessoas que a integram, dignas de proteção do Estado e destinatárias das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico.

Diante da incompatibilidade dos valores essencialmente patrimonialistas cultivados durante a vigência do Código Civil de 1916 e os princípios introduzidos pela Constituição de 1988, em especial o da dignidade da pessoa humana, o sujeito de direito foi conduzido ao centro das relações civis para a sua efetiva tutela. Posicionamo-nos da mesma forma que RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, para quem: “O princípio da dignidade

---

<sup>25</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil – constitucional*, p. 398.

humana é hoje um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da idéia e conceito de dignidade”.<sup>26</sup>

A maior característica do princípio da dignidade da pessoa humana é a sua capacidade de produzir efeitos em todos os âmbitos do ordenamento. Dele derivam os demais princípios hoje vigentes, tais como o da igualdade, o da solidariedade, o da afetividade e o da liberdade, dentre outros.

Mediante sua aplicação, constatamos, sem receio de equívoco, que a pessoa humana foi eleita como centro das atenções do ordenamento jurídico, estando os institutos jurídicos integrantes do nosso sistema necessariamente ligados a uma finalidade maior: a realização de sua personalidade.

Em seu contexto jurídico, e não somente ético, a dignidade da pessoa humana é fenômeno recente, princípio considerado como eixo central das relações jurídicas, notadamente as familiares, pois confere às pessoas que compõem a referida instituição tutela como seres humanos. Tal proteção se aplica tanto durante a existência da família, como também por ocasião de sua ruptura ou de sua transformação, uma vez que, independente do momento social ou jurídico vivido, o princípio da dignidade acompanha a pessoa humana em suas vicissitudes familiares, diante da constante mutação da instituição familiar.

Assim, podemos asseverar que os componentes da família, vistos em sua individualidade e, na condição de pessoas humanas, são destinatárias de amparo constitucional. É o posicionamento registrado por PAULO LUIZ NETTO LÔBO:

Ao contrário da longa tradição ocidental e das constituições brasileiras anteriores, de proteção preferencial à família, como base do próprio

---

<sup>26</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94.

Estado e da organização política, social, religiosa e econômica, a Constituição de 1988 mudou o foco para as pessoas humanas que a integram (...).<sup>27</sup>

Disso resulta que, embora a família continue sendo a base da sociedade, e goze de especial proteção do Estado, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz um reconhecimento claro da pessoa como destinatária de amparo. A família constitui instrumento de realização de seus integrantes e, não mais, o inverso. Uma vez eliminado o protótipo patriarcal e hierarquizado, origina-se a família afetiva, com outros ideais além daqueles que derivam do patrimônio, para a máxima concretização da felicidade.

## **2.2. O PRINCÍPIO DA LIBERDADE**

A liberdade é direito fundamental reconhecido expressamente pela Constituição Federal, decorrente do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Dentre seus vários aspectos, no âmbito do Direito de Família, a liberdade se traduz precipuamente na faculdade de escolha do modelo familiar a ser adotado. Essa faculdade é corolário de outro princípio fundamental: o da pluralidade das entidades familiares.

O princípio da liberdade, além da possibilidade de constituir e garantir às pessoas o direito à dissolução do casamento, da união estável, permite reconstruir novos laços afetivos, com pessoas de sua livre opção. A liberdade garante tais escolhas com base na afetividade. Assegura às pessoas o direito de nutrir relacionamentos a partir dessa afeição, bem como de extinguir uniões insatisfatórias, para formar novos laços.

---

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto Lôbo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e cidadania - o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 96.

Embora presente no âmbito familiar a liberdade de escolha, há questões essenciais que demandam especial atenção, como ocorre com o direito à convivência familiar. Torna-se inconcebível, que, para exercer a sua liberdade de escolha, alguém seja privado de outro direito igualmente fundamental, como é o direito à convivência familiar. Mesmo que um pai ou uma mãe, no exercício de sua liberdade de escolha, opte pela ruptura de seu relacionamento, a convivência familiar entre filhos e pais deve ser preservada, visando proporcionar aos menores um desenvolvimento saudável. A realização pessoal de todos os membros da família é direito que deve ser salvaguardado, ainda que dentro de uma nova realidade familiar.

Em correlação ao princípio da liberdade, devemos mencionar, ainda que de maneira incidental, os princípios da autonomia privada e o da mínima intervenção estatal. Para FRANCISCO AMARAL, o princípio da autonomia da vontade tem aplicação mais acentuada no âmbito patrimonial do que em matéria de família.<sup>28</sup> No entanto, entendemos que a restrição de sua aplicabilidade nas relações de família não a excluem por completo desse âmbito. A autonomia privada está presente em diversos aspectos do Direito de Família, tais como, exemplificativamente, na escolha do regime de bens, nas disposições que facultam a separação judicial, o divórcio, a dissolução da união estável e a adoção, dentre outras.

Diante dos fenômenos da despatrimonialização e da repersonalização das relações privadas, há uma ampliação na esfera da autonomia privada, com a natural inclusão das relações familiares em sua disciplina.

---

<sup>28</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

Com a passagem do indivíduo para o centro das relações privadas e a conseqüente valorização das relações existenciais, a intervenção do Estado na família toma nova feição, com a imposição de limites para a sua ingerência, visando proteger, com a mínima intervenção, os interesses de seus integrantes, a sua liberdade, bem como preservar a intimidade destes.

Para RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática <sup>29</sup>.

A intervenção do Estado nas relações familiares deve se dar em respeito às relações e escolhas pessoais realizadas, de maneira a conferir-lhe as garantias previstas em lei, e valorizando a família como instrumento de construção e preservação de laços afetivos, com base no princípio da liberdade.

### **2.3. O PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES**

A importância do princípio da pluralidade das entidades familiares torna-se evidente diante do marcante dinamismo que reveste as suas diversas relações. A família de hoje já não é apenas aquela alicerçada em valores religiosos e solenes do ato matrimonial, porquanto está sujeita à permanente transformação, provocando o incontestável surgimento de uma diversidade de modelos. Conforme destaca PAULO LUIZ NETTO LÔBO:

Várias áreas que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. Na perspectiva da

---

<sup>29</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Ob. cit., p. 158.

sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição (...).<sup>30</sup>

É inegável, pois, a força da Igreja católica, que valorizou fortemente o sacramento do matrimônio como meio de constituição da família. Posteriormente, com o surgimento do casamento civil, unindo normas civis e eclesiásticas, nossa sociedade foi marcada, desde então, pela diversidade familiar, realidade narrada por diversos autores, destacando-se o registro de MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA:

Como o contingente de mulheres brancas vindas do Reino permaneceu reduzido durante todo o século XVI e a reprodução não foi suficiente para dissipar a escassez, os colonos escolhiam as índias como concubinas ou com elas se casavam ‘segundo o costume da terra’, raramente com elas contraindo matrimônio segundo os ritos da Igreja católica anteriores ao casamento tridentino.<sup>31</sup>

Disso se conclui que a pluralidade das entidades familiares não é fato contemporâneo. Ainda que o reconhecimento jurídico tenha sido privilégio de uma categoria restrita em certos períodos de nossa história, hoje não se pode afirmar o mesmo. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, com clareza, afirma que, embora não conste expressamente na Constituição Federal, há de se reconhecer, como decorrência do princípio do melhor interesse da pessoa, a diversidade das categorias familiares existentes, uma vez que,

os tipos de entidades familiares referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus* (...). A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.<sup>32</sup>

Embora a Constituição somente faça referência expressa a três modalidades, quais sejam, a família que se origina do casamento, a união estável e o grupo monoparental, é

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p. 91

<sup>31</sup> SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *História da família no Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 15.

<sup>32</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p. 106.

inadmissível a exclusão das demais entidades familiares que surgiram ao longo dos últimos tempos, dentre as quais citamos, apenas de modo exemplificativo, a união homoafetiva, a concubinária, a família recomposta e a socioafetiva.

A heterogeneidade da família não é algo para o qual se possa fechar os olhos. Nos tempos atuais, o agrupamento familiar revela o resultado de séculos de transformação, através dos quais houve a absorção de múltiplos valores culturais, religiosos, econômicos e afetivos.

Conforme leciona EDWARD SHORTER<sup>33</sup>, o grande número de separações ocorridas nos últimos tempos não representa o fim do instituto do casamento e, sim, uma mudança no paradigma familiar moderno, pois a alta taxa de separações e divórcios deixam entrever um novo conceito de matrimônio: aquele ligado à *dissolubilidade* do vínculo.

Diante de tal realidade, não podemos ignorar as novas famílias que surgem em decorrência de uniões fracassadas, de opções afetivas não convencionais, dentre outras mais. O princípio da pluralidade das entidades familiares garante proteção a todos os modelos familiares, inclusive àqueles não previstos expressamente em lei, pois, ao se distanciar da tutela exclusiva da família matrimonializada, a Constituição abre as portas para a recepção de novas formas, em constante surgimento.

É devido ao dinamismo das relações familiares e à rapidez com que operam as suas transformações, que nos filiamos ao entendimento de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, quando reconhece a pluralidade das entidades familiares,<sup>34</sup> sendo, a nosso ver, o rol descrito na constituição meramente exemplificativo. Com isso e, por meio de suas normas de inclusão, a Carta Maior incorpora em seu âmbito de proteção quaisquer modalidades

---

<sup>33</sup> SHORTER, Eduard. *A formação da família moderna*. Tradução - Teresa Pérez. Lisboa: Portugal: Terramar, 1995, p. 296.

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p. 107.

familiares, sempre e quando cumpram as suas funções principais: a realização pessoal de seus membros e o cultivo do afeto.

No *caput* do artigo 226 da Constituição Federal encontramos o fundamento do princípio da pluralidade das entidades familiares, porquanto, ao prescrever que a família é base da sociedade e que tem especial proteção do Estado, não indica qualquer restrição acerca do conceito *família*, deixando claro o caráter geral do preceito e de sua aplicabilidade irrestrita.

É com base no afeto que a família assume novos contornos, não podendo a lei negar-lhes validade, qualquer que seja a sua natureza. Assim sendo e eliminando qualquer rotulagem, o princípio da pluralidade das entidades familiares é norma constitucional com validade incontestável e por meio dela o Estado deve prestar-lhes tutela, desde que constituídas sob o fundamento da afetividade.

#### **2.4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

O princípio da igualdade possui vários desdobramentos, dentre os quais estão a igualdade formal e substancial, a igualdade entre filhos e a igualdade entre sexos, apenas para citar alguns. Entretanto, focaremos tão somente nesta última, quer seja, a igualdade entre gêneros, especificamente no que diz respeito às relações familiares e seus reflexos no campo da guarda.

A modernização do Direito de Família traduz a incorporação de significativos avanços ocorridos na instituição familiar, estando dentre os mais expressivos a emancipação econômica da mulher, passo pioneiro no processo de evolução do Direito de Família. A sua repercussão é tão grande, que, em decorrência dela, a composição da família

é alterada substancialmente, deixando a hierarquia de lado, para assumir uma estrutura horizontal e nuclear, descentralizando a função do marido e pai, que por séculos ocupou a função de chefe e provedor. Ao mesmo tempo em que a mulher sai de casa para ingressar no mercado de trabalho, dá ensejo a uma mudança que não se restringe ao campo sócio-cultural, tendo acima de tudo conseqüências jurídicas.<sup>35</sup> Ao deixar a dependência econômica do marido, a mulher emancipada abre caminho para o posterior reconhecimento da igualdade entre homem e mulher pela Constituição Federal<sup>36</sup> e a conseqüente equiparação destes na administração da sociedade conjugal,<sup>37</sup> igualdade perfilhada pelo Código Civil de 2002.<sup>38</sup>

De início, importa ressaltar que a igualdade atribuída a marido e mulher na constância da sociedade conjugal tanto pela Constituição Federal como pelo Código Civil, estende-se, por analogia, e por força do princípio da pluralidade, às demais entidades familiares existentes em nossa sociedade. Diante da diversidade dos arranjos familiares surgidos ao longo dos tempos, não se pode admitir o contrário, pois, não obstante a lei tenha feito referência expressa à sociedade conjugal, as regras de inclusão asseguram a aplicação do princípio da igualdade às demais entidades familiares encabeçadas por casais, qualquer que seja a sua natureza.

O que JEAN CARBONNIER denomina de *codirection*, é princípio que traduz, em essência, o exercício da igualdade entre cônjuges na sociedade conjugal e nos demais

---

<sup>35</sup> GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 6.

<sup>36</sup> CF, art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...).

<sup>37</sup> CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>38</sup> CC 2002, artigos 1.511 e 1.567. Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. (...)

modelos familiares dirigidos por casais. Ressalta ainda a sua importância no que diz respeito à autoridade parental, afirmando ser o exercício equitativo entre pais separados consequência direta do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, dentre outros.

Ele [o princípio] está proclamado no artigo 213: os cônjuges se encarregam juntos da direção da família. A disposição se refere em parte ao exercício da autoridade parental, como um anúncio dos artigos 372 a 389-5.<sup>39</sup> e <sup>40</sup>

O reconhecimento da igualdade entre os cônjuges é grande conquista. Por sua vez, deve servir de apoio para a concretização de outras igualdades dentro da família, como ocorre nas questões que envolvem a atribuição de guarda de menores, após a separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável.

Assim, a igualdade pode ser vista sob vários prismas e, devido ao seu grande alcance, é valioso instrumento para a realização do princípio do melhor interesse da criança, mediante o reconhecimento da igualdade entre pai e mãe no exercício da autoridade parental, ainda que após a ruptura do casal.

A equiparação constitucional havida entre homem e mulher provoca uma profunda transformação nas relações familiares, em decorrência do novo papel atribuído à mulher, seja o de co-partícipe, co-titular de direitos e deveres perante a família, gerando também, considerável repercussão nas relações entre pais e filhos.

A evolução da família brasileira demonstra que o modelo patriarcal e hierárquico prevaleceu durante alguns séculos e, nele, a mulher desempenhava funções mais práticas que jurídicas, uma vez que a direção da família era confiada ao marido, chefe e provedor do grupo. À mulher restava zelar pela casa e se encarregar da educação dos filhos, muito

---

<sup>39</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple. 1<sup>re</sup> édition « Quadrige ». Paris : Presses Universitaires de France, 2004, p. 1232.

<sup>40</sup> Os artigos 372 a 389-5 do Código Civil francês dispõem sobre a autoridade parental, que no direito francês, via de regra, é exercida conjuntamente após o divórcio.

embora o *pátrio poder*<sup>41</sup> fosse reservado apenas ao pai. Com o tempo, os papéis entre marido e mulher foram se equilibrando, garantindo à mulher os mesmos direitos que ao marido no tocante à sociedade conjugal. Contudo, as desigualdades persistem, ainda que em outros planos, dentre eles o da guarda, onde a figura paterna assume posição de inferioridade em relação à mulher. É o que se conclui dos ensinamentos de FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE:

Com base no princípio constitucional da igualdade, também ratificado pelo Código Civil de 2002, o fato de ambos os cônjuges apresentarem-se no mesmo plano de igualdade faz com que seja possível extrair algumas repercussões jurídicas em alguns postulados: na hipótese de separação dos pais, a idéia recorrente era a de que a mãe apresentava melhores condições para ficar com a guarda do filho menor, enquanto ao homem restava contentar-se com a posição de provedor econômico e detentor do direito de visita, ou seja, a cultura do arranjo jurídico da guarda exclusiva. Essa lógica era com um contexto no qual a mulher encontrava-se adstrita à órbita doméstica. Quando a mulher lançou-se no mercado de trabalho, em igualdade de condições com o homem, algumas tarefas, até então eminentemente femininas, passam a ser exercidas pelos dois, inclusive as atribuições domésticas.

Se, de um lado, essa evolução demarca um espírito de cooperação entre os cônjuges, por outro lado revela que a criação /educação de uma criança não é ínsita à natureza feminina. Quer dizer, neste cenário de igualdade, o pai apresenta as mesmas condições para continuar o exercício do poder familiar.

Ora, se ambos os cônjuges são iguais e durante a convivência exerciam o poder familiar conjuntamente, por que, na hipótese de dissolução do vínculo conjugal, aquele exercício precisa ser praticado de modo separado e exclusivo?<sup>42</sup>

O pai, antigo *pater familiae*, passa a dividir as responsabilidades decorrentes da educação e cuidados rotineiros com os filhos, tarefa anteriormente desempenhada com exclusividade pela mulher. Contudo, mesmo após assumir um papel mais participativo na criação dos filhos, o pai ainda se encontra em situação de desvantagem quando o tema é a guarda de menores. A nossa jurisprudência demonstra que ainda há preferência pela mãe na

<sup>41</sup> A utilização da expressão *pátrio poder* se dá apenas em razão do contexto histórico.

<sup>42</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 31, ago/ set, 2005, p. 27.

escolha para o desempenho da guarda de filhos menores, não obstante a profunda transformação ocorrida nas relações paterno-filiais. Em clara adesão a fundamentos ultrapassados, há uma forte tendência para a manutenção da desigualdade que a Constituição buscou eliminar, ao se privilegiar o gênero feminino na atribuição da guarda, como deparamos com frequência em nossos Tribunais.

Entretanto, há julgados em sentido contrário, que privilegiam acima de tudo a igualdade constitucional e o bem-estar dos infantes, abrindo caminho para decisões mais adequadas à realidade das famílias de hoje, aquelas em que, em princípio, pai e mãe detêm o mesmo direito de reivindicar a guarda de seus filhos menores.

Nesse sentido, é a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na Apelação Cível nº 2000.01.5.001122-4, em 26 de junho de 2000, que rejeita recurso interposto com o intuito de transferir a guarda inicialmente concedida ao pai, para a mãe. A decisão de primeiro grau que atribui a guarda das filhas menores ao pai é mantida, por reunir estas melhores condições para o seu exercício, levando em consideração, para tanto, elementos emocionais e estruturais.<sup>43</sup>

Com base no exemplo citado, não se pretende defender a atribuição de guarda ao pai em detrimento da mãe, nem vice-versa, mas sim, indicar claramente, com suporte no princípio da igualdade, que, inicialmente, tanto pai como mãe são aptos para deter a guarda dos filhos. E, conforme se demonstrará adiante, preferencialmente de maneira conjunta, na busca da preservação da convivência familiar.

---

<sup>43</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa - Apelação cível. Família. Separação judicial litigiosa. Guarda de menores com o cônjuge varão. Alimentos. 1. Demonstrada a culpa de ambos os cônjuges, decreta-se a separação judicial. 2. Demonstrado que o cônjuge varão apresenta melhores estruturas emocional e residencial, defere-se-lhe a guarda das filhas. 3. Demonstrada a necessidade e a possibilidade, impõe-se à cônjuge varoa o dever de prestar alimentos. Decisão - Conhecer e improver ambos os recursos. Unânime. Apelação cível 2000.01.1.5.001122-4- DF. 4ª Turma Cível. Relator: Vera Andrighi. Acórdão publicado no Diário da Justiça em 06/09/2000. Disponível na Internet via [www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br). Acesso em 15/10/06.

A família contemporânea está marcada por novos conceitos, cuja base está no equilíbrio necessário para o desenvolvimento saudável e a realização pessoal de seus membros. Assim, deve ser reconhecida e praticada a igualdade em todos os seus aspectos, seja entre os cônjuges ou companheiros e entre filhos, permitindo que a família se torne um campo fértil para a colaboração, na busca do bem-estar de seus componentes.

A garantia da convivência com ambos os pais é preceito que deriva, dentre outros, do princípio da igualdade existente entre homens e mulheres, por sua vez amparada em norma constitucional que assegura a convivência familiar.<sup>44</sup>

O princípio da igualdade, aplicado às questões de guarda, também está presente no Código Civil, em seu artigo 1.584, ao prever que, 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. Tal preceito reforça a indiferença do legislador para o sexo masculino ou feminino, sendo o critério decisivo para a atribuição da guarda a reunião de condições favoráveis para o seu exercício, visando sempre ao bem-estar e ao melhor interesse do menor, em consonância com os ditames constitucionais.

## **2.5. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

Em decorrência da introdução de novos paradigmas no âmbito do Direito de Família, este se torna um direito mais humano e, por conseguinte suscetível a novos valores. Há fortes mudanças nas relações de família nas últimas décadas, durante as quais o seu foco se desloca do patrimônio para a realização de seus integrantes.

---

<sup>44</sup> CF, art 227, *caput*.

Como consequência do fenômeno da *repersonalização*, há um desapego ao material, com a valorização do afeto, conquistando a afetividade status de princípio constitucional regente das relações familiares.

Quanto a sua condição de princípio, PAULO LUIZ NETTO LÔBO não deixa qualquer dúvida, afirmando com solidez que,

o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. (...) A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis.<sup>45</sup>

É certo que o texto constitucional não faz referência expressa ao afeto, todavia, é elemento que decorre do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que hoje, na nova ordem civil - constitucional, ela ocupa o centro das relações jurídicas. Não há dúvida de que a interpretação sistemática da Constituição conduz à concretização do princípio da afetividade, cuja presença nas relações familiares é indispensável. Nessa esteira, percebe-se que a paternidade não mais se restringe a vínculos biológicos, em decorrência da paternidade sócio-afetiva, cuja constituição ocorre essencialmente por meio da consolidação de vínculos de afeto.

A afetividade é reconhecida como elemento estrutural da família, podendo-se aprofundar a impossibilidade de sua existência sem a presença do amor. A família patriarcal foi há muito deixada para trás, não havendo mais espaço para o cultivo de relações fundadas em interesses patrimoniais.

Cabe lembrar que o princípio da afetividade deve estar presente em todas as fases componentes da trajetória da família. Quer dizer, o afeto existirá na fase preliminar de sua formação, durante a sua existência enquanto houver um grupo de pessoas unidas por laços

---

<sup>45</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Coord.) *Família e cidadania*. O Novo CCB e a *vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 97.

de amor, bem como em sua dissolução. A afetividade não deve desaparecer com a ruptura do casal, mormente quando o núcleo familiar é integrado por filhos menores. Mesmo após a separação, o princípio da afetividade permanece, para estimular a continuidade das relações paterno-filiais, pois, ainda que pai e mãe já não estejam unidos pelo afeto, este não se extingue com relação aos filhos. Embora alguns membros da família apresentem entre si sentimentos opostos ao afeto, devido a circunstâncias excepcionais, a afetividade entre pais e filhos é presumida.<sup>46</sup> Por conseguinte, a permanência do afeto, particularmente entre pais e filhos, após a separação do casal, baseia-se na mesma presunção de afetividade, característica das relações paterno-filiais.

A família constitucionalizada possui uma concepção eudemonista, e nessa condição, constitui instrumento de realização pessoal de seus integrantes, na busca da felicidade.

É verdade que o reconhecimento do afeto como valor jurídico seja fato recente, mas ORLANDO GOMES já vislumbrava em suas lições clássicas a importância do fenômeno afetivo, ao ensinar: “O primeiro e mais importante princípio do novo Direito de Família é o que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na afeição entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida”.<sup>47</sup>

Dentre os fundamentos constitucionais do princípio da afetividade, estão os princípios da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar e da solidariedade. A afetividade é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto impõe o seu reconhecimento como ser, dotado de sentimentos. Igualmente, a afetividade é algo que se constrói a partir da solidariedade familiar, na qual uns apóiam os outros na busca por sua

---

<sup>46</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>47</sup> GOMES, Orlando. Ob, cit., p. 23.

realização pessoal. A convivência familiar representa a continuidade das relações afetivas construídas no seio da família, sem a qual não poderão ser preservadas.

A aplicação do princípio da afetividade é de suma importância nas questões relativas à guarda de filhos, devido à necessidade da preservação da convivência familiar e do afeto entre pais e filhos após a ruptura do casal. É natural que a afetividade entre estes tenha se desvanecido. Contudo, não se pode admitir o mesmo nas relações paterno-filiais, uma vez que o princípio da afetividade demanda a preservação da convivência familiar, para a realização do melhor interesse da criança. Se existe liberdade para constituir e desconstituir relações afetivas entre marido e mulher ou entre companheiros, tal liberdade sofre limitações ao se tratar de filhos. A afetividade é elemento essencial na vida dos filhos, pois na condição peculiar de pessoas em fase de desenvolvimento, devem dispor do apoio e do afeto de seus pais, para sua formação adequada, ainda que a ligação afetiva entre estes tenha desaparecido.

A propósito da guarda, tratando-se especificamente da guarda compartilhada, vislumbra-se nesta modalidade um valioso instrumento para a concretização do princípio da afetividade, porquanto estimula a convivência em família, indispensável para a preservação dos laços afetivos consolidados ao longo da vida familiar. Após a separação, pais e filhos continuam alimentando sentimentos de afeição mútua, necessários para a concretização de seu melhor interesse.

É fundamental insistir na observância do princípio constitucional da afetividade, uma vez que possui natureza normativa, e assim sendo, deve ser aplicado, mormente no que diz respeito às relações paterno-filiais. Estas devem ser preservadas sempre que possível,

sob pena de que algum dia surja a triste indagação, por sua vez título do artigo de autoria de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA: “Pai, por que me abandonaste?”.<sup>48</sup>

Na convivência familiar, preserva-se a afetividade, que muitas vezes se perde por força de arranjos de guarda ultrapassados, que em vez de privilegiar a permanência do afeto e o melhor interesse dos menores, privilegiam interesses de pais e mães. Estes terminam distanciando-se de seus filhos, em decorrência de visitas cada vez mais escassas e das dificuldades impostas pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro. No entanto, essa realidade pode ser modificada, desde que para isso se observe o princípio da afetividade nas relações familiares pós-separação e pós-divórcio.

Contudo, é importante assinalar, que, embora a doutrina majoritária coincida no entendimento de que o princípio da afetividade circunde as relações de natureza amorosa, a afetividade apresenta um outro lado, em que se manifestam sentimentos negativos, porém de natureza afetiva. É o caso da agressividade, do egoísmo, da indiferença, e da competitividade, dentre outros, que por sua vez representam vivências afetivas. A formação da personalidade, portanto, experimenta diversos tipos de vivências afetivas, sejam positivas ou negativas, mas certamente inerentes às fases de desenvolvimento do ser humano.

Do princípio da afetividade decorre a necessidade do acolhimento do menor no seio familiar, seja ela uma família oriunda do matrimônio, da união estável ou de pais separados. Isso permite que a criança ou o adolescente possa vivenciar e desenvolver o afeto em suas diversas facetas, inerentes às fases de seu desenvolvimento psico-emocional, com o amparo de seus genitores.

---

<sup>48</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 575.

## 2.6. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O princípio da solidariedade está consignado no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, cujos reflexos na sociedade, em especial no agrupamento familiar, são de inegável relevância.

O individualismo que marcou o século XIX cede diante das tendências de solidariedade social que surgem no século XX, inspirada nos ideais de fraternidade, que se manifesta por meio nas primeiras declarações de direitos do homem.<sup>49</sup>

No âmbito do Direito de Família, pode-se afirmar que é um dos princípios norteadores das relações de parentesco, manifestando-se no aspecto econômico, como ocorre com o dever de prestar alimentos, cuja obrigação pode-se estender inclusive aos avós, em decorrência da aplicação desse princípio, conforme entendimento sedimentado na jurisprudência de nossos tribunais.<sup>50</sup>

Porém a importância do princípio da solidariedade se destaca de sobremaneira no âmbito existencial das relações familiares, onde há direitos e deveres recíprocos não pecuniários a serem observados como a consideração e o respeito mútuo entre os membros da família, para o adequado desenvolvimento de sua personalidade.

Exemplo disso é o instituto da mútua assistência, que para PAULO LUIZ NETTO LÔBO decorre diretamente da solidariedade familiar, sobretudo a assistência moral, conforme explicita:

A assistência moral diz respeito às atenções e cuidados devotados à pessoa do outro cônjuge, que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de

---

<sup>49</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. [www.idcivil.com.br/artigos.html](http://www.idcivil.com.br/artigos.html). Acesso em 20.01.07.

<sup>50</sup> Ver APC nº 2004.01.1.080156-7/DF e AI 2000.00.2.001538-6/DF, dentre outros.

solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis. É o conforto moral, o ombro amigo e o desvelo na doença, na tristeza e nas crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo aos sucessos na vida emocional e profissional. Certamente, são esses os elementos mais fortes do relacionamento conjugal ou amoroso, no seu cotidiano, cuja falta leva progressivamente à separação, mais do que qualquer outro fato isolado.<sup>51</sup>

PIETRO PERLINGIERI sintetiza o princípio da solidariedade familiar ao dizer que “a solidariedade na família é dever de lealdade, assunção de responsabilidades em relação a todos e especialmente aos filhos menores”.<sup>52</sup>

Assim, cada integrante possui o dever de assegurar o desenvolvimento pessoal dos demais, o que se destaca em especial nas relações paterno - filiais. Nesse particular, o interesse dos filhos se sobrepõe ao interesse individual de cada um de seus pais, por serem pessoas em peculiar fase de desenvolvimento, e portanto carecedoras de proteção especial.

A seu turno, ANA CAROLINA BROCHADO TEXEIRA se reporta esse princípio ao situar a família contemporânea numa concepção solidarista, decorrente da introdução de novos valores à Constituição de 1988, para quem “seu verdadeiro alicerce [ da família] passou a ser os laços de afeto e solidariedade entre os indivíduos”.<sup>53</sup>

É de se destacar igualmente a importância do princípio da solidariedade em relação ao princípio da afetividade, vez que possuem ligação estreita.

Conforme já mencionado, ressaltamos que a afetividade não se manifesta apenas por meio do afeto positivo, ou do amor. A afetividade também está presente nas expressões negativas da raiva, da agressividade, em fim do desafeto, muitas vezes presente nas

---

<sup>51</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6. n. 26, out / nov. 2004, p. 15.

<sup>52</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 263.

<sup>53</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro, : Renovar, 2005. p. 35.

relações familiares. Diante de tal realidade, torna-se imprescindível que o grupo familiar se mostre solidário para com seus respectivos membros, de maneira a prestar-lhes o apoio necessário para experimentar os efeitos emocionais e psicológicos que decorrem do processo natural de sua formação e de desenvolvimento de sua personalidade. Nesse cenário, a cooperação se torna expressão representativa da solidariedade familiar.

## CAPÍTULO III

### 3. GUARDA

#### 3.1. A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A edição do Código Civil de 2002 merece referência especial, uma vez que entendemos integrar o denominado *novo sistema de Direito de Família*, vislumbrado por FRANCISCO AMARAL,<sup>54</sup> buscando, na medida do possível, e diante do alto grau de mutabilidade e complexidade implícitas nas relações de família, disciplinar as mesmas de maneira adequada e moderna, juntamente com a legislação específica e em harmonia com a Constituição Federal.

A transformação fática e ideológica produzida nos últimos séculos demandou uma reforma na Lei Civil, de modo a adequá-la aos novos valores incorporados no direito privado, notadamente no que diz respeito à solidariedade social. Em virtude disso, a elaboração de seu anteprojeto esteve marcada pela investigação da real problemática enfrentada pela sociedade, com base na manifestação de seus diversos setores, levando em consideração as necessidades dos próprios destinatários da lei.<sup>55</sup>

Após longa tramitação no Congresso Nacional e depois de quinze anos de vigência da Constituição Federal de 1988, surge a nova codificação, cujo texto nos

<sup>54</sup> AMARAL, Francisco. Direito Constitucional: a eficácia do código brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família*. Trabalhos apresentados no I Congresso de Direito de Família em Belo Horizonte, de 02 a 25/10/97. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 310.

<sup>55</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. Miguel Reale e Judith Martins - Costa (Coords.) Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

apresenta, na visão de alguns, verdadeiro avanço do Direito Civil e, na de outros, apenas uma reprodução de situações já incorporadas em nosso ordenamento, seja por força dos costumes, da evolução jurisprudencial, da doutrina ou em decorrência da constante produção legislativa.

Apesar das significativas mudanças ocorridas ao longo do século passado, as disposições relativas ao Direito de Família do Código Civil de 1916 já estavam ultrapassadas, devido à permanente mutação que caracteriza as relações familiares.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, os avanços no Direito de Família foram sendo introduzidos aos poucos, de maneira tímida e dispersa, processo iniciado com as contribuições decorrentes do surgimento de leis especiais ao longo do século passado, para culminar com aquelas de cunho atualizador contidas no texto constitucional, e das leis especiais que lhe seguiram. Percebe-se claramente que ao longo desse período, a família passou por uma trajetória de crescimento social e jurídico marcante, que culmina com a promulgação do Novo Código Civil. Em seu texto, finalmente foram introduzidas disposições necessárias para a proteção e desenvolvimento de seus membros, reforçando os avanços jurídicos aportados pela Constituição.

Embora o Código Civil de 2002 ainda esteja fortemente influenciado pelo patrimônio, devido à permanência de grande quantidade de disposições desta natureza em seu texto,<sup>56</sup> a congruência trazida pela hermenêutica possibilita a adequação do sistema pela leitura dos preceitos civis a partir do texto constitucional, conferindo ao Código um sentido repersonalizante, por meio do qual passa a ter o Direito de Família um novo enfoque: a pessoa humana.

---

<sup>56</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *As vicissitudes da Igualdade e dos Deveres Conjugais no Direito Brasileiro*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6. n. 26, out / nov. 2004, p. 5-17.

Dentre as incorporações mais expressivas ocorridas no Código Civil, referimo-nos à positivação do princípio da igualdade dos cônjuges, reprodução do dispositivo constitucional que já havia previsto a participação equilibrada de marido e mulher na administração da sociedade conjugal, com a conseqüente contribuição de ambos os pais na criação e educação dos filhos.

Igualmente importante é a disposição acerca da guarda no artigo 1.584, indicando a possibilidade, em princípio, de qualquer um dos pais exercerem esse direito, em caso de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, determinando que ela será atribuída a quem reunir melhores condições para o seu exercício. Assim, a guarda poderá ser atribuída à mãe, ao pai, ou até mesmo a um terceiro, caso seja necessário para a preservação do bem-estar e melhor interesse da criança ou do adolescente. Tal dispositivo revela um início de equilíbrio na atribuição de guarda, fruto da crescente participação da figura paterna no cuidado e educação dos filhos.

O mesmo preceito aplica-se, por analogia, aos filhos que nascem de uniões estáveis ou de qualquer outro relacionamento mantido entre seus pais, e demonstra uma verdadeira superação do modelo tradicional de atribuição de guarda à mãe, bem como representa um dos suportes legais para a introdução de outros regimes de guarda no ordenamento jurídico.

Tais avanços ocorreram paulatinamente em atendimento às constantes mutações das relações familiares, visando regular situações que já se haviam consolidado de fato, culminando com sua necessária e inevitável inserção na codificação civil de 2002.

Nesse sentido, para nós, o Código Civil de 2002 representa a adequação do ordenamento civil à realidade social experimentada pela sociedade no decorrer do século XX, em especial no âmbito do Direito de Família. Nesse aspecto particular, considerando a

natureza altamente dinâmica das relações familiares e sua permanente transformação, o Código Civil logra atualizar-se, atingindo uma cadência mais harmônica com o mundo dos fatos.

Embora o Código Civil não tenha ousado em suas disposições, e contenha mais um sentido atualizador, os seus preceitos constituem elemento essencial na disciplina da família, incentivando a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente e a preservação da convivência familiar. Sendo a codificação civil parte integrante do sistema de direito privado, por meio de sua leitura sistemática, chega-se a uma aplicação adequada de seus preceitos, sempre em observância aos princípios constitucionais que regem o Direito de Família.

O ideal de mínima intervenção do Estado nas relações familiares e a notória proteção à autonomia da vontade sucumbem à nova legislação civil, que cada vez mais se amolda aos preceitos do processo de constitucionalização, impondo-se a sua leitura sempre à luz da Carta Maior.

Como resultado, torna-se evidente a crescente descentralização do texto codificado em nosso sistema, fenômeno registrado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Devemos, portanto, assumir a realidade contemporânea: os Códigos exercem hoje um papel menor, residual, no mundo jurídico e no contexto sócio - político”.<sup>57</sup>

Conseqüentemente, as disposições do Código se deslocam do centro do ordenamento jurídico para aproximar-se aos *microsistemas*, estando sua aplicação e interpretação condicionada à observância da Constituição, que por meio de seus princípios, rege o sistema de Direito de Família.

---

<sup>57</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XVII.

### 3.2. A DISCIPLINA DA GUARDA NO CÓDIGO CIVIL

Após analisar o papel do Código Civil de 2002 em relação à família contemporânea, passamos a tecer algumas considerações acerca da disciplina da guarda em seu texto.

Inicialmente, o Código Civil contempla a guarda em seu artigo 1.634, inciso II,<sup>58</sup> ao indicá-la como elemento do poder familiar. Assim sendo, a guarda constitui um dos elementos inerentes ao seu exercício, por meio da qual cabe aos pais terem os filhos em sua companhia, para reger seu comportamento e ocupar-se de seus cuidados pessoais. Trata-se de um direito-dever atribuído aos pais, de custódia, de proteção, responsabilizando-se por seu bem-estar e pelos danos que eventualmente causarem a terceiros.

Durante a união do casal, seja no casamento, seja na união estável, o exercício da autoridade parental<sup>59</sup> é comum. Tanto o pai como a mãe são detentores da autoridade parental, e conseqüentemente, da guarda também. Assim, podemos dizer que em tais circunstâncias, há presunção do compartilhamento do exercício da autoridade parental, bem como da guarda. No entanto, havendo a ruptura do casal, tanto o exercício da autoridade parental, como o da guarda, são alterados, pois a guarda sofre uma cisão, passando a ser exercida de maneira desmembrada. Conseqüentemente, há um distanciamento natural do genitor não-guardião, o que vem a enfraquecer o próprio exercício da autoridade parental na prática, embora a sua titularidade permaneça intacta.

---

<sup>58</sup> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: (...) II - tê-los em sua companhia e guarda. (...).

<sup>59</sup> Optamos pela terminologia “autoridade parental”, para referir-nos ao poder familiar, por traduzir com maior clareza o verdadeiro conteúdo do instituto, que constitui, em sua concepção moderna, mais um dever que propriamente um poder, em razão da bilateralidade das relações paterno-filiais.

Apesar de ser abordada na Lei do Divórcio <sup>60</sup>, a regulamentação do instituto da guarda de filhos de pais separados é principalmente tarefa do Código Civil, em cujo corpo está disciplinada, para alguns, de maneira incidental, ao tratar da separação e do divórcio. <sup>61</sup> Já para MARIA BERENICE DIAS, a figura da guarda sequer foi regulamentada no Código, havendo apenas diretrizes para a sua fixação em caso de separação dos pais <sup>62</sup>.

A disciplina da guarda dos filhos de pais separados encontra-se sistematizada no Código Civil em diversos dispositivos, em sua maioria reunidos no Livro IV, capítulo XI, sob a denominação *Da Proteção da Pessoa dos Filhos*.

O artigo 1.583 <sup>63</sup> abre a possibilidade para que os próprios pais que se separaram ou se divorciaram por mútuo consentimento, possam decidir acerca da modalidade de guarda que desejam adotar, cuja escolha deve pautar-se necessariamente pela verificação do melhor interesse da criança. Havendo consenso quanto ao regime de guarda e de visitas escolhido, o acordo será homologado em juízo, porém desde que preservados acima de tudo os interesses dos menores.

Por sua vez, o artigo 1.584 <sup>64</sup> contempla a situação inversa, quando após a separação ou divórcio, os pais não logram alcançar um consenso relativamente ao regime de guarda a ser adotado. Trata-se da hipótese da separação ou do divórcio litigioso, onde se instala uma contenda, na qual um dos principais pontos de discórdia é a guarda dos filhos.

Visando preservar o bem-estar dos filhos envolvidos em situações de litígio, nas quais o ponto de intransigência é a sua guarda, a tarefa de indicar o que será melhor para os

---

<sup>60</sup> Artigos. 9º, 10, 12, 13 e 15 da Lei nº 6.515/77.

<sup>61</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil - constitucional. In. \_\_\_\_\_ *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 179-180.

<sup>62</sup> DIAS, Maria Berenice. Ob. cit., p. 396.

<sup>63</sup> Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação ou divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

<sup>64</sup> 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.

menores passa para as mãos do magistrado, que juntamente com o auxílio do Ministério Público e do Serviço Psicossocial Forense, reunirá elementos para identificar qual modalidade de guarda atende aos melhores interesses do infante, atribuindo-a a quem revelar melhores condições para o seu exercício. O mesmo artigo, em seu parágrafo único, faz referência pontual ao afeto como valor jurídico capaz de nortear a atribuição de guarda, revelando a positivação do princípio da afetividade no Código Civil.

Portanto, surge um novo parâmetro para a fixação de guarda, inexistente no Código Civil de 1916: a verificação das melhores condições para o seu desempenho, com base no melhor interesse da criança e do adolescente e no afeto. Com um sistema de separação e divórcio essencialmente baseado na culpa dos cônjuges, a atribuição de guarda no passado nem sempre se dava em observância ao próprio interesse do menor, deixando-o muitas vezes à mercê de um pai ou mãe inapto para o seu exercício, por não reunir as condições adequadas para tanto. Assim, com a introdução do referido dispositivo no Código Civil, há um notório distanciamento da sistemática da culpa, assim como da recorrente atribuição da guarda à mãe, sob uma falsa presunção de que a mesma, via de regra, reúne melhores condições para o seu exercício. De tal modo, reafirmamos a importância de se levar em consideração no momento da separação, que as razões geradoras do rompimento do casal de um modo geral não devem repercutir na atribuição da guarda, salvo em situações

extremadas,<sup>65</sup> pois o que se busca é preservar o melhor interesse da criança, e não punir pais e filhos pelo insucesso do relacionamento afetivo.

Com a evolução da família, os papéis anteriormente atribuídos ao marido e à mulher sofreram considerável alteração. O ingresso da mulher no mercado de trabalho fez com que muitos pais assumissem parte dos cuidados com os filhos, mantendo com estes contato diário e, mediante o acompanhamento de suas atividades, participam ativamente de seu processo de desenvolvimento. Assim, surgem papéis mais equilibrados, com uma contribuição equitativa de ambos os pais para a formação de seus filhos, cuja continuidade é altamente benéfica para os menores, no advento de uma separação.

Por sua vez, o psicanalista SÉRGIO EDUARDO NICK identifica um aumento significativo do envolvimento da figura paterna na vida dos filhos, os que os leva a reivindicar para si a guarda dos menores com maior frequência. Como exemplo desta realidade, faz referência a pesquisa realizada nos Estados Unidos, que constatou que o número de pais que obtiveram a guarda de seus filhos entre os anos de 1977 e 1988 aumentou de 400,000 para 1.000,000.<sup>66</sup>

Por isso, o artigo 1.584 representa uma adequação da norma ao fato social, pois, ao mesmo tempo em que o magistrado verifica o atendimento do melhor interesse do menor ao fixar a guarda, também leva em consideração a figura dos pais como pessoas participativas no processo educativo da criança, para determinar quem é que reúne as melhores condições

---

<sup>65</sup> É importante destacar que a ênfase da idéia de que a causa da separação dos pais não deverá necessariamente interferir na atribuição da guarda se justifica com base no fato de que, na maioria dos casos, a separação é provocada por razões e diferenças insuperáveis que afetam apenas a relação afetiva conjugal, não tendo o condão de comprometer a fixação da guarda em favor de qualquer um dos pais ou de ambos. No entanto, há situações excepcionais em que os motivos da separação têm reflexo direto na guarda dos filhos, sobretudo quando a ruptura ocorre em decorrência de violência física ou emocional envolvendo cônjuges e/ou os menores.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: Vicente Barreto (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 132.

<sup>66</sup>

para o seu exercício, em claro desapego a padrões ultrapassados. Para tanto, são levados em consideração fatores tais como a disponibilidade dos genitores, seu estado emocional, os laços de afeto para com o menor e, em último plano, sua capacidade financeira. Embora não seja fator determinante, o aspecto financeiro do genitor que pretende obter a guarda deve ser levado em consideração em conjunto com os demais elementos essenciais para a identificação do genitor mais apto. Contudo, não deve servir de óbice ou vantagem para o seu deferimento, uma vez que a fixação de alimentos poderá suprir qualquer necessidade que o menor venha a apresentar.

Assim, de acordo com o disposto no artigo 1.584, pelo menos na teoria, tanto o pai quanto a mãe são aptos para deter a guarda de seus filhos, o que será determinado mediante a avaliação de suas reais condições, segundo os critérios já indicados.

Ao deixar de lado a culpa dos cônjuges na separação, a atenção do magistrado é direcionada para os maiores interessados na fixação da guarda: os filhos. Assim, os menores são tratados como sujeitos de direito, transferindo-se o cerne da questão para a preservação de seu melhor interesse.

Vale mencionar que as possibilidades de atribuição de guarda no caso do artigo examinado não se restringem à pessoa dos pais, contemplando seu parágrafo único a hipótese de deferimento da guarda em favor de familiares próximos ou até de terceiros, caso a solução venha a atender o melhor interesse da criança ou do adolescente.

No caso do artigo 1.586,<sup>67</sup> o legislador foi mais longe. Além das hipóteses previstas nos artigos antecedentes, diante da ocorrência de motivos graves, o magistrado poderá adotar soluções diversas daquelas contempladas, visando preservar o interesse dos filhos.

---

<sup>67</sup> Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Significa dizer que, no intuito de preservar os interesses do menor, poderá adotar medidas diversas das estabelecidas nas disposições anteriores, podendo inclusive, determinar que a guarda seja atribuída a um terceiro.<sup>68</sup>

Relativamente ao filho nascido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, o artigo 1.611<sup>69</sup> faculta que o mesmo resida no lar conjugal, desde que haja consentimento do outro cônjuge. Apesar da eliminação do termo *ilegítimo*, em atendimento às exigências constitucionais de igualdade entre filhos, a discriminação permanece, quando a residência dos filhos extramatrimoniais não é determinada segundo o seu melhor interesse, mas segundo o interesse de terceiros, como é o caso do cônjuge. Tal regramento constitui um contra-senso aos avanços ocorridos no Direito de Família, não se justificando banir o menor da residência da mãe ou do pai, uma vez que a família contemporânea não mais se baseia exclusivamente no casamento, e, sim, no afeto. Desta feita, prevalece o melhor interesse da criança, independente de sua condição, seja oriunda do casamento ou não,<sup>70</sup> devendo a fixação da residência de filhos extramatrimoniais, quer sejam havidos anteriormente ou durante o casamento, pautar-se pelo princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. Com isso, não se pretende insistir em fixar a residência do menor em ambiente hostil, contudo, a permanência com o pai ou a mãe casada deve ser uma opção válida, desde que em observância ao seu bem-estar. Assim, não se pode riscar tal hipótese de antemão, diante da possibilidade de proporcionar ao menor um lar adequado, devendo tal norma ser interpretada à luz da Constituição, para garantir o bem-estar do menor, acima de tudo.

<sup>68</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1292.

<sup>69</sup> Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

<sup>70</sup> FACHIN, Luiz Edson. In: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) *Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco* ( arts. 1.591 a 16.38). v. 18. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 131.

Por sua vez, o artigo 1.612 <sup>71</sup> disciplina a guarda do filho reconhecido, estabelecendo que ficará sob os cuidados daquele que o reconheceu e, em caso de reconhecimento por ambos os pais, sem que haja acordo entre estes, sua guarda será atribuída a quem melhor atender aos interesses da criança. O referido dispositivo revela consonância com os princípios constitucionais vigentes, mormente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Dentre as disposições que tratam da guarda no Código Civil, temos a figura das visitas. Na fixação de qualquer modalidade de guarda surge, como conseqüência natural, o direito dos menores de serem visitados pelo genitor não-guardião. <sup>72</sup> A sua disciplina está contemplada no artigo 1.589, no qual se estabelece que o regime de visitas poderá ser acordado entre as partes ou fixado pelo juiz, em observância aos interesses dos filhos. De sua leitura, depreende-se o surgimento de mais um papel: o de visitante e fiscal da manutenção e educação do menor, a ser desempenhado pelo genitor não-guardião.

Nesse aspecto, é imperioso registrar que embora o artigo 1.632 <sup>73</sup> garanta a ambos os pais a *titularidade* da autoridade parental mesmo após a separação ou o divórcio, o seu *exercício* sofre visíveis restrições no que diz respeito ao genitor não-guardião, a quem resta o direito de visitas, apenas podendo fiscalizar a educação e o sustento de seus filhos a distância. Aquele termina não participando diretamente das decisões de maior significância acerca da educação e criação dos menores, sendo a sua contribuição mínima. Nessa

---

<sup>71</sup> Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

<sup>72</sup> Apesar do artigo 1.589 do Código Civil fazer menção apenas a “pai” e “mãe”, por meio da interpretação civil- constitucional, é possível inferir que tal direito se estende aos demais familiares, em decorrência do princípio da convivência familiar.

<sup>73</sup> 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.

condição, somente lhe resta intervir por meio do juiz de família, em caso de divergência quanto às decisões tomadas pelo detentor da guarda.

É fato que no direito brasileiro há um apego excessivo ao instituto da guarda, pois muitos a encaram como instrumento de poder, em face do genitor não-guardião. Devido a essa forte inclinação, as disputas se eternizam, apenas para alimentar ressentimentos e egoísmo decorrentes do relacionamento fracassado, gerando como conseqüência fortes divergências acerca da educação e formação moral que será dispensada aos filhos.

Diante de tal realidade, vemos a necessidade de funcionalizar o instituto da guarda para harmonizá-lo com o exercício da autoridade familiar, sobretudo nos casos de pais separados, de modo que os menores possam beneficiar-se dos efeitos positivos que decorrem da *co-parentalidade*. Como resultado, ambos os genitores contribuem ativamente para o desenvolvimento da personalidade de seus filhos, podendo acompanhar de perto sua educação moral, acadêmica e religiosa, possibilitando que a autoridade parental, na qual fica investido o não-guardião, deixe de ser um poder adormecido, para ser dinâmico e eficaz.

É o que se extrai claramente da expressão de PHILIPPE MALAURIE e LAURENT AYNÈS *deux parents toujours*, utilizada para reforçar a importância do princípio da *coparentalité*,<sup>74</sup> como instrumento capaz de garantir o exercício comum da autoridade parental nas famílias atingidas pela separação ou pelo divórcio, em busca da preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Desta maneira, a guarda pode deixar de ser um instrumento de posse ou de domínio sobre os filhos, por meio da qual os pais possam exercer a sua parentalidade de maneira conjunta, visando conferir aos menores uma educação sólida, mais homogênea e em

---

<sup>74</sup> MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Huges. *La famille*. Paris : Défrénois, 2004, p. 500.

harmonia com os seus melhores interesses. Para tanto, é necessário que ocorra uma profunda transformação, de modo que a guarda não confira ao seu detentor, ao menos na prática, a totalidade dos direitos e obrigações que decorrem da autoridade parental.

Ao ser desmembrada por ocasião do rompimento do casal, a guarda sofre considerável alteração. Ao guardião é conferido o cuidado cotidiano dos menores, bem como o exercício da autoridade parental de maneira quase exclusiva, o que por vezes leva a distorções, passando a ser um direito absoluto, comumente instrumento de abuso por parte de seu detentor.

A sua funcionalização permite dar efetividade ao preceito do artigo 1.632, que, em suma, garante ao não-guardião o direito ao exercício pleno da autoridade parental, mesmo após a separação ou o divórcio. Direito esse que, devido à supervalorização das atribuições conferidas ao guardião, é freqüentemente tolhido.

### **3.3. MODALIDADES DE GUARDA**

Durante a vigência do casamento e da união estável, há presunção do exercício comum da guarda entre os pais. No entanto, ocorrendo a separação do casal, ela se desmembra, passando a ser exercida de maneira diferente, para atender à nova realidade familiar que surge.

Do exame realizado acerca da disciplina da guarda no ordenamento civil, podemos concluir que os dispositivos analisados oferecem diretrizes básicas para a implementação de suas diferentes modalidades, elencadas por sua vez na doutrina e reveladas na jurisprudência.

Inicialmente, ainda dominante nos dias de hoje, é o regime da guarda única,<sup>75</sup> também chamada de unilateral, dividida, uniparental, material ou exclusiva, com traços visivelmente herdados da tradição patriarcal. Como se sabe, durante muito tempo, à mulher eram conferidas atribuições essencialmente domésticas, com dedicação exclusiva ao cuidado dos filhos e do marido. Com a separação do casal, a medida natural era atribuir a guarda dos filhos à mãe, que aos olhos da sociedade e do Judiciário sempre foi vista como a pessoa mais apta para dirigir a sua criação. É o que ainda ocorre nos dias de hoje. Além do modelo de guarda mais utilizado ser o que optaremos por chamar de guarda única, a sua atribuição continua sendo preferencialmente à figura materna.

De acordo com a modalidade da guarda única, o cuidado diário dos menores é atribuído a um dos genitores, àquele com quem reside, restando ao outro o direito-dever de visitas. Isso, em nossa opinião, gera um distanciamento fatal entre os filhos e o genitor não-guardião, a quem são atribuídas as funções de mero visitante e provedor material.

Faz-se oportuno referir-nos à *guarda material* e à *guarda jurídica*, uma vez que havendo a separação do casal, a guarda que antes era exercida de maneira conjunta, com a concentração de ambas estas categorias na figura do casal, passa a ser praticada de forma desmembrada, revelando aspectos peculiares, decorrentes de sua nova estrutura.

Para a melhor compreensão desta classificação de guarda, destacamos a diferenciação realizada por HENRI DE PAGE, ao elucidar que:

O direito de guarda stricto sensu compreende todos os direitos sobre a pessoa física da criança, notadamente o direito de tê-la no domicílio parental, de se ocupar de tudo o que diz respeito à sua manutenção, seus cuidados, prevenir danos que possa vir a causar, seja a si próprio, seja a terceiros. Todos esses poderes implicam, no direito, do pai, de ser obedecido pela criança em tudo que julgue útil de lhe impor. (...) Direito de educação ou guarda jurídica.- Essa forma de direito de guarda que nós

---

<sup>75</sup> Vide capítulo 8, dados colhidos em pesquisa de campo, que demonstram que a maioria dos entrevistados adota a guarda única.

propomos chamar, para a distinguir da anterior, de guarda jurídica, compreende tudo que concerne à direção intelectual e moral da criança. É incontestavelmente, do ponto de vista da formação do indivíduo, a parte mais importante do direito de guarda. Em virtude do direito de educação, os pais escolhem a opção religiosa da criança, o tipo de educação que lhe será proporcionada, e a carreira para a qual se estima conveniente prepará-lo. Eles têm, enfim, o direito de fiscalizar as relações, da criança, suas correspondências e suas leituras.<sup>76</sup>

Essa noção de guarda é necessária, na medida em que, de acordo com o regime predominante em nosso sistema, seja o da guarda única, tanto a guarda material como a jurídica se concentram na figura do guardião,<sup>77</sup> quem, em razão da maior proximidade com o menor, logra exercer a autoridade parental em toda sua dimensão. Por outro lado, ao não-guardião, somente assistem os direitos previstos nos artigos 1.589 e 1.631, § único,<sup>78</sup> limitados às visitas, ao direito de fiscalizar a educação dos menores a distância e de recorrer ao juiz em caso de divergência quanto ao exercício da autoridade parental. Isso, por certo, inibe o exercício da autoridade parental por parte do genitor não-guardião.

Diante das grandes mudanças de paradigmas ocorridas no Direito de Família, principalmente no tocante à guarda de filhos, surgem novas modalidades, visando atender às mutações ocorridas no âmbito familiar nos últimos tempos. Trata-se dos regimes da guarda alternada e da guarda compartilhada, sendo que esta última merece maior destaque, por sua crescente utilização nas famílias brasileiras.

A guarda alternada caracteriza-se pela residência do menor na casa de ambos os genitores, alternadamente, por períodos que podem variar entre dias, semanas, meses ou até

---

<sup>76</sup> DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes, doctrine, jurisprudence*. Tome premier. Introduction. Théorie générale des droits et des lois. Les personnes. La famille. Troisième édition. Complète et entièrement mise à jour. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant. Société Anonyme D'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1962, p. 915-917.

<sup>77</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 269-270.

<sup>78</sup> Art. 1.589. O pai ou a 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. Art. 1.631 (...) Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

anos, de acordo com o que for acordado entre os pais, no melhor interesse da criança. Enquanto os filhos estão na casa de um dos genitores, o outro passa a ter o direito de visitas e vice-versa, confundindo-se, em realidade, com o regime da guarda única, apenas com a diferença de ser exercida em períodos alternados. Assim, tanto a guarda jurídica como a material concentram-se na pessoa daquele com quem o menor está residindo, enquanto ao não-guardião cabe o direito de visitas e de fiscalizar a sua educação, embora a distância, nos mesmos moldes da guarda única. Isso significa que, durante o período de convivência com o menor, o genitor com quem reside exercerá de maneira privativa os direitos e obrigações que decorrem da autoridade parental.<sup>79</sup>

Apesar de ser uma modalidade pouco utilizada, devemos registrar a sua existência, ainda que de maneira informal, em nosso sistema. Contudo, não nos filiamos à corrente que incentiva a sua adoção, pois é vista por nós com certa reserva, diante das fortes opiniões no sentido de contra-indicá-la<sup>80</sup>, uma vez que pode gerar uma forte inconstância no menor, devido à mudança sistemática de ambientes por períodos prolongados. Na visão de WALDYR GRISSARD FILHO:

As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

<sup>80</sup> Em oposição à guarda alternada, temos o posicionamento de Rolf Hanssen Madaleno: “por sua notória inconveniência, não tem sido prática judicial brasileira a exata divisão pela metade do tempo, de permanência dos pais com os seus filhos, num arranjo mais voltado para os interesses dos pais do que no benefício dos filhos. A divisão exata do tempo cria a ausência de identidade dos filhos no respeitante à sua habitação, e também no que respeita à freqüente mudança de domicílio, fragilizando ou perdendo amizades, programações, estabilidade e referências”. MADALENO, Rolf Hanssen. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (Coords). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 350-351.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 121.

Embora concordemos com os efeitos nocivos que decorrem da utilização da guarda alternada, é imperioso salientar que, na França, a sua adoção é freqüente <sup>82</sup>, sob a denominação de *résidence alternée*. Assim, trata-se na verdade de modalidade de residência, e não propriamente de guarda. A Lei francesa nº 305 de 4 de março de 2002, modificou as disposições do *Code Civil* acerca da autoridade parental e prevê a modalidade da *residência alternada* expressamente em seu texto. <sup>83</sup> Todavia, é necessário esclarecer, que o sistema francês é regido pelo *principe de l' exercice en commun de l'autorité parentale*. Assim, via de regra, a autoridade parental continua sendo exercida conjuntamente por ambos os pais, mesmo após a separação, <sup>84</sup> independentemente da modalidade de residência estipulada.

A Lei nº 305 de 4 de março de 2002 alterou significativamente as disposições relativas à autoridade parental existentes no *Code Civil*, havendo clara preferência do legislador pela residência alternada, em contraposição à residência única. <sup>85</sup> É o que se conclui da leitura dos dispositivos a seguir:

Art. 373-2-9. Na aplicação dos dois artigos antecedentes, a residência da criança pode ser fixada em alternância no domicílio de seus pais ou no domicílio de um deles. A pedido de um dos pais ou em caso de desacordo entre eles sobre a residência da criança, o juiz poderá determinar a título provisório uma residência em alternância durante um período pré-fixado. Após o término desse período, o juiz regulará a residência definitiva do menor em alternância nos domicílios dos pais ou no domicílio de um deles.

Art. 373-2. A separação dos pais não afeta as regras relativas ao exercício da autoridade parental. Cada um dos pais deve manter relações pessoais com a criança e respeitar os seus laços com o outro genitor.

---

<sup>82</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693, vol. 16. Coord: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003, p. 123-124.

<sup>83</sup> GAREIL, Laurance. *L'exercice de l'autorité parentale*. Bibliotheque de droit privé. Paris: L.G.D.J, 2004, p. 97.

<sup>84</sup> CORNU, Gerard. *Droit civil*. La famille. 8. ed. Paris: Montchristien, 2003, p.173.

<sup>85</sup> MALAURIE, Philippe ; FULCHIRON, Hugues. *La famille*, p. 529.

Assim, é importante ter em mente que o sucesso decorrente de sua utilização na França depende de fatores e características próprias de seu ordenamento, em que, independentemente da modalidade de guarda escolhida, o exercício da autoridade parental é preservado, o que contribui para o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante disso, vislumbramos um outro aspecto negativo na implementação da guarda alternada, nos termos em que ela é utilizada no Brasil. Em nossa opinião, a alternância não se restringe apenas ao tempo que os filhos dividem entre as residências, pois, na realidade, o exercício da denominada guarda jurídica também sofre alternância. Quer dizer, a autoridade parental é exercida privativamente, ou seja, com exclusividade por um dos pais em separado, durante os períodos pré-determinados, em cuja companhia permanecerá o menor.<sup>86</sup> Há, portanto, uma rotatividade de responsabilidades, uma vez que durante o período em que os menores estão em companhia de um dos pais, cabe isoladamente a cada um destes as funções inerentes à guarda jurídica e material, tais como reger a sua educação formal, moral e religiosa, bem como ocupar-se de seus cuidados diários.

Sobre a situação acima descrita, explica WALDYR GRISSARD FILHO: “Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado, com todos os atributos que lhe são próprios (educação, sustento) ao outro transfere-se o direito de visita.(...) A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.”<sup>87</sup>

Frente a tal realidade, o menor poderá estar sujeito a uma variação constante, uma vez que pai e mãe podem reger a sua criação com base em valores distintos, o que possivelmente causará uma instabilidade em seu desenvolvimento. Portanto, identificamos

---

<sup>86</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*, p. 401.

<sup>87</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. *Ob. cit.*, p. 121.

na guarda alternada a ausência de um dos mais importantes fatores para o atendimento do melhor interesse da criança: o compartilhamento da autoridade parental. Esta, por sua vez, abre espaço para o desempenho da co-responsabilidade parental, permitindo aos menores serem beneficiados não somente pela convivência com ambos os pais, mas também por receberem uma formação fruto de uma parentalidade conjunta, direcionada à realização de seus melhores interesses e à formação de sua personalidade.

No intuito de proporcionar aos menores as vantagens que decorrem do exercício da autoridade parental por ambos os genitores, como ocorre na vigência do casamento e da união estável, o ideal é que o regime de guarda escolhido permita que ambos os genitores detenham a guarda jurídica dos menores, de maneira contínua, podendo, assim, contribuir diretamente para a formação dos filhos comuns, como ocorre na guarda compartilhada, conforme demonstraremos adiante com mais detalhe. Os menores serão favorecidos pelo constante acompanhamento de ambos os pais em sua formação moral, religiosa e acadêmica, podendo desfrutar do equilíbrio que provém da participação equitativa em seu processo de formação pessoal, sem que haja qualquer restrição ao exercício da autoridade parental.

#### **3.4. O ABUSO DE DIREITO NO EXERCÍCIO DA GUARDA**

Sem qualquer intenção de aprofundar o tema do abuso de direito, por não ser o objetivo central de nosso estudo, julgamos importante, entretanto, colocar em evidência a sua freqüente ocorrência no âmbito da guarda, em flagrante violação ao princípio do melhor interesse da criança, principalmente quando o regime adotado é o da guarda única. Esta, por reunir na pessoa do guardião tanto a guarda material, quanto a jurídica, reserva ao outro

genitor um feixe limitado de direitos, constantes apenas da visitação, fiscalização da educação e manutenção dos menores.

Para GUSTAVO TEPEDINO, HELOÍSA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “sustenta-se na atualidade, a noção de abuso como uma conduta que, embora lícita, mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover”.<sup>88</sup>

Tratando-se do direito de guarda, a sua finalidade consiste em realizar o melhor interesse da criança e do adolescente, mediante o cuidado contínuo, o ensinamento de valores e princípios, o apoio emocional e demais atributos do instituto que se realizam visando concretizar o bem estar dos menores.

Porém, é fato amplamente conhecido na realidade familiar contemporânea que, muitas vezes, o direito de guarda é exercido por seus titulares de maneira abusiva, sobretudo quando o rompimento do casal se deu de maneira traumática e litigiosa. Nestas hipóteses, como forma de punir o ex-cônjuge ou ex-companheiro pelo insucesso do relacionamento, pais e mães recorrem à prática do que podemos denominar de *abuso de direito no exercício da guarda*, provocando um distanciamento forçoso entre o genitor não-guardião e os filhos comuns, mediante a imposição de obstáculos que impedem a realização do direito de visitas.

Em razão do alto grau de desequilíbrio entre as prerrogativas conferidas ao guardião e ao não-guardião, verifica-se que a modalidade da guarda única torna-se campo fértil para a ocorrência do abuso do direito de guarda. Nela, o genitor guardião se sente inviolável,

---

<sup>88</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 340.

muitas vezes valendo-se de tal direito para praticar atos que atentam flagrantemente contra a dignidade dos filhos, mormente ao privá-los da convivência com o não-guardião.

Ao discorrer acerca da figura da *puissance paternelle*,<sup>89</sup> no âmbito da teoria do abuso de direito, há muito, LOUIS JOSERRAND assevera que:

Sem dúvida, respeitadora da legalidade, ela [a jurisprudência] não reconhece o poder, perante o silêncio dos textos, de retirar do pai indigno o poder paternal por si mesma; mas ela se achou autorizada, em caso de necessidade, de privá-lo de um dos atributos desse poder, notadamente o direito de guarda, o mais efetivo e o mais perigoso de todos; com muita freqüência, nossos tribunais retiravam dos pais culpados a guarda, o cuidado dos filhos, quer para investi-la em outra pessoa da família, a um estabelecimento de caridade ou a uma casa de educação; assim, está implicitamente reconhecida e consagrada a idéia de que o poder paternal tem sua causa no interesse da criança e que este é então, suscetível de gerar abusos que comportam uma sanção jurídica efetiva.<sup>90</sup>

Nesse contexto, convém observar que a guarda única é modalidade que propicia a ocorrência do abuso de direito no exercício da guarda, seja pelo distanciamento forçado, seja pela recusa em estimular a continuidade dos laços entre pais e filhos após a separação.

É sabido, também, que em grande parte dos casos, a tentativa de repressão, mediante a imposição de multas pecuniárias, não é eficaz. Assim sendo, resta ao genitor e aos filhos prejudicados pela privação da convivência familiar entabular contendas judiciais intermináveis.

Para LAURENCE GAREIL:

Com efeito, as conseqüências da plenitude dos poderes dos pais que exercem unilateralmente a autoridade parental - em particular os riscos de mau uso de seu exercício,- poderiam ser limitados pelo outro genitor. Mas isso não ocorre na prática. Ao contrário, ele precisa sublinhar a fraqueza dos meios de intervenção do genitor que não exerce a autoridade parental. Essa fraqueza reside por sua vez na dificuldade material de controle do exercício da autoridade parental pelo outro

<sup>89</sup> A *puissance paternelle* referida por JOSERRAND corresponde atualmente à chamada *autorité parentale do direito francês*, ou seja, o instituto da autoridade parental.

<sup>90</sup> JOSSERAND, Louis. *L'Esprit des droits et de leur relativité*. Théorie dite de l'abuse des droits. Paris : Dalloz, 1927, p. 91.

genitor e na ausência de poder efetivo, que se traduz na obrigação de recorrer, freqüentemente *a posteriori*, ao juiz em caso de conflito.<sup>91</sup>

Depreende-se da doutrina francesa que o abuso de direito no exercício da guarda corresponde, na realidade, ao que se denomina de *mau uso* da autoridade parental, qualificado como tal por sua utilização em desconformidade com o interesse do menor.<sup>92</sup>

Embora não constitua o objetivo do presente estudo tratar com profundidade os institutos da guarda e da autoridade parental no direito francês, é oportuno salientar o seu significado, para efeitos comparativos. Apesar de estarmos tratando do instituto da guarda, e o abuso no seu exercício, a comparação é efetuada mediante a figura da autoridade parental, uma vez que a expressão *guarda* foi substituída naquele ordenamento, por *residência do menor*, em decorrência da Lei nº 87-570 de 22 de julho de 1987, a chamada *Loi Malhuret*, segundo a qual era facultado ao magistrado estabelecer o exercício conjunto da autoridade parental após o divórcio. Posteriormente, a Lei nº 93-22 de 8 de janeiro de 1993 consagra o princípio da *coparentalité*, determinando expressamente que o exercício da autoridade parental é comum a ambos os pais. Hoje, após a edição da Lei de 4 de março de 2002, o Código Civil francês se refere à autoridade parental,<sup>93</sup> bem como à figura da residência alternada ou única e não mais à guarda propriamente dita. Assim, o princípio da *coparentalité* é reforçado, passando o exercício conjunto da autoridade parental a ser prioritário.

No direito brasileiro, ainda que a titularidade da autoridade parental permaneça intacta após a separação ou divórcio, há muito pouco a ser feito pelo não-guardião diante do

---

<sup>91</sup> GAREIL, Laurance. *L'exercice de l'autorité parentale*, p. 150.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>93</sup> PASTOR, Milagros Garcia. *La situación jurídica de los padres que no conviven: Aspectos personales*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 78. Frise – se que o artigo 287 foi ab-rogado por força da Lei de 4 de março de 2002, reforçando conceitos como o do exercício comum da autoridade parental e o da residência alternada ou única, em substituição ao termo guarda.

abuso do direito de guarda. Apenas lhe é assegurado o direito de recorrer ao juiz para a solução de eventuais divergências. Lamentavelmente, tal remédio muitas vezes se apresenta tardio e ineficaz, diante da reiterada privação do direito à convivência familiar, podendo levar à ocorrência de danos irreversíveis. É o caso da *síndrome da alienação parental*, em que os filhos passam a apresentar rejeição e repulsa para com o não-guardião, por influência daquele genitor que detém a sua guarda.

Mediante a conscientização de pais, mães, psicólogos e profissionais do Direito é possível acentuar e difundir a importância da continuidade do par parental, apesar do fracasso do par afetivo. Evitando-se assim o abuso do direito de guarda, porquanto em lugar de instrumento de vingança, deve servir aos interesses dos menores, cuja guarda se discute, qualquer que seja a modalidade utilizada.

GAREIL salienta, ainda, que a solução prática na França, aplicada pelos juízes, diante do mau uso da autoridade parental, tem sido a de substituí-la pelo seu exercício em comum, atribuído a ambos os pais, por entenderem que assim diminuem consideravelmente os riscos que decorrem do seu exercício por apenas um dos genitores.<sup>94</sup>

Assim, não se pode mais incentivar a noção de guarda como um direito absoluto, oponível a todos, inclusive aos menores, principalmente, considerando-se que estes são sujeitos de direito e seus únicos destinatários. Por conseguinte, também são as maiores vítimas de seu abuso. Independentemente da modalidade de guarda exercida, é indispensável que se reafirme constantemente a importância da co-parentalidade, de modo a propiciar aos menores um desenvolvimento adequado, mediante a convivência familiar e a regência de sua criação por ambos os pais, evitando-se assim o abuso no exercício da guarda de menores.

---

<sup>94</sup> GAREIL, Laurence. Ob. cit. p. 154.

### 3.5. NOVAS TENDÊNCIAS DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Não há como se negar que estamos vivendo uma realidade cada vez mais diversificada em termos familiares, o que demanda constante atenção por parte do Direito de Família. As famílias assumem novas formas, valores, princípios, gerando, igualmente, novas necessidades para seus integrantes. Dentre estes, merecem especial destaque as crianças e os adolescentes que atravessam a experiência da ruptura de seus pais, evento mais ou menos traumático, mas que, sem dúvida, modifica a estrutura originária da família atingida por ela, seja em seu aspecto estrutural ou emocional.

Ainda em 1967- mais de vinte anos antes do surgimento da Constituição de 1988- o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão emblemática no Recurso Extraordinário nº 60.265/RJ, de relatoria do Sr. Ministro Cândido Motta Filho, acerca do regime de guarda e de visitas de um menor, cujos pais se haviam se desquitado. De sua leitura, é possível identificar um posicionamento relativamente avançado no que concerne à preservação das relações familiares após a ruptura dos pais:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO.- DESQUITE E MANUTENÇÃO DE RELAÇÕES COM O FILHO DO CASAL.- O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular as visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do Juiz, nessa ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. (...) <sup>95</sup>

Disso se conclui que a preocupação não só pelo destino dos menores, como também pelo seu bem-estar, pelo atendimento ao seu melhor interesse e pela preservação da convivência familiar não é novidade em nossos Tribunais.

---

<sup>95</sup> RE nº 60.265/RJ, publicado no D.J em 13.12.67. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 08.05.07.

Para amenizar os efeitos da separação dos pais na vida dos filhos, ideal é que o instituto da guarda passe por um processo de funcionalização, para atender aos melhores interesses dos menores, bem como para preservar a convivência familiar. Para tanto, surgem novas modalidades de guarda de filhos, mais aptas para atender ao seu melhor interesse e não mais o de seus pais.

Com o passar do tempo, a modalidade tradicional da guarda única abriu espaço para novas formas de guarda, tais como as já mencionadas guarda alternada e guarda compartilhada. O seu surgimento deve-se, principalmente, à transformação dos papéis originariamente atribuídos aos pais. Hoje, esses papéis não são cativos. Complementam-se e, a cada dia, se percebe um maior entrosamento entre pais e filhos, com um significativo aumento na participação da figura paterna no cotidiano dos menores. Surge, como tendência natural, a vontade de ambos os pais de continuarem participando ativamente no processo de formação dos filhos, mesmo após a separação do casal. Isso se traduz na garantia da preservação do melhor interesse da criança e, em consequência, da convivência familiar.

Vislumbramos no cenário familiar atual, que, independentemente da modalidade de guarda escolhida pelos pais ou pelo magistrado, há de se buscar acima de tudo, a garantia da continuidade do exercício da autoridade parental após a separação, porquanto a participação de ambos os pais no processo de formação dos menores é recomendável, senão imprescindível.

Para sintetizar a nova realidade familiar GISELLE CÂMARA GROENIGA trata simultaneamente da importância das figuras da guarda, da guarda compartilhada, das

visitas, da convivência e do poder familiar,<sup>96</sup> de cujas colocações extraímos a conclusão de que se valendo do uso da guarda compartilhada, a autoridade parental também será exercida de maneira equilibrada, em igualdade de condições e conjuntamente, incentivando a convivência familiar, para atender o melhor interesse dos menores.

Destarte, parece-nos que, sendo viável, e desde que no interesse da criança e do adolescente, os institutos da guarda e da autoridade familiar devem se associar de maneira a abrigar a possibilidade do efetivo exercício da autoridade parental, principalmente após a separação de seus titulares. Conseqüentemente, há um certo distanciamento da expressão *guarda* e uma aproximação a conceitos como co-parentalidade, afeto, participação, solidariedade, dentre outros termos representativos da proximidade não apenas física, mas emocional entre pais e filhos.

### **3.6. GUARDA COMPARTILHADA: UMA PERSPECTIVA INTRODUTÓRIA**

Como o próprio subtítulo sugere, não é nossa intenção esgotar ao final deste capítulo o tema da guarda compartilhada. Por ora, limitar-nos-emos a introduzir o seu conceito, permitindo a compreensão de seus fundamentos jurídicos, para tratá-la posteriormente com maior profundidade.

Para tanto, inicialmente nos servimos dos pronunciamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que em suas lições clássicas, porém atuais, aborda o instituto da guarda compartilhada. Entende que se trata de modalidade propícia à convivência de pais e filhos,

---

<sup>96</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada. A tutela do poder familiar. In: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coords.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104.

com ênfase na participação de ambas as figuras parentais na fase de desenvolvimento dos menores, visando, acima de tudo, à proteção do seu melhor interesse.<sup>97</sup>

Como corolário da combinação de ambos fatores, da convivência familiar e da coparentalidade, - compreendida esta como a colaboração de ambos os pais na educação dos filhos comuns mediante o exercício integral da autoridade parental, ainda que após a separação, - concretiza-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Estes, na grande maioria das vezes, são beneficiados pela proximidade de seus pais, guias de seu desenvolvimento pessoal.

Por sua vez, PAULO LUIZ NETTO LÔBO enfatiza :

A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e de mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer e do sustento material e moral.<sup>98</sup>

Portanto, mesmo diante da separação do casal, é possível preservar a continuidade dos laços familiares, sobretudo se os pais logram colocar suas mágoas e ressentimentos de lado. O seu enfoque principal passa a se concentrar nos filhos, diferentemente do que era durante a vigência do casamento ou da união estável, quando a sua atenção também se voltava para o cônjuge ou companheiro. Instala-se uma nova realidade familiar, em que a ruptura havida entre os pais não importa, necessariamente, no distanciamento físico nem afetivo dos filhos. Com a separação ou divórcio, há uma cisão na estrutura nuclear da qual é composta a família contemporânea. Porém, devemos vislumbrar essa cisão como uma transformação, pois, na condição de grupo sócio-cultural, a família está em constante

---

<sup>97</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 299 e 428.

<sup>98</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*, p. 122-123.

evolução. Assim sendo, surge a necessidade de criação de mecanismos adequados para a sua adaptação e devida proteção. Mediante a introdução da guarda compartilhada em nosso universo jurídico, será possível amoldar o ordenamento a uma nova realidade, aquela de uma família que deseja permanecer afetivamente unida, não obstante a sua separação física.

## CAPÍTULO IV

### 4. GUARDA COMPARTILHADA

#### 4.1. CONCEITO

De fato, quando nos referimos à guarda compartilhada, estamos diante de uma metonímia, pois a partir do exame da natureza do referido instituto, percebe-se que não se trata propriamente do compartilhamento da guarda, mas, sim, do compartilhamento do próprio *exercício da autoridade parental*, como se verá adiante. Como sublinha EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE:

Com efeito, na ‘ guarda conjunta’, não é a guarda, mas os outros atributos da autoridade parental que são exercidos em comum. A ‘ guarda conjunta’ consiste no exercício comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas relativas à pessoa da criança. Logo, quando se fala em ‘ guarda conjunta’, a noção não se esgota na mera guarda, mas num conjunto de prerrogativas que são exercidas pelos pais em relação aos filhos.<sup>99</sup>

Na visão de HUGUES FULCHIRON:

Se fala na prática de guarda conjunta. De fato, esta designação é imprópria. Com efeito, a guarda reporta a uma situação de fato, à residência; (...) a separação põe fim a coabitação dos pais. Eles não podem, portanto, dividir a guarda da criança, somente receber esta um após o outro em seus domicílios respectivos. Mas , de qualquer maneira, a guarda nunca é conjunta. Além do mais, os pais dividem o conjunto das atribuições da autoridade parental. (...) em caso de divórcio a guarda não é mais que um dos meios de praticar a autoridade parental, que o pai e a mãe querem continuar a exercer inteiramente em conjunto.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. *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: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.264.

<sup>100</sup> FULCHIRON, Hugues. *Autorité parentale et parents désunis*. Paris : Éditions du Centre Nacional de la Recherche Scientifique, 1985, p. 143. Conforme também adverte Eduardo de Oliveira Leite, após referir-se ao mesmo autor : “É nesse sentido que se fala em guarda ‘ conjunta’, isto é, exercício em comum da autoridade parental”. LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. cit., p. 261.

Como se vê, o que a guarda compartilhada busca é a preservação da participação dos pais na vida dos filhos, por intermédio do exercício pleno da autoridade parental, visando, por meio da colaboração mútua, alcançar a realização do melhor interesse dos menores. Assim, busca-se pôr fim à marginalização da figura do não-guardião, que, por imperativo da lei, tem sua participação limitada a visitas esporádicas e ao pagamento de uma pensão para o sustento de seus filhos.

É o que nos ensina FABIÓLA SANTOS ALBUQUERQUE:

Sob esta perspectiva crítica, é possível demarcar um conceito de guarda compartilhada pautado na manutenção conjunta do exercício do poder familiar, dissociado da situação jurídica dos pais. Representa a divisão de todas as responsabilidades, inerentes a um filho menor em processo de desenvolvimento por ambos os genitores. Ademais, trata-se de um modelo que, apesar da separação dos pais, os traumas naturais oriundos daquela situação são abrandados, tendo em vista a manutenção do princípio da convivência familiar e a segurança da presença daqueles. Quer dizer, consolida o direito da criança à efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento dos filhos.<sup>101</sup>

Trata-se de um modelo que visa preservar a convivência familiar e proporcionar aos menores uma educação equilibrada, mediante a contribuição de ambos os genitores em seu processo de crescimento.

Quanto ao seu significado prático, podemos descrever a guarda compartilhada como o regime de guarda em que os menores residem com um de seus genitores, ficando preservado o seu direito de convívio amplo com o não-guardião, sendo as decisões acerca de sua educação e bem-estar tomadas em conjunto por ambos os pais. Apesar do menor possuir uma residência fixa, é desejável que se mantenha uma estrutura semelhante em ambas as casas, de maneira a lhe proporcionar um ambiente familiar e reconfortante, com objetos pessoais, onde se sinta seguro e bem-vindo. É um espaço que se destaca para o

---

<sup>101</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa*, p. 30.

menor na casa do não-guardião, semelhante ao que possui em sua residência, tornando a sua convivência nos dois ambientes uma experiência acolhedora.

Relativamente às visitas, há posições diversas quanto à necessidade de sua regulamentação no regime da guarda compartilhada. Embora nesta modalidade recomende-se a regulamentação do convívio do menor com seus pais, este é mais freqüente e flexível, possibilitando ao genitor com quem as crianças não residem um contato mais contínuo em seu cotidiano. Isso contribui para que haja maior firmeza e segurança diante da presença do genitor não-guardião, uma vez que este não se restringirá à função de pai de final de semana, que muitas vezes tende a realizar as vontades dos menores, em razão do pouco contato. É o que relata LEILA MARIA TORRACA DE BRITTO, ao transcrever a experiência de um pai, que ao ter contato apenas duas vezes ao mês com seu filho menor, admite: “é tão esporádica a nossa convivência que deixo ele fazer o que quer”.<sup>102</sup>

Havendo uma convivência mais próxima, ao pai ou mãe não-guardião é dada a chance de educar, em vez de apenas agradar, impondo respeito, exigindo obediência e orientando seus filhos para que possam se desenvolver de maneira adequada.

Para PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “Na guarda compartilhada, o direito de visita torna-se dispensável, porque os pais, malgrado vivendo em lares distintos, participam do cotidiano do filho comum”.<sup>103</sup> Embora seja possível eliminar a regulamentação de visitas no regime da guarda compartilhada, permitimo-nos discordar de seu posicionamento, considerando que, apesar de se tratar de uma modalidade que estimula a convivência ampla, com certa flexibilidade, entendemos que é recomendável o estabelecimento de

---

<sup>102</sup> BRITTO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: APASE - Associação de Pais e Mães Separados ( Org.). *Guarda Compartilhada*. Aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 55.

<sup>103</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. vol 16, p. 123.

regras básicas, ainda que elastecidas, para a convivência dos menores com o genitor não-guardião, de modo a preservar sua rotina diária, bem como facilitar a organização de suas atividades. Tais contatos podem ser convencionados de maneira mais ou menos maleável, de acordo com o que vier a atender ao melhor interesse da criança em cada caso particular, assegurando aos menores a convivência familiar garantida constitucionalmente. Salientamos, com isso, que o que se busca é estabelecer um regime de convívio baseado na proximidade a ambos os pais. Assim, são fixadas diretrizes de convivência, denotando um distanciamento da expressão “visitas”, que traz implícita uma situação eventual, esporádica, quando na realidade, o que se busca estimular, por meio da guarda compartilhada, é o convívio familiar amplo. Assim, ao externarmos a nossa opinião no sentido de apoiar a necessidade de uma regulamentação mínima, salientamos que a sua concepção seja voltada para a continuidade das relações familiares, e não apenas para a fixação de dias e horários rígidos para o contato entre pais e filhos, como ocorre na maioria das famílias com pais separados.

Por isso, entendemos que surge uma nova modalidade de regulamentação, aplicável à guarda compartilhada, além daquela aplicável ao direito de visitas previsto no artigo 1.589. No referido dispositivo, para GISELLE CÂMARA GROENINGA, “há uma noção de formalismo, e não implica necessariamente em relações contínuas e de convivência (...)”.<sup>104</sup>

Na hipótese da guarda compartilhada, o que se sugere é que haja uma *regulamentação de convivência*,<sup>105</sup> permitindo ao mesmo tempo estimular o amplo

---

<sup>104</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada. A tutela do poder familiar, p. 104-105.

<sup>105</sup> Eliana Riberti Nazareth sugere a modificação do termo “direito de visitas” para “direito-dever de convivência”. NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda ou responsabilidade parental? Direito de visitas ou direito à convivência? O não-dito. In: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coords.) *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 211.

convívio familiar implícito nessa modalidade de guarda, bem como estabelecer coordenadas fundamentais para a harmonização entre a preservação das relações familiares e o atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, mediante a fixação de diretrizes mínimas para o contato entre pais e filhos. Isso preserva a rotina cotidiana dos menores, e permite a participação de ambos os genitores em seu cotidiano.

Ao tratar do direito de visitas, a doutrina suíça reforça o direito do menor a manter relações pessoais com ambos os genitores, tendo como critério maior para a sua regulamentação o interesse da criança, devendo, como todos os demais direitos decorrentes da parentalidade, adaptar-se à sua função.<sup>106</sup>

No que diz respeito às férias e festividades que serão passadas em companhia de cada um dos pais, recomenda-se igualmente a sua regulamentação, em consonância com o calendário escolar dos menores, e sem prejuízo de suas atividades essenciais. Nesse sentido, frisamos a importância de sua prévia fixação, de modo a permitir um contato dos menores com ambos os pais nos referidos períodos, bem como viabilizar o planejamento de eventuais viagens e comemorações, ocasiões essenciais para a convivência familiar, sobretudo após a separação.

Relativamente à fixação da residência do menor, depende-se, das colocações de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, que a guarda compartilhada poderá abranger duas modalidades: com ou sem alternância do menor entre as casas dos pais, o que trás à tona uma questão de suma importância para o funcionamento da guarda compartilhada: deve ou não haver a fixação de uma residência única, ou seja, uma *residência habitual* para o menor?

---

<sup>106</sup> STETTLER, Martin. *Traité de droit privée suisse*. Le droit suisse de la filiation. vol. III, tome II, 1. Fribourg : Éditions Universitaires, 1987, p. 253.

Apesar das fortes opiniões na defesa da residência alternada,<sup>107</sup> em que os filhos residem rotativamente entre a casa do pai e da mãe durante períodos predeterminados, somos partidários da fixação de uma residência para o menor na guarda compartilhada, pois, tratando-se da modalidade de *residência alternada*, estaremos diante dos mesmos fatores negativos experimentados durante a *guarda alternada*, conforme já mencionamos, tais como as dificuldades por parte da criança para a consolidação de hábitos e valores, tendo em vista a sua constante mudança de ambientes por períodos prolongados.

A conveniência da residência única no regime da guarda compartilhada é afirmada por LEILA MARIA TORRACA DE BRITO<sup>108</sup> e EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE<sup>109</sup>, dentre outros, de cujas manifestações se extrai a importância da residência única para a criança, em torno da qual poderá estabelecer sua rotina diária e desenvolver regularmente suas atividades escolares e sociais. Desse modo, salientamos que a fixação de uma residência permanente com um dos pais é elemento indispensável para a preservação da estabilidade emocional do menor, possuindo este um referencial contínuo, que é a sua casa.

## 4.2. ORIGEM E EVOLUÇÃO

---

<sup>107</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial, vol. 16, p. 123. “*Ainda que o direito brasileiro as tenha como regimes facultativos, a guarda compartilhada e a guarda alternada devem ser fortemente estimuladas (...)*”. Embora o autor se refira à guarda alternada e não especificamente à residência alternada, esta se encontra implicitamente inserida na modalidade da guarda compartilhada.

<sup>108</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar*, p. 53.

<sup>109</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. *Famílias monoparentais*, p. 271.

Até meados do século XIX, no sistema do *common law*, os filhos estavam submetidos inteiramente à autoridade do pai, que reunia quase todos os direitos sobre os mesmos, sobretudo na hipótese de divórcio, quando a guarda dos filhos menores lhe era atribuída, por via de regra, e somente concedida à mãe em casos excepcionais. Posteriormente, surge uma maior preocupação com o bem-estar da criança, fato que se confirma com o advento do *tender years doctrine*,<sup>110</sup> segundo a qual as crianças de até seis anos de idade permaneciam com a mãe, para depois passarem para a guarda definitiva do pai. Diante disso, a atribuição de guarda passou a ser pautada pelo princípio do *best interest of the child*, quando houve uma inversão drástica: a guarda de filhos menores passou a ser concedida à mãe, independentemente da idade, diante do idealismo de que a figura materna era mais adequada para o cuidado dos filhos.

Mais tarde, na Inglaterra, o princípio do *best interest of the child* adquiriu novo significado com as decisões que concediam o chamado *split order*. De acordo com este, a mãe permanecia encarregada dos cuidados cotidianos e rotineiros dos filhos (*care and control*), ao passo que ao pai era conferido o poder de direção e decisão sobre a vida dos filhos menores.<sup>111</sup>

Na década de 70, quando a taxa de divórcio nos Estados Unidos aumentou significativamente, um movimento em massa de pais inconformados com sua marginalização com relação aos filhos após o divórcio, desperta a importância do instituto da guarda compartilhada como instrumento de re-equilíbrio das relações paterno-filiais. Surge em 1979 a primeira previsão legal para a guarda compartilhada no Estado da Califórnia, seguida pelos Estados de Arkansas e do Oregon.

---

<sup>110</sup> FRIEDMAN, Laurence. M. *Law in America. A short history*. New York: Modern Library, 2002, p. 59.

<sup>111</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 134.

Embora se tenha notícia de sua rápida difusão nos Estados Unidos, na realidade, o berço da guarda compartilhada é a Inglaterra, tendo se desenvolvido posteriormente na França, para encontrar guarida nos sistemas dos Estados Unidos e do Canadá,<sup>112</sup> após a década de 70. Nos Estados Unidos, todos os Estados facultam a adoção da guarda compartilhada, embora a intensidade de sua implementação varie de acordo com a região do país.<sup>113</sup>

No Brasil, a guarda compartilhada ganha destaque a partir de 1986, em artigo precursor de SÉRGIO GISHCKOW PEREIRA, sob a denominação de *custódia conjunta*.

Este autor já defendia a sua implementação em nosso ordenamento jurídico, por atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, demonstrando a sua licitude, face à omissão do legislador quanto à sua adoção no direito brasileiro.<sup>114</sup>

#### **4.3. EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA**

Antes de adentrar o tema da guarda compartilhada na experiência estrangeira, devemos ressaltar a existência de uma diferença crucial entre o sistema brasileiro e os sistemas norte-americano, francês e suíço, que serão objeto de nossas considerações. Será estabelecida uma comparação entre os referidos sistemas, por meio de institutos que diferem entre si, quer seja o da guarda e o da autoridade parental. Nos sistemas que pretendemos analisar, a estrutura da guarda compartilhada encontra-se alicerçada nas

---

<sup>112</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>113</sup> KRAUSE, Harry D.; MEYER, David D. *Family law in a nut shell*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2003, p. 193.

<sup>114</sup> PEREIRA, Sérgio Gishckow. *Guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. <http://www.pailegal.net>. Acesso em 11/11/06.

figuras do *joint custody* (guarda compartilhada) e na *autorité parental conjointe* (autoridade parental conjunta), que, por sua vez, servirão de base comparativa para o nosso estudo.

Assim, diante da falta de institutos equivalentes entre si, estabeleceremos um meio de comparação por meio de figuras jurídicas diferentes, sejam a autoridade parental conjunta e a guarda compartilhada, mas que na prática coincidem em seus propósitos, uma vez que ambas conduzem à guarda compartilhada, embora com características próprias de seus respectivos ordenamentos.

No direito norte-americano, encontramos as expressões *joint custody* ou *shared parenting*, modalidade equivalente à guarda compartilhada, por sua vez oposta à *sole custody* (guarda única), em que apenas um dos pais detém a guarda dos filhos menores. De acordo com HARRY D. KRAUSSE e DAVID. D. MAYER, a *joint custody* corresponde ao compartilhamento da guarda jurídica (*legal custody*), tendo ambos os pais o poder de decisão acerca da criação dos filhos. Ressalta ainda, que essa mesma modalidade comporta uma subclassificação de guarda, consistente na já elucidada guarda material (*physical custody*), cuja fixação determina a residência do menor, podendo ser alternada ou não.<sup>115</sup> Assim, nos Estados Unidos a guarda compartilhada poderá abranger tanto a guarda jurídica como a física, de acordo com o que for convencionado entre os pais ou arbitrado pelo juiz. Quer dizer que, ao optarem pela guarda compartilhada, pode ser fixada a modalidade da residência alternada ou única, de acordo com o melhor interesse da criança, segundo a qual residirá com ambos os pais, de maneira alternada, ou apenas com um deles.

De acordo com os mesmos autores, ocorrendo desavenças entre os guardiões conjuntos, relativamente à tomada de decisões sobre o bem-estar e a educação dos menores, vislumbra-se a possibilidade de dirimir as controvérsias por meio da mediação. No entanto,

---

<sup>115</sup> KRAUSE, Harry D.; MEYER, David D. Ob. cit., p.193.

se isso não for possível, a tendência é de que o tribunal recomende a mudança do regime de guarda, para implementar a guarda única, a ser atribuída ao genitor menos intransigente, para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.<sup>116</sup> Embora a utilização da guarda compartilhada nos Estados Unidos seja bastante difundida e tenha altos índices de êxito na prática, a sua implementação depende da colaboração de ambos os genitores para a formação do menor. Não havendo harmonia entre estes, a guarda compartilhada é contraindicada, pois não atenderá aos melhores interesses dos menores, cujo bem-estar se busca preservar, acima de tudo.

Por sua vez, na França, a guarda compartilhada encontra amparo na figura da *autorité parentale conjointe*, segundo a qual, via de regra, a autoridade parental é exercida por ambos os pais, mesmo após a separação do casal, conforme estabelecem os artigos 372 e 373-2 do Código Civil francês.<sup>117</sup> Este último frisa a inalterabilidade do *exercício* da autoridade parental após a separação dos pais. Apenas havendo motivos graves, e atendendo ao interesse do menor, é que será exercida unilateralmente. Note-se que a lei francesa não faz referência ao termo *guarda*, mas, sim, às expressões *autorité parentale* e *résidence*. Isso se deve a uma recente evolução no direito francês, em que a guarda, durante anos, implicou em que o genitor guardião era responsável exclusivo pelo menor, cabendo-lhe os cuidados diários, bem como a direção de sua vida e de sua educação. Assim, após a separação, a guarda e o exercício da autoridade parental reuniam-se numa única figura: a do guardião. Com o tempo, surge a conscientização da necessidade do compartilhamento de responsabilidades entre pais separados, para o que se passou a conceder a guarda conjunta a ambos os genitores. Posteriormente, com o advento da Lei de 22 de julho de 1987 (Loi

---

<sup>116</sup> Ibidem, p. 194.

<sup>117</sup> « Art. 372. - Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. « Art. 373-2. - La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Malhuret), eliminou-se a expressão *guarda*, para adotar em seu lugar o termo *residência*, visando dar maior ênfase ao exercício da autoridade parental. Finalmente, a Lei nº 305 de 4 de março de 2002, que modificou as disposições do Código Civil francês relativamente à autoridade parental, estabeleceu claramente que o seu exercício é comum, mesmo após a separação.

É o que registram PHILIPPE MALAURIE e HUGUES FULCHIRON, acerca da guarda:

Era o antigo direito e dever de guarda que nós definíamos como o direito de fixar a residência da criança (perto de si ou perto de um terceiro) e de exigir que ela [a criança] ali ficasse efetivamente. Nunca, a noção de guarda fazia um papel de função essencial em matéria de exercício da autoridade parental, porque em caso de divórcio, a atribuição da guarda pelo juiz levava à atribuição de autoridade parental. A lei de 22 de julho de 1987 suprimiu este desvio e reduziu a guarda a simples atributo da autoridade parental. O legislador de 4 de março de 2002 suprimiu todas as menções expressas. Os pais conservam não menos que o direito e o dever de fixar a residência da criança legalmente domiciliada na casa do pai e da mãe ou, em caso de domicílio distinto, na casa do genitor com quem reside, no sentido jurídico do termo.<sup>118</sup>

A eliminação da expressão *guarda* da legislação civil francesa representa um avanço, mormente considerando que foi substituída por *autoridade parental*, termo mais amplo e representativo dos direitos e obrigações que decorrem das relações paterno-filiais. Assim, para os franceses, a guarda é elemento indicativo da residência do menor, base da coabitação no lar parental, permitindo a concretização do cuidado cotidiano dos filhos. Conseqüentemente, o significado da guarda se distancia do fenômeno registrado pela doutrina: o de *coisificação* da criança, característica da qual se reveste o instituto da guarda em nosso ordenamento, em clara oposição às tendências atuais de repersonalização das relações familiares.

---

<sup>118</sup> MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *La famille*, p. 509.

Dessa forma, o Código Civil francês faz menção expressa ao exercício da autoridade parental por pais separados, prevendo que o mesmo se dará de forma conjunta, salvo se o exercício unilateral atender ao melhor interesse do menor. Destarte, percebe-se uma evolução do instituto da guarda no direito francês, onde a idéia de posse do menor é substituída por sua valorização como pessoa, sujeito de direitos, cujo reconhecimento se dá por meio do exercício da autoridade parental conjunta. Ainda, em seu texto, prevê o dever de cada um dos pais de manterem relações pessoais com os filhos após a separação, o que os obriga a respeitar os laços dos menores para como o outro genitor.<sup>119</sup>

A busca pela implementação da co-parentalidade no direito francês é de se destacar, havendo previsão legal para o uso da mediação, em caso de divergência entre os pais quanto ao exercício da autoridade parental. Visando garantir o exercício conjunto sempre que possível, nesses casos, o juiz está autorizado a propor às partes em litígio a realização de um processo de mediação, para que cheguem a um consenso acerca do exercício da autoridade parental, no melhor interesse de seus filhos.<sup>120</sup>

PHILIPPE MALAURIE e HUGUES FULCHIRON registram a evolução ocorrida no direito francês, afirmando que,

para responder às novas necessidades sociais e as esperanças jurisdicionais, os tribunais imaginaram diversos procedimentos para assegurar um melhor equilíbrio dos direitos e responsabilidades de cada um: dissociação entre guarda jurídica e guarda material, guarda alternada,

---

<sup>119</sup> Conforme já mencionado anteriormente, a Lei nº 2002-305 de 4 março de 2002 alterou os dispositivos do Código Civil francês, relativos à autoridade parental, estabelecendo que a separação dos pais não afeta o exercício da autoridade parental, que continuará a ser conjunta.

Art. 372- 1. - Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

Art. 373-2. - La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

<sup>120</sup> Art. 373-2-10. - En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

guarda conjunta; as duas primeiras foram condenadas pela *Cour de cassation*, a terceira consagrada.<sup>121</sup>

Certo é que o Direito de Família francês está fortemente influenciado pelo princípio da co-parentalidade, por intermédio do qual incentiva-se a participação de ambos os pais, de maneira direta e eficaz no processo educativo dos filhos menores. Da análise das disposições do *Code Civil*, relativas ao exercício da autoridade parental, conclui-se que o exercício conjunto constitui regra. Contudo, quanto às previsões acerca das possíveis modalidades de residência, o direito francês percorreu um longo caminho, conforme afirmam os mesmos autores:

Por dois acórdãos de 21 de março de 1983 e 2 de maio de 1984, a *Cour de cassation* consagrou a guarda conjunta e condenou a guarda alternada. A Lei de 2 de julho de 1987 e a de 8 de janeiro de 1993 confirmaram esta posição anotando no Código a exigência de uma “residência habitual”. Os partidários da alternância não se deram por vencidos: a ambigüidade dos textos, as reivindicações de certos pais, a militância de algumas associações de pais, conduziram alguns juízes a admitir diversas fórmulas de divisão de residência. O legislador admitiu finalmente esta licitude em nome da continuidade dos laços entre a criança e seus dois pais. A Lei de 4 de março de 2002 abre uma opção entre residência alternada e residência habitual (art. 373-2-9). O legislador manifesta mesmo a sua preferência para a alternância mencionada no primeiro lugar, dando ao juiz o poder de imposição *a título experimental*, em caso de desacordo entre os pais (...). A residência alternada se desenvolve dentro do marco de um exercício comum da autoridade parental: as decisões devem, portanto, ser tomadas em comum, sob a reserva do *jogo* de presunção de acordo prevista no artigo 372-2.<sup>122</sup>

É importante ressaltar que, para a doutrina francesa, o exercício da autoridade parental conjunta encontra respaldo na presunção de acordo entre os pais para a prática de atos relativos ao bem-estar dos filhos.<sup>123</sup> É o que prevê o artigo 372-2 do Código Civil

<sup>121</sup> MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. Ob. cit., p. 527.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 529.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 522.

francês.<sup>124</sup> Desse modo, para o seu efetivo exercício por parte de ambos os pais, presume-se que há um acordo prévio entre os mesmos, de modo a viabilizar a prática de atos, no interesse do menor, sem que haja a necessidade de prévia autorização. Assim, com relação a terceiros de boa-fé, os atos usuais relativos à vida dos menores, praticados unilateralmente pelos pais, presumem-se acordados entre os mesmos, gozando de plena validade.

Para GÉRARD CORNU, o exercício comum da autoridade parental é princípio de direito parental, que se traduz no modelo ideal para a educação de filhos menores.<sup>125</sup> Destarte, pode-se afirmar que a co-parentalidade é um princípio que rege as relações paterno-filiais no direito francês, por meio do qual se busca o melhor interesse do menor, mediante a contribuição do par parental em seu processo de formação<sup>126</sup>.

Por sua vez, na Suíça, a guarda compartilhada também pode ser identificada na denominada *autorité parentale conjointe*, como na França. Contudo, ao ocorrer a separação do casal, o exercício da autoridade parental conjunta não constitui regra. Ao tratar dos efeitos do divórcio, o Código Civil suíço estabelece, quanto à sorte dos menores:

Art. 133. al. 1. O juiz atribui a autoridade parental a um dos pais e fixa, segundo as disposições que regem os efeitos da filiação, as relações pessoais entre a criança e o outro genitor assim como a contribuição alimentar por esse último. (...).

al. 2. Ao atribuir a autoridade parental e regular as relações pessoais, o juiz leva em conta todas as circunstâncias importantes para o bem da criança; ele leva em consideração um eventual requerimento em comum por parte dos pais e, quando possível, a opinião do menor.

al. 3. Havendo requerimento conjunto dos pais, o juiz mantém o exercício comum da autoridade parental, contanto que seja compatível com o interesse da criança e que os pais submetam à ratificação uma convenção que determine sua participação nos cuidados do menor e a divisão de suas despesas.

---

<sup>124</sup> 372-2. A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.

<sup>125</sup> CORNU, Gerard. *Droit civil*. La famille, p. 172-173.

<sup>126</sup> MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues. *Ob. cit.*, p. 521.

Depreende-se da análise do dispositivo em comento, à semelhança do sistema francês, não há referência à figura da guarda, e sim, à autoridade parental. Contudo, a sua atribuição conjunta não é a regra, e tem como principal requisito o requerimento de ambos os pais. Portanto, a sua implementação depende de manifestação da vontade dos pais para exercer conjuntamente a autoridade parental sobre a pessoa dos filhos, devendo, para tanto, submeter à homologação um acordo que estipule a forma de convivência e os encargos alimentícios para o sustento dos filhos.

Assim como no direito francês, a noção de *guarda* é limitada, não possuindo a mesma amplitude prática que o referido instituto no direito brasileiro, seja o da guarda *lato sensu*. De acordo com esta, na prática, o seu detentor possui a *guarda física* dos menores, exercendo a autoridade parental de maneira quase exclusiva.<sup>127</sup> Para MARTIN STETTLER, a guarda “constitui um dos componentes da autoridade parental (...)”. Também esclarece, ao citar KEHL-BOHHLEN D., que se traduz na competência de determinar o lugar de residência e os cuidados cotidianos do menor.<sup>128</sup> É a concepção de guarda *stricto sensu*, cuja fixação não deve comprometer o exercício da autoridade parental por parte do genitor não-guardião.

Por sua vez, ao tratar do destino dos menores após o divórcio, em lugar de *guarda*, o Código Civil suíço refere-se à autoridade parental, que será exercida por um dos pais, constituindo exceção a atribuição conjunta.<sup>129</sup> Contudo, ela está prevista e, havendo acordo entre os pais para o seu exercício compartilhado, poderá ser implementada.

---

<sup>127</sup> Lembrando que no direito brasileiro, na prática, o detentor da guarda exerce os direitos e deveres inerentes ao poder familiar em regime de exclusividade, devido à sua proximidade física com o menor, e portanto, em exclusão à participação do não-guardião.

<sup>128</sup> STETTLER, Martin. *Traité de droit privée suisse*. Le droit suisse de la filiation, p. 248.

<sup>129</sup> MICHELI, Jacques *et al.* *Le nouveau droit du divorce*. Lausanne : Éditions Pépinet, 1999, p. 57.

Em junho de 1983, o *Conseil* federal suíço aceitou a proposta para o reexame do artigo 297 al. 3 do Código Civil, visando à possibilidade de que pais divorciados pudessem exercer conjuntamente a autoridade parental, para amenizar os efeitos nocivos que recaem sobre os menores, respeitando a autonomia de interesses que advêm de um acordo amigável. Para tanto, estabeleceu-se que o seu requerimento deveria ser conjunto, para evitar conflitos durante o exercício da autoridade parental, buscando, acima de tudo, o melhor interesse do menor. A redação atual do artigo 133 al. 3 do Código Civil suíço coincide com os termos do projeto que emanou do *Conseil* federal, prevendo a hipótese do compartilhamento do exercício da autoridade parental, sob as condições do requerimento de ambos os pais, o respeito ao bem-estar da criança, a indicação do detentor da guarda e a fixação de alimentos.<sup>130</sup>

No que diz respeito à residência do menor na modalidade do exercício conjunto da autoridade parental, PHILIPPE GARDAZ incentiva o estabelecimento da residência alternada, por entender que viabiliza uma repartição equilibrada do exercício da autoridade parental, afirmando que a atribuição da guarda física a apenas um dos pais impede o efetivo compartilhamento dos direitos e deveres que decorrem da autoridade parental. Entretanto, reconhece a existência de fortes críticas à referida modalidade de residência, ressaltando, que para a sua adoção, é indispensável que se atendam aos interesses do menor, bem como as suas necessidades de estabilidade, especialmente na tenra idade.<sup>131</sup> e <sup>132</sup>

Para JACQUES MICHELI,<sup>133</sup> as vantagens da manutenção da autoridade parental conjunta encontram fundamento na garantia de que os menores poderão dar continuidade às

<sup>130</sup> GARDAZ, Philippe. L'autorité parentale conjointe après divorce. In : S. Sandoz *et al.* *Le nouveau droit du divorce*. Lausanne : Ceditac, 2000, p. 178-183.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>132</sup> No mesmo sentido, WERRO, Franz. *Concubinage, mariage et démariage*. Berne: Staempfli Editions S.A, 2000, p. 164.

<sup>133</sup> MICHELI, Jacques *et al.* *Ob. cit.*, p. 57.

relações mantidas com ambos os pais. Assim, os pais prosseguem investidos de iguais responsabilidades para com seus filhos, evitando que um dos genitores tenha o exercício da autoridade parental inibido em razão do divórcio.

Sem discrepar desse entendimento, ressaltamos ainda a importância da implementação da *autorité parental conjointe* como instrumento de concretização do princípio da convivência familiar. Contudo, ao se optar pelo exercício conjunto da autoridade parental, a solução adotada pelos pais deverá proporcionar a estabilidade necessária para a formação do menor.<sup>134</sup> Caso contrário, a sua adoção não tem razão de ser, salvo se atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Feitas essas considerações acerca da guarda compartilhada na experiência estrangeira, pretendemos conferir ao instituto uma visão ampla, buscando atrair para o sistema brasileiro as vantagens de sua utilização em outros ordenamentos, guardadas as peculiaridades de cada sistema. De sua análise no direito comparado, podemos afirmar que os modelos ora estudados prevêm a possibilidade da adoção da guarda compartilhada, sob a denominação de *exercício conjunto da autoridade parental*.

#### **4.4. A GUARDA COMPARTILHADA E AS VANTAGENS DO EXERCÍCIO IGUALITÁRIO DA AUTORIDADE PARENTAL**

---

<sup>134</sup> Ibidem, p. 59.

Conforme já externado, visualizamos claramente no modelo da guarda conjunta o compartilhamento da autoridade parental. Desta feita, não há precisamente compartilhamento da guarda, mas, sim, dos direitos e deveres que emanam da responsabilidade parental. Não pretendemos com isso sugerir a mudança do nome da guarda compartilhada para *autoridade parental conjunta* ou *autoridade parental compartilhada*. Apenas demonstrar que o seu conteúdo prático é muito mais rico do que revela a sua denominação.

Para tanto, relembramos que a guarda constitui um dos elementos do poder familiar, por meio da qual incumbe aos pais o direito - dever de zelar pelos cuidados cotidianos de seus filhos, bem como tê-los em sua companhia. Lamentavelmente, o conceito de guarda que se tem hoje ainda sofre forte influência das relações patrimoniais existentes em nosso passado recente, por transmitir um sentido de verdadeira posse e domínio sobre os filhos. No âmbito da família constitucionalizada, não há espaço para tal concepção, porquanto as relações familiares têm como base estrutural o afeto, e não mais a propriedade. Assim, pretende-se eliminar da guarda esse sentido monopolizante, para torná-la instrumento de realização do melhor interesse da criança e do adolescente, por meio do compartilhamento do exercício da autoridade parental.

Por sua vez, a autoridade parental abrange uma diversidade de direitos e deveres entre pais e filhos, relacionados no artigo 1.634 do Código Civil. Dentre eles, o mais significativo diz respeito à sua criação e educação, comumente objeto de discórdia entre pais separados.

Ao ocorrer a ruptura dos pais, tanto a guarda como a autoridade parental sofrem alteração. A guarda, que antes era exercida por ambos os pais, geralmente é atribuída à mãe, que se encarrega do cuidado cotidiano dos filhos menores, bem como de sua formação

pessoal. Por outro lado, a autoridade parental também sofre fragmentação, uma vez que passa a ser necessário distinguir entre a sua *titularidade* e o seu *exercício*. Com o rompimento dos pais, a titularidade da autoridade parental permanece intacta. Contudo, em razão do desmembramento da guarda, aquele genitor que permanece na companhia do menor exerce a autoridade parental em toda sua dimensão, enquanto ao não-guardião reserva-se apenas o direito de fiscalizar a educação do menor a distância.

Sobre a titularidade e exercício da autoridade parental em igualdade de condições, DENISE DAMO COMEL sintetiza:

Consiste na atribuição da titularidade e do exercício aos dois pais, em igualdade de condições, sem qualquer autoridade ou prevalência de um sobre o outro, com equilíbrio e equidade na atribuição tanto dos direitos como dos deveres com relação aos filhos menores.<sup>135</sup>

Mediante a implementação da guarda compartilhada, é possível equilibrar os direitos e deveres que decorrem da autoridade parental entre pai e mãe, porquanto é modalidade que trás o compartilhamento da autoridade parental implicitamente em seu conceito. Assim, ambos os genitores possuem o poder de decisão relativamente à educação dos filhos, participando diretamente em seu desenvolvimento moral, intelectual e religioso.

Segundo EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE:

O pressuposto da guarda conjunta (embora a guarda suponha a presença física da criança no domicílio de um dos genitores) é o de que, apesar da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental (...). Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos ( mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro deste espírito).<sup>136</sup>

Trata-se de modalidade de guarda que abriga o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ao possibilitar aos menores receberem orientação e educação de ambos os pais, fator determinante para um desenvolvimento saudável.

---

<sup>135</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 85

<sup>136</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. p. 270.

Para a implementação da guarda compartilhada e a conseqüente distribuição da autoridade parental entre o par parental, é indispensável que ocorra a *dissociabilidade entre o poder familiar e o estado civil dos pais*, fato destacado por FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE, em interpretação ao artigo 1.636 do Código Civil.<sup>137</sup> Vislumbramos o mesmo no artigo 1.632, ao registrar que a mudança do estado civil dos pais não altera as relações entre pais e filhos. Resta claro, portanto, a possibilidade da continuidade do exercício da autoridade parental por ambos os genitores, após o seu rompimento.

Indo mais além, afirmamos que, independentemente de serem casados, vivendo em união estável, ou não, a mera condição de pais legitima o exercício igualitário da autoridade parental, visando ao saudável desenvolvimento dos filhos menores. A participação de ambos os genitores é indispensável, devido à importância do significado que cada um possui no processo de formação da criança, atendendo, acima de tudo ao melhor interesse do menor.

A guarda compartilhada possibilita, dentre outras vantagens, o compartilhamento da responsabilidade parental, de maneira a garantir ao menor as vantagens que emanam de sua educação por ambos os pais. Assim, logra-se retirar do instituto da guarda a noção de subtração, de divisão e de perda, para que passe a ser sinônimo de união de esforços, direcionados à realização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

---

<sup>137</sup> Ao tratar do poder familiar nas famílias recompostas, FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE aborda a necessidade da incomunicabilidade ou da dissociabilidade entre o poder familiar e o estado civil dos pais, principalmente tratando-se de famílias recompostas. Vislumbramos na atribuição da guarda a mesma necessidade, de maneira a preservar o exercício da autoridade parental por pais separados. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o artigo 1.636 do CC/2002. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) *Afeto, ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 161. No mesmo sentido, confira-se FACHIN, Luiz Edson. In: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) *Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*, p. 253.

## **CAPÍTULO V**

### **5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

## 5.1. TRATAMENTO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

A utilização da modalidade da guarda compartilhada em nosso ordenamento ainda é informal, uma vez que carece de regulamentação expressa. Não obstante, é implementada, ainda que de maneira tímida, tendo como respaldo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.<sup>138</sup>

Apesar de sua pouca utilização, a jurisprudência tem demonstrado que a guarda compartilhada faz parte de nossa realidade jurídica.<sup>139</sup> Embora muitas vezes não receba a mesma denominação, verifica-se a adoção da *guarda compartilhada de fato* em diversas situações, uma vez que o exercício da autoridade parental é efetivamente desempenhado por ambos os pais. Trata-se de arranjos similares ao da guarda compartilhada, contudo, sem receber a mesma rotulação, nas quais identifica-se claramente uma ampla convivência familiar e o compartilhamento dos direitos e deveres relativos à educação dos filhos.

É certo que a guarda compartilhada ainda não está regulamentada em nossa legislação. No entanto, tampouco há disposições que a proíbam. Assim sendo, é possível vislumbrar a possibilidade de sua implementação em diversos dispositivos de nosso ordenamento, como na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Tais diplomas legais

---

<sup>138</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 157.

<sup>139</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa – Agravo de instrumento. Ação de modificação de guarda compartilhada. Pedido liminar de alteração de guarda. Conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Descabimento no caso concreto. Pai postula a guarda exclusiva da menor. A alteração liminar da guarda compartilhada pelos pais recomenda prova inequívoca da situação de risco que se encontra a criança. Ausente situação de risco, mantém-se a guarda da menor na forma até então estabelecida pelas partes, até que minuciosa avaliação social e psicológica dos envolvidos forneça elementos acerca de qual solução melhor atende aos superiores interesses da criança. Preliminar rejeitada, e recurso desprovido. Agravo de instrumento nº 70016352007, Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 27/09/2006. Disponível na Internet via [www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br). Acesso em 22/11/06.

destacam a importância da concretização do princípio do melhor interesse da criança, um dos fundamentos jurídicos para a prática da guarda compartilhada.

Por sua vez, a doutrina tem desempenhado papel de destaque na divulgação da guarda compartilhada, demonstrando suas vantagens, bem como a viabilidade de sua implementação, ainda que sem regulamentação expressa. O número de trabalhos científicos acerca da guarda compartilhada no Brasil tem crescido,<sup>140</sup> em contraposição ao escasso material doutrinário disponível sobre o tema nas últimas décadas, quando ainda era vista com certa suspeita. Acreditava-se então, que a guarda compartilhada era um instituto importado da realidade norte-americana, e que devido às fortes diferenças jurídicas e culturais entre tal sistema e o nosso, estaria fadada ao fracasso. Com o passar dos anos, os paradigmas de Direito de Família evoluíram, ocorrendo com o advento da Constituição de 1988 verdadeira revolução, com fortes reflexos na família. Surge, nessa nova perspectiva, a esperança de que a guarda compartilhada deixe de ser apenas um instituto teórico do direito comparado, para integrar a nossa realidade jurídica.

O debate doutrinário acerca desta nova modalidade de guarda tem sido intenso, conforme se extrai dos enunciados editados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no Superior Tribunal de Justiça, a cada dois anos. Dos enunciados aprovados, é possível notar uma crescente defesa para a sua implementação, segundo se depreende de sua redação:

Enunciado 101 (aprovado na I Jornada de Direito Civil, em setembro de 2002): art. 1.583: sem prejuízo da esfera de deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583 pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

---

<sup>140</sup> Confira-se Eduardo de Oliveira Leite, Waldyr Grissard Filho, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles, Marcial Barreto Casabona, Sérgio Eduardo Nick, Sérgio Gischkow Pereira, Fabíola Santos Albuquerque, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, Ana Maria Milano da Silva, dentre outros.

Enunciado 335 (aprovado na IV Jornada de Direito Civil, em novembro de 2006): a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

O enunciado 101, em abordagem mais acanhada, esclarece que a guarda de filhos também poderá abranger tanto a guarda única como a compartilhada, em cumprimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda durante a sua *vacatio legis*, surge com o referido enunciado a possibilidade de nova interpretação do artigo 1.583, para viabilizar a utilização da guarda compartilhada.

Mais recentemente, durante a IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o enunciado 335, estabelecendo que a guarda compartilhada seja incentivada e, para a sua implementação, recorrer-se-á, na medida do possível, às técnicas da mediação, bem como ao auxílio de equipes interdisciplinares.

No intuito de promover e ampliar a adoção da guarda compartilhada verifica-se, outrossim, o empenho para a sua introdução formal no ordenamento jurídico por meio de projetos de lei, atualmente em trâmite no Congresso Nacional.<sup>141</sup> Dentre estes, merece destaque o PL nº 6.350/02, de autoria do Deputado Tilden Santiago, cujo texto final foi aprovado na Câmara dos Deputados com a seguinte redação:

**Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**

**Redação final**

**Projeto de Lei nº 6.350-C, de 2002**

**Dispõe sobre a guarda compartilhada.**

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei institui a possibilidade de guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso e separação judicial ou divórcio.

---

<sup>141</sup> PL nº 6350/02 de autoria do Deputado Tilden Santiago, foi remetido para o Senado Federal por determinação da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31/05/2006, após aprovação da redação final; PL nº 6.315/02 de autoria do Deputado Feu Rosa, arquivado em 31/05/06; PL nº 7.312/02 de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, apensado ao PL nº 6.960/2002 após tramitação na Coordenação de Comissões Permanentes.

Art. 2º O art. 1.583 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:  
Art. 1.583.....

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz explicará para as partes o significado da guarda compartilhada, incentivando a adoção desse sistema.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização dos pais dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar para garantir a guarda material, educacional, social e de bem-estar dos filhos.

§ 3º Os termos do sistema de guarda compartilhada consensual deverão ser estabelecidos de acordo com as regras definidas pelos pais.(NR)

Art. 3º O *caput* do art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º: Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído, sempre que possível, o sistema da guarda compartilhada.

§ 1º .....

§ 2º Deverá ser nomeada equipe interdisciplinar composta de psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança, incorporada a sugestão dos pais, objetivando subsidiar o juiz, nos termos do acordo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.

§ 3º Na impossibilidade do cumprimento do disposto no § 2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar relacionado com aquela jurisdição para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.”(NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

Deputado SIGMARINGA SEIXAS

Presidente

Deputado JAMIL MURAD

Relator

O referido projeto prevê a possibilidade de opção pela modalidade da guarda compartilhada por ocasião da separação ou divórcio, incluindo-a expressamente nos artigos 1.583 e 1.584, inclusive no caso de ausência de acordo quanto à guarda dos filhos. Em tal hipótese, também, será facultada a adoção da guarda compartilhada, desde que em observância ao melhor interesse da criança, o que será apurado mediante a realização de estudos, a cargo de equipe interdisciplinar.

Em 21 de março de 2007, o mesmo projeto, já em trâmite no Senado Federal sob o nº 58/2006, recebeu parecer favorável, com substitutivo contendo a seguinte redação:

**PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 58 ( SUBSTITUTIVO), DE 2006.**

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**Art. 1º** Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passam a vigor com a seguinte redação:

“**Art. 1.583.** A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores, ou a alguém que o substitua ( art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres, do pai e da mãe, que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I- afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar;
- II- saúde e segurança;
- III- educação.

§ 3ª A guarda unilateral obriga o pai, ou a mãe, que não a detenha, a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse.(NR)”

“ **Art. 1.584.** A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

- I- requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
- II- decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição do tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai, quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas a seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com

a natureza da medida, de preferência, considerados o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. ( NR)”  
(...)

É importante destacar a preocupação do legislador em explicitar o sentido jurídico e prático da guarda compartilhada no artigo 1.583, o que facilitará a sua compreensão e aplicação por parte dos profissionais do Direito. Igualmente positiva é a consignação expressa no artigo 1.584, § 1º, acerca da necessidade do magistrado explicitar o significado e as vantagens que decorrem do exercício da guarda conjunta dos filhos, nas audiências de conciliação.

Por outro lado, a possibilidade de sua imposição, diante da ausência de consenso, conforme previsto no § 2º do artigo 1.584, é um tanto receosa, tendo em vista que, para que a guarda compartilhada acarrete benefícios aos menores, deve ser desempenhada de maneira minimamente harmoniosa. Caso contrário, os conflitos familiares poderão se perpetuar, expondo as crianças aos malefícios de um ambiente hostil e de discórdia, ainda que após a separação do casal. Nesse caso, entendemos que a melhor solução é a atribuição da guarda unilateral, que com o tempo, poderá evoluir para a guarda compartilhada.

A seu turno, FABÍOLA DOS SANTOS ALBUQUERQUE se reporta à sugestão confeccionada pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família:

Art. 2º Acrescentam-se os seguintes artigos após o art. 1.631 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 1.631-A-A guarda dos filhos será compartilhada pelos pais, no caso de separação, divórcio, *dissolução da união estável* ou reconhecimento de filiação, na forma do acordo, ou na falta deste, da regulamentação fixada pelo *juiz*, observando-se o melhor interesse das crianças ou adolescentes e, sempre que possível, a mediação familiar .

Parágrafo único. O acordo ou a regulamentação fixará a residência dos filhos, que poderá ser modificada, no interesse destes.

Art. 1.631-B. A guarda será atribuída exclusivamente a um dos pais, mantido o poder familiar de ambos, se a guarda compartilhada revelar-se inviável ou comprometer o melhor interesse dos filhos.

§ 1º O juiz poderá fixar prazo para reavaliação da guarda exclusiva, realizada por equipe multiprofissional, ou quando houver acordo dos pais.

§ 2º O juiz deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, se verificar que os filhos não devem permanecer sob a guarda dos pais, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afetividade.<sup>142</sup>

Tal proposta apóia a incorporação da guarda compartilhada como regra, passando a guarda única a ser a exceção, o que evidencia a preocupação do Instituto em priorizar o interesse dos filhos. Merece destaque a menção à mediação familiar como meio de solução para os conflitos de guarda, cujo incentivo deve ser promovido visando conscientizar os genitores da continuidade de sua missão para com seus filhos, apesar do fracasso de seu relacionamento afetivo.

Embora a guarda compartilhada ainda não esteja regulamentada explicitamente em nossas leis, sua adoção é perfeitamente viável, devendo ser estimulada por magistrados, promotores, advogados e psicólogos, sempre no melhor interesse da criança e do adolescente. Enquanto se aguarda a sua regulamentação, a possibilidade de sua implementação deve ser colocada à disposição da comunidade, na condição de modalidade de guarda que proporciona a riqueza da convivência familiar e da educação participativa de ambos os pais na vida de seus filhos.

## **5.2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA GUARDA COMPARTILHADA**

### **5.2.1. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

---

<sup>142</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa*, p. 29.

Após tratar dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, adentraremos na fundamentação jurídica da guarda compartilhada, tomando como ponto de partida o princípio constitucional *do melhor interesse da criança e do adolescente*. Para tanto, será levada em consideração a sua repercussão no instituto da guarda, bem como sua importância na implementação da guarda compartilhada. Entendemos que a discussão acerca desse princípio deva ser precedida necessariamente pela *doutrina da proteção integral*, cujo berço é a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. Em seu texto, encontramos referência expressa ao *melhor interesse da criança*, reconhecendo, de maneira precursora, direitos especiais inerentes à infância e juventude, conforme explicita o seu princípio 2º:

A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando a este objetivo, levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

O princípio 7º, reforça o princípio do melhor interesse, ao determinar que “os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”.

Tais recomendações evidenciam, com clareza, a dimensão das garantias oferecidas à criança, proporcionando-lhe proteção em suas mais variadas relações, de modo a assegurar a todas elas uma infância digna e feliz. De seus preceitos, é possível concluir que a proteção oferecida à criança é a mais ampla possível, abrangendo disposições relativas à saúde, educação, alimentação, lazer, bem-estar físico e emocional, todas voltadas para a promoção de sua dignidade, na condição de pessoa humana em fase de desenvolvimento. A amplitude de seus princípios garante a denominada *proteção integral*, conferindo às

crianças e adolescentes o mais completo amparo, independente de sua origem, condição social, raça ou crença religiosa.

Posteriormente, ainda no âmbito internacional, esses mesmos direitos foram consagrados por ocasião da aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em 1989, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 26/01/90 e promulgada pelo Decreto nº 99.710/90, com o que passou a integrar nosso ordenamento jurídico. Em seu preâmbulo, há uma notável valorização da família, para o que é colocada em destaque a proteção que deve ser dispensada aos direitos de todos os seus integrantes, em especial à sua dignidade. Em seguida, a Convenção se refere ao *melhor interesse da criança*, ao proclamar em seu artigo 3º, item 1 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.

No Brasil, inicialmente, cabia à Lei nº 6.697/79, o já revogado Código de Menores, a disciplina acerca das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes. Contudo, estava restrita a jovens em situação de irregularidade, dispondo da denominada *doutrina da situação irregular* para disciplinar questões relativas à criança e ao adolescente, conforme disposição de seu artigo 1º, prevendo que a assistência aos menores se daria até os dezoito anos, entretanto, apenas àqueles em situação de irregularidade.

De acordo com o disposto em seu artigo 2º, eram considerados em situação irregular os menores privados de condições essenciais à sua subsistência, as vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais, aqueles com desvio de conduta em

virtude de inadaptação familiar ou comunitária ou autor de infração penal, para citar algumas hipóteses.<sup>143</sup>

Disso se conclui que a proteção dada à criança e ao adolescente ocorria apenas no âmbito da excepcionalidade, deixando de lado qualquer regulamentação quanto ao seu bem-estar, na condição de pessoas em fase de desenvolvimento, dotadas de individualidade.

Com o reconhecimento internacional dos direitos fundamentais que lhes são inerentes, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, os menores passam a gozar de uma pluralidade de direitos até então ignorados. Todos garantidos pela Constituição Federal, no *caput* do artigo 227,<sup>144</sup> em especial o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. É a priorização dos direitos da criança e do adolescente. Nas palavras de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “garantir tais direitos significa atender ao interesse dos menores”.<sup>145</sup>

Eis a origem do princípio constitucional do melhor interesse da criança. A Constituição, ao reconhecer direitos fundamentais de titularidade da criança e do adolescente, ratifica a sua preocupação com a preservação do seu melhor interesse, preceito que se aplica às demais normas infraconstitucionais que cuidam dessas pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, em observância à hermenêutica que se opera em decorrência da aplicação dos princípios constitucionais.

---

<sup>143</sup> ALENCAR, Ana Valdez A. N. de.; LOPES, Carlos Alberto de Souza. *Código de menores*. Brasília: Senado Federal, 1982. p. 9.

<sup>144</sup> Art. 227. 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.

<sup>145</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Ob. cit., p. 129.

Em seguida, surge a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que, em total acolhida à doutrina da proteção integral e, na mesma esteira dos valores firmados pelo texto constitucional, preceitua expressamente em seu artigo 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (...)”, não deixando dúvida quanto à sua perfilhação. Ainda, em seu artigo 4º, há clara reprodução das garantias constitucionais conferidas à criança e ao adolescente.<sup>146</sup>

A proteção à criança e ao adolescente, nos dias de hoje é irrestrita, sendo aplicável independente de sua situação familiar ou social, regular ou irregular, garantindo-lhes um feixe de direitos que compreendem suas necessidades como um todo, decorrentes de sua condição de ser humano em fase de desenvolvimento.

Assim, a incorporação da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente em nosso ordenamento jurídico, pela Constituição Federal e o pelo ECA, reforça o *princípio do melhor interesse* que, segundo ensina HELOÍSA HELENA BARBOZA, não é novidade para o direito brasileiro, afirmando a sua existência anteriormente à edição dos diplomas legais indicados e “que encontra suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959”.<sup>147</sup>

Apesar da recente positivação da doutrina da proteção integral no Brasil, a mesma autora indica a consagração do referido princípio no artigo 5º do Código de Menores,

segundo o qual na aplicação daquela lei a proteção aos interesses do menor sobrelevaria qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. A regra, considerada inovadora, conforme interpretação da época, autorizava o Juiz a fazer prevalecer o Código de Menores no caso

---

<sup>146</sup> Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

<sup>147</sup>BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 204.

de conflito com qualquer outra legislação aplicável, desde que resultasse em melhor proteção ao menor.<sup>148</sup>

Entretanto, a noção de melhor interesse que se tem hoje, no âmbito da disciplina das relações jurídicas que envolvem crianças e adolescentes, não se limita a eventual conflito da lei, como vimos anteriormente. Acima de tudo, pretende conferir a esses seres em fase peculiar de desenvolvimento toda a proteção necessária para o seu crescimento saudável, em quaisquer circunstâncias, para o que se impõe o seu reconhecimento como norma.

Portanto, devemos sempre ter em mente, embora não conste expressamente em nosso ordenamento, que o interesse da criança e do adolescente é princípio constitucional dotado de força normativa, conforme assevera TÂNIA DA SILVA PEREIRA:

Cabe, sempre, lembrar que o princípio do *melhor interesse da criança* consta de uma Convenção ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, sendo portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do art. 5º § 2º da Constituição da República.<sup>149</sup>

A função hermenêutica da qual se reveste o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente conduz à interpretação sistemática das disposições aplicáveis a esse grupo em situação peculiar de desenvolvimento. É a garantia da proteção integral, mediante o respeito a seus direitos fundamentais, estabelecidos na própria Constituição e reafirmados na legislação infraconstitucional.

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, é possível vislumbrar no artigo 1.586 do Código Civil<sup>150</sup> a incidência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente<sup>151</sup>. Contudo, a aplicação do princípio do melhor interesse, no dispositivo em

---

<sup>148</sup> BARBOSA, Heloísa Helena. Ob. cit., p. 204.

<sup>149</sup> PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança. In: \_\_\_\_\_ *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

<sup>150</sup> Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

<sup>151</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito de família. vol. 5, p. 297.

comento, sofre forte limitação, sendo necessária, para a sua concretização, a ocorrência de *motivos graves*. Embora seja possível identificar a presença do referido princípio no artigo mencionado, não traduz a noção de *melhor interesse* que se busca nos dias de hoje, pois sua aplicação deve ser ampla e não limitada a situações extremas.

De acordo com a mudança de paradigmas no Direito de Família, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve vigorar de maneira constante e irrestrita, de modo a garantir o bem-estar destes a qualquer tempo e em todas as suas relações. Assim, não é princípio aplicável apenas quando a integridade física ou psíquica do menor esteja em risco. É parâmetro permanente na busca de seu bem-estar, com reflexos na vida familiar e social, com todos os seus desdobramentos.

Com a crescente conscientização de que os direitos da criança e do adolescente devem, sem exceção, ser respeitados e exercidos em seu próprio benefício, é possível vislumbrar a necessidade da presença constante do princípio do melhor interesse na vida familiar. Por meio dele, o exercício da autoridade parental se direciona para o alcance do máximo benefício dos menores - seus próprios destinatários - podendo orientar a atribuição de guarda em casos de rompimento do casal, permitindo que se decida de maneira a garantir o bem-estar e melhor interesse das crianças envolvidas em disputas dessa natureza.

Destarte, nas questões relativas à guarda, o princípio do melhor interesse da criança é de fundamental importância. A concepção moderna do referido instituto está mais voltada para o menor e não tanto para os seus pais, como tendia a ocorrer em nosso passado recente. Assim, ao se fixar a guarda de um menor, deve-se, acima de tudo, priorizar o seu melhor interesse, para preservar os direitos fundamentais que lhe foram garantidos por meio do texto constitucional, em especial o seu direito à dignidade.

Por sua vez, o conceito de *melhor interesse* é bastante amplo, compreendendo, em nosso entendimento, no tocante à atribuição de guarda, a preservação do bem-estar emocional do menor, significando que a guarda será exercida única e exclusivamente em benefício deste, por meio da observância do princípio de seu melhor interesse. Constitui um dos mais expressivos critérios na solução de conflitos em que se discute a guarda de filhos, tendo em vista que para a sua fixação deve ser observado, acima de tudo, o bem-estar daqueles que ainda não se encontram em condições de eleger o seu próprio destino.

Para a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, faz-se indispensável realizar um questionamento: o que será melhor para o menor, cuja guarda se discute? Diante do caso concreto, várias são as possibilidades que se apresentam, tais como, ficar sob a guarda da mãe, do pai ou até de terceiros. Isso deverá ser decidido de acordo com o que se entende o que será melhor para seu desenvolvimento.

Embora haja consenso quanto à aplicação do princípio do melhor interesse nas questões relativas à guarda de menores, é imperioso reconhecer, mesmo implicitamente, um certo grau de subjetivismo, uma vez que não se trata de um conceito fechado, pré-determinado. É o posicionamento manifestado por TÂNIA DA SILVA PEREIRA, ao afirmar:

Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto (...) não existe uma orientação uniforme nem mesmo dos fatores determinantes do que venha a ser o melhor interesse.

152

Desta passagem podemos asseverar que, apesar de seu conteúdo variar em cada caso particular, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é preceito necessário para a proteção da família constitucionalizada. Particularmente daqueles membros que

---

<sup>152</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Ob.cit., p. 3-4.

carecem de proteção especial, precisamente por sua fragilidade e hipossuficiência, e que nessa condição devem ter os seus interesses valorizados e preservados.

Certo é que, para se averiguar o real sentido do melhor interesse da criança, há diversos elementos indicativos a serem considerados em cada situação individual apresentada. Eles são: o estado emocional do menor, a sua idade, o contexto familiar e social em que a criança vive e as condições dos pais para o exercício da guarda, conforme preceitua o artigo 1.584 do Código Civil <sup>153</sup>. Da mesma forma, deve-se levar em consideração as circunstâncias que ensejaram o rompimento do casal para a averiguação da ocorrência ou não de maus tratos contra os menores, o grau de afetividade existente entre pais e filhos, a partir dos 12 anos, a vontade dos filhos cuja guarda se discute, e até mesmo a disposição do guardião em promover a preservação dos laços afetivos com o não-guardião, conforme ressaltado por SILVANA MARIA CARBONERA <sup>154</sup>.

Analisando as várias possibilidades para a fixação do regime de guarda de filhos e de visitas, por ocasião da separação do casal ou dos conviventes, surge uma situação peculiar, quando tanto a figura materna quanto a paterna revelam igualdade de condições para a detenção da guarda, manifestando claro interesse e disponibilidade para o seu exercício. Conforme já asseverado, em qualquer situação envolvendo a guarda de filhos, impõe-se a verificação de seu melhor interesse, de modo que a escolha realizada lhes proporcione condições adequadas para um desenvolvimento sadio, tanto no aspecto físico, emocional, moral, educacional, religioso e afetivo. Constatado, diante do caso concreto, que o compartilhamento da guarda é benéfico para o menor, por proporcionar-lhe uma continuidade nas relações paterno-filiais, por atender a seu melhor interesse, sobressai a

<sup>153</sup> Art. 1.584. Decretada a separação 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.

<sup>154</sup> CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 128.

validade do referido princípio como instrumento de implementação da guarda compartilhada. Inversamente, também, pode-se afirmar que, sendo facultada a sua implementação, a guarda compartilhada garante a efetividade do princípio do melhor interesse da criança, quando comprovado que a presença de ambos os pais na vida do menor ser-lhe-á favorável.

Vislumbramos no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente uma das pedras angulares para a implementação da guarda compartilhada, devido às contribuições que a presença do par parental representa na formação da criança e do adolescente. A preservação dos laços familiares e a manutenção da figura materna e paterna no processo educativo dos menores concretiza a realização de seus interesses, na medida em que assegura respeito e efetividade aos direitos fundamentais que lhes são garantidos constitucionalmente.

Na condição de seres humanos em fase de desenvolvimento, crianças e adolescentes, ainda que situados no seio de uma família intacta, possuem necessidades biopsicossociais características de sua própria idade. Passam por fases de instabilidade decorrentes de seu processo natural de crescimento, nas quais o apoio dos pais é fundamental, seja para educar, reprimir ou simplesmente para prestar solidariedade afetiva.

Contudo, a realidade nos mostra que, em determinado momento de suas vidas, algumas crianças e adolescentes são levados a lidar com o rompimento de seus pais, gerando, em grande parte dos casos, uma verdadeira fissura familiar. Esta provoca graves reflexos na formação do menor, devido ao seu distanciamento de uma das figuras parentais, até então presentes de maneira constante em sua vida.

Por meio da utilização da guarda compartilhada, entendemos ser possível atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo-lhes a convivência familiar

consagrada na Constituição, proporcionando a pais e filhos a possibilidade de optarem por uma continuidade da vida em família, ainda que sob nova forma, minorando, assim, a fenda comumente provocada pela separação dos pais. É o que a doutrina norte-americana denomina de *continuity of relationships*, expressão que traduz a importância da continuidade e preservação das relações familiares, ainda que diante da ocorrência de uma separação ou divórcio, para dar efetividade ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Sobre esse tema, JOSEPH GOLDSTEIN, ALBERT J. SOLNIT, SONJA GOLDSTEIN e ANNA FREUD afirmam que a continuidade das relações parentais é essencial para assegurar às crianças e adolescentes estabilidade para alcançar um desenvolvimento adequado, uma vez que a fase de evolução pela qual passam até atingir a idade adulta está permeada de instabilidades e mudanças físicas e psíquicas. Nessa etapa, é imperioso que lhes seja proporcionado um ambiente estável, de modo que disponham de toda a assistência necessária para um crescimento saudável,<sup>155</sup> sempre no melhor interesse da criança ou do adolescente de cuja guarda se trata.

Por sua vez, PAULO LUIZ NETTO LÔBO ressalta a função do regime da guarda compartilhada, como meio de efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente, ao preceituar que:

A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada ou da guarda alternada, enfim, da manutenção da coparentalidade, de modo que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> GOLDSTEIN, Joseph et al. *The best interest of the child*. The least detrimental alternative. New York: Free Press, 1998, p. 19.

<sup>156</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. vol. 16. Coord: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003, p. 200.

Com efeito, por meio da guarda compartilhada é possível garantir a referida continuidade das relações parentais, fundamentais para a adequada formação do menor. Não obstante a separação ocorrida entre o casal, também se logra a preservação do que se denomina de *par parental*, indispensável para a concretização do princípio do melhor interesse dos menores. É de suma importância a participação tanto da figura materna quanto da paterna na educação dos filhos, pois, apesar da separação, os menores serão beneficiados pela participação equilibrada de ambas figuras em suas vidas. Nisso também se vislumbra claramente a concretização do melhor interesse, uma vez que a presença do par parental na fase de desenvolvimento dos filhos é crucial, para que possam conduzir sua formação acadêmica, moral, religiosa, bem como transmitir a segurança de sua presença e disponibilidade para prestar-lhes apoio e cultivar os laços afetivos consolidados ao longo de suas vidas.

A determinação do que vem a ser o *melhor interesse* da criança ou do adolescente é tarefa árdua, devido à sua subjetividade. Mas, na maioria dos casos, entendemos que a continuidade das relações parentais é altamente benéfica para a criança e para o adolescente, sendo a presença tanto da figura materna quanto da paterna em suas vidas uma das formas de realização do melhor interesse da criança e do adolescente, após o rompimento de seus pais. Contudo, a implementação da guarda compartilhada deve ser precedida do exame de cada caso concreto, uma vez que, precisamente devido à relatividade do conteúdo do princípio do melhor interesse, a conveniência de sua implementação será variável. Portanto, é indispensável verificar se a sua adoção atenderá, acima de tudo, o melhor interesse da criança e do adolescente e, não a vontade de seus pais, pois não raro esta se sobrepõe ao bem-estar dos menores, numa inversão injustificada de valores, contrária ao princípio que ora se comenta.

Na condição de sujeito de direito, a criança passa a ser o centro das atenções no momento da fixação do regime de guarda. Desta maneira, é possível afirmar que o elemento crucial para a atribuição da guarda a ambos os pais reside, essencialmente, na aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual impõe a elevação dos interesses dos menores a um plano primário <sup>157</sup>.

Assim, não se busca generalizar a implementação da guarda compartilhada, sob a justificativa do atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. Mas, sim, possibilitar a inclusão desta modalidade em nosso sistema de Direito de Família, ao se avaliar concretamente o que vem a constituir o melhor interesse, por ocasião da escolha do regime de guarda, seja pelos pais, seja pelo magistrado. Tampouco se pode ignorar que, via de regra, os menores são favorecidos pela presença dos pais, cujo acompanhamento, se não imprescindível, é extremamente benéfico para a sua formação saudável.

### **5.2.2. O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Além de ser princípio fundamental do Direito de Família, a convivência familiar é vista como respaldo constitucional para a introdução da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico. A consagração da convivência familiar como princípio está evidenciada no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal. Tal direito deve ser assegurado a todas as pessoas, por força do princípio da dignidade humana, mas, em especial, à criança e ao adolescente, em razão da importância que o ambiente familiar representa em seu processo de formação.

---

<sup>157</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito de família, vol. 5, p. 428.

Independentemente da modalidade familiar, o direito à convivência é garantido a todas as pessoas humanas, devido à sua condição de direito fundamental. Assim, tanto pais como filhos são titulares de tal direito, com especial proteção às crianças e adolescentes, aos quais o Estado deve garantir a convivência familiar com absoluta prioridade. Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Qualquer dos cônjuges na Separação ou Divórcio, as mães solteiras, viúvas e, mesmo os celibatários com seus filhos, são reconhecidos como base para a ‘convivência familiar’, identificada como Direito Fundamental constitucional (art. 227-CF)”.<sup>158</sup>

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, registrou um aumento nas separações ocorridas entre os anos de 1994 e 2004, período em que o número de separações judiciais passou de 84.805 (oitenta e quatro mil oitocentos e cinco) para 93.525 (noventa e três mil quinhentos e vinte e cinco) ao ano<sup>159</sup>. Diante do crescente número de separações ocorridas nas famílias brasileiras, onde 91,3% das mulheres detêm a guarda dos filhos,<sup>160</sup> torna-se necessário repensar o paradigma da convivência familiar existente nos dias de hoje, de maneira que não se restrinja ao ultrapassado regime de visitação quinzenal, que priva os menores de qualquer continuidade das relações familiares às quais tinham pleno direito antes da ruptura de seus pais. Assim sendo, também, impõe-se a diferenciação entre o casal que se separou e o par parental que prossegue na busca do melhor interesse de seus filhos, unindo-se para oferecer aos mesmos sua presença, sua orientação e seu apoio, embora não mais unidos por vínculos formais ou afetivos entre si.

---

<sup>158</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 15.

<sup>159</sup> ANDRADE, Érica. Até que o divórcio os separe. Revista do Correio. Correio Braziliense. Brasília, domingo, 12 de fevereiro de 2006. ano 1, número 39, p. 19.

<sup>160</sup> Ibidem, mesma página.

Perante tal realidade, chegamos à guarda compartilhada como uma solução adequada para a salvaguarda da convivência do grupo familiar atingido pela separação ou pelo divórcio, e até mesmo para o seu incentivo naqueles casos em que os genitores não mantiveram qualquer convivência, mas em consequência de relacionamentos passageiros geraram prole comum. Entendemos que estes devem ser acompanhados por ambos os pais em sua vida infanto-juvenil, motivo pelo qual vislumbramos nesta modalidade de guarda um verdadeiro instrumento da preservação e de incentivo à convivência familiar, princípio assegurado à criança e ao adolescente pela Constituição. Todavia, os regimes de guarda atualmente contemplados em nosso ordenamento jurídico não têm o condão de preservar esse direito fundamental. Mais do que ser minimamente garantida a convivência familiar, como costuma ocorrer, esta deve ser fortemente estimulada para que o conceito de convivência familiar pós-separação e pós-divórcio não se restrinja apenas à garantia do direito de visitas em favor do menor.

Ao se falar em guarda compartilhada como instrumento da convivência familiar, pretende-se garantir maior contato entre pais e filhos, para que os genitores acompanhem de perto as transformações e as necessidades imediatas dos menores. Estes, na condição de pessoas em fase de formação, carecem tanto da presença materna quanto da paterna para o seu regular desenvolvimento.

A ampla convivência proporciona aos menores filhos de pais separados maior segurança, um sentimento de unidade e não de ruptura, muito comum nas separações.

Ao tratar da *dimensão principiológica da guarda compartilhada*, FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE afirma haver um descompasso entre o modelo tradicional vigente, seja o da guarda única, para o que aponta a guarda compartilhada como regime adequado para a solução de questões relativas à guarda de filhos, seja para a concretização

dos demais princípios que disciplinam o referido instituto. Para tanto, vai mais além, assegurando a existência de uma presunção legal em torno da guarda compartilhada como modalidade capaz de dar efetividade aos princípios constitucionais, estando diretamente fundamentada nos princípios constitucionais informadores do Direito de Família, dentre eles o da convivência familiar <sup>161</sup>.

Sobre este aspecto, assevera:

Este princípio detém natureza constitucional e, perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, integra o rol dos chamados direitos fundamentais. (...) Como sabido, a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento e a realização plena de seus membros. Nesses termos, o princípio da convivência familiar é corolário lógico do sentido de família e, por conseguinte, é direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais. Qualquer hipótese diferente dessa orientação denota excepcionalidade <sup>162</sup>.

Quanto à garantia do bem-estar da criança e do adolescente, a doutrina é uníssona quanto à importância da convivência familiar para essas pessoas em fase peculiar de formação, uma vez que no seio familiar, ainda que sob novas vestes, poderão receber orientação, educação, afeto e solidariedade, enquanto não atingirem a idade adulta. Ao atingirem-na estarão aptos para seguir seus próprios caminhos, com base naquele trilhado junto aos seus pais, podendo formar a sua própria família, conforme suas convicções afetivas, morais e religiosas.

Sob a ótica do princípio da convivência familiar, a guarda compartilhada proporciona a manutenção dos laços afetivos que decorrem do convívio familiar consolidados anteriormente à separação do casal. Isso permite uma maior aproximação do menor com a figura do não-guardião, além de contribuir para realização do melhor interesse dos filhos de pais separados.

---

<sup>161</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa, p. 23.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 24.

LEILA MARIA TORRACA DE BRITO vislumbra na guarda compartilhada *um passaporte para a convivência familiar*, ao afiançar a efetividade da referida modalidade de guarda como instrumento de garantia de convívio, sugerindo inclusive que se elimine a rigidez do *calendário de visitas*.<sup>163</sup> Este, muitas vezes, em lugar de pautar as visitas programadas entre pais e filhos, transforma-se em instrumento para o exercício de uma verdadeira ditadura, impondo um ambiente de tensão e disputa na família, quando o ideal é o império do convívio harmônico e flexível entre os genitores e os menores.

Igualmente, identificamos na guarda compartilhada a possibilidade de ampliação da convivência familiar garantida por imperativo constitucional. O *caput* do artigo 227 da Constituição impõe a garantia do direito à convivência familiar. A referida garantia se dá em diversos aspectos e circunstâncias, caso se trate de uma família unida, separada ou substituta. No entanto, o dispositivo silenciou quanto à extensão da convivência que se garante. Assim, tanto a lei, como a realidade nos demonstram que, tratando-se de filhos de pais separados, somente lhes é assegurado o mínimo, ou seja, apenas o direito de visitas. Entretanto, diante dos novos valores predominantes no Direito de Família, não podemos nos contentar com tão pouco. Diante disso, vemos que o momento é propício para a promoção do regime da guarda compartilhada, não somente como instrumento de efetivação do princípio da convivência familiar, mas como garantia do mais amplo convívio familiar entre pais e filhos, mormente nas famílias marcadas pela ruptura do casal.

Em seu conceito, a guarda compartilhada traduz um verdadeiro potencial de maximização da convivência familiar pós-separação, distanciando-se da garantia do mínimo, projetando-a para o futuro, no qual filhos de pais separados gozam de sua presença com maior frequência e intensidade.

---

<sup>163</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. *Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar*, p. 53.

Finalmente, ao analisar a fundamentação constitucional da guarda compartilhada, verificamos a proximidade e a importante interação entre os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, podendo afirmar que caminham lado a lado no que diz respeito à fundamentação da modalidade da guarda conjunta, pois, conforme sintetiza RODRIGO DA CUNHA PEREIRA: “Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone”.<sup>164</sup>

Destarte, é possível aduzir que os princípios fundamentais para a implementação da guarda compartilhada se complementam entre si e sua concretização viabiliza o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, proporcionando-lhes a garantia do direito fundamental à convivência familiar. Assim, enquanto os pais dirigem a educação moral, religiosa e acadêmica de seus filhos, há espaço para a troca afetiva e consolidação de laços familiares, objetivo maior da instituição familiar de nossos dias, ainda que atingida pela separação do casal. Por meio da observância dos princípios do melhor interesse da criança e da convivência familiar, surge a possibilidade de harmonização da norma com os valores presentes em nossa sociedade, que conclama por novos modelos de guarda que possam atender aos anseios da família do novo milênio: aquela na qual a separação dos pais não importa necessariamente na separação dos filhos. A afetividade conjugal pode ter um fim, mas a afetividade paterno-filial deve ser preservada, sempre que possível, para a manutenção dos laços consolidados ao longo da convivência familiar, dando continuidade à família, ainda que sob nova forma.

---

<sup>164</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*, p. 135.

### 5.3. FUNDAMENTOS DA GUARDA COMPARTILHADA NO CÓDIGO CIVIL

Além dos princípios constitucionais destacados, é possível vislumbrar no texto do Código Civil diversos dispositivos que respaldam a guarda compartilhada. A ausência de previsão expressa não impede a sua implementação, que se dá por meio da interpretação da legislação ordinária, em consonância com os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Encontramos um dos fundamentos da guarda compartilhada implicitamente inserido no artigo 1.579. Dentre os embasamentos legais da guarda compartilhada, não podemos deixar de mencionar a importância da continuidade do exercício de direitos e deveres decorrentes da autoridade parental, após o divórcio, garantindo a participação em igualdade de condições de ambos os pais na educação de seus filhos.

O referido dispositivo determina claramente em seu *caput* que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. A nosso ver, tal previsão engloba a possibilidade do exercício da guarda compartilhada, pois esta visa preservar, acima tudo, os interesses decorrentes do relacionamento contínuo entre pais e filhos, possibilitando o exercício da autoridade parental por ambos os genitores em toda a sua extensão.

Por sua vez, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA entrevê no artigo 1.583 <sup>165</sup> um caminho aberto para a adoção da guarda compartilhada, ao afirmar:

Quando o artigo 1.583 indica que ‘no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos’, abre-se espaço para o Juiz

---

<sup>165</sup> Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

homologar uma Guarda Compartilhada, deixando aos genitores fixarem as rotinas desta convivência.

Cumprе destacar, que o autor menciona por diversas vezes em sua tradicional obra, a relevância da modalidade da guarda compartilhada como meio propício para a manutenção de laços afetivos entre pais e filhos. Nesse aspecto, reconhece não só a possibilidade de sua implementação, com base no Código Civil, como incentiva a sua adoção, por atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Além dos dispositivos anteriormente mencionados, entendemos que o artigo 1.584 igualmente possibilita a implementação da modalidade da guarda compartilhada. Estipula que, decretada a separação ou o divórcio, na ausência de acordo entre as partes, a guarda dos filhos será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Muito embora as partes não tenham alcançado um acordo no tocante à guarda de seus filhos, esta será determinada com base em seu melhor interesse, podendo igualmente ser fixada a guarda compartilhada, caso se verifique que é a modalidade que melhor atende aos interesses dos menores. Da dicção do dispositivo em comento, verifica-se a viabilidade da implementação da guarda compartilhada, devendo ser considerada como mais uma alternativa, dentre as já disponíveis em nosso ordenamento. A sua escolha poderá ser realizada com base em estudos interdisciplinares, os quais proporcionarão ao magistrado elementos essenciais para sua decisão. A expressão *melhores condições* deve ser interpretada de maneira a abranger a guarda compartilhada, pois é certo que, em muitas ocasiões, ambos os genitores revelam boas condições para exercer a guarda de seus filhos.

Reafirmando a posição sustentada com relação ao artigo 1.579, no tocante ao exercício conjunto da autoridade parental, identificamos no artigo 1.632 mais um fundamento da guarda compartilhada na codificação civil. Trata-se da afirmação de *que a*

*separação e o divórcio em nada alteram as relações entre pais e filhos*. Dela extraímos o entendimento de que deverá haver a continuidade do *exercício* da autoridade parental por ambos os pais, mesmo que separados, o que vem a constituir uma verdadeira presunção legal acerca da implementação da guarda compartilhada.

De acordo com a sistemática vigente, o genitor que permanece com a guarda do menor continua exercendo naturalmente a autoridade parental em toda sua potencialidade, devido à sua proximidade com o menor. Contudo, o genitor que detém o direito-dever de visitas permanece tão somente com a *titularidade* da autoridade parental, pois, o seu exercício sofre clara inibição, em decorrência do distanciamento físico do menor.

LUIZ EDSON FACHIN é claro ao afirmar: “trata o art. 1.632 do poder familiar, que mesmo diante da separação ou do divórcio, se mantém inalterado (...)”.<sup>166</sup> Portanto, visando preservar a inalterabilidade da autoridade parental, conforme preceitua o artigo em comento, é que se justifica a adoção da guarda compartilhada, para conservar a responsabilidade legal de ambos os pais sobre a pessoa de seus filhos, uma vez se baseia em presunção legal implícita.

Finalmente, referimo-nos ao artigo 1.612,<sup>167</sup> relativo à guarda do filho reconhecido, estabelecendo que o menor ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu. Havendo o reconhecimento por ambos os genitores, tal dispositivo adota o critério da avaliação do melhor interesse do menor para a fixação de sua guarda, uma vez que esta será estabelecida levando-se em consideração o bem-estar da criança. Vemos, outrossim, implicitamente inserida a opção da guarda compartilhada no artigo mencionado, mormente quando ambos

---

<sup>166</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*, p. 233.

<sup>167</sup> Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem atender aos interesses do menor.

os genitores possuem boas condições para deter a guarda do menor. Ao comentar o mesmo dispositivo, PAULO LUIZ NETTO LÔBO deixa claro:

Quando o artigo comentado sublinha o atendimento ‘ aos interesses’ do menor, abre a possibilidade para a ampla utilização, pelo juiz, da guarda compartilhada ou da guarda alternada, se os pais forem convencidos de suas vantagens e da superação dos fatores de conflito.<sup>168</sup>

Nesta esteira, referimo-nos, mais uma vez, ao sistema francês, relativamente ao exercício da autoridade parental, que se rege pelo princípio da *coparentalité*,<sup>169</sup> ou seja, da co-parentalidade. No caso de filho reconhecido, deterá o exercício da autoridade parental com exclusividade, o genitor que o reconheceu, ou se o reconhecimento pelo outro genitor ocorreu mais de um ano após o nascimento do menor. Entretanto, os pais poderão exercer a autoridade parental conjuntamente, ainda que o reconhecimento tenha ocorrido após o referido prazo, quando houver requerimento de ambos os pais nesse sentido, ou ainda, por decisão do juiz de família. É o que preceitua o artigo 372 do Código Civil francês. Assim, o reconhecimento, ainda que tardio, não impede o exercício conjunto da autoridade parental, quando requerido por ambos os genitores, ou por decisão do juiz, desde que em observância ao melhor interesse da criança.

A interpretação da codificação civil, à luz dos princípios constitucionais, notadamente os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, permite concluir pela viabilidade da guarda compartilhada. Por meio desta, é conferida a pais e mães separados a oportunidade de superar suas desavenças pessoais para unir-se em prol dos filhos, deixando claro que o afeto por estes é mais forte do que o desamor que gerou a separação do casal.

---

<sup>168</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial, p. 122.

<sup>169</sup> MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *Droit Civil*. La famille, p. 500.

## **CAPÍTULO VI**

### **6. A MEDIAÇÃO COMO VALIOSO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA**

#### **6.1. MODALIDADES PARA A EFETIVAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA**

Conforme já salientamos, a guarda compartilhada carece de regulamentação expressa em nosso ordenamento. Contudo, também já registramos que tal fato não constitui óbice para a sua implementação, uma vez que a interpretação do Código Civil, em consonância com os ditames constitucionais, viabiliza a sua prática.

Diante da possibilidade da utilização da guarda compartilhada no direito brasileiro, surge o próximo passo: determinar os meios para a sua implementação.

A doutrina é divergente quanto à necessidade de acordo entre os pais para a sua implementação. No entanto, grande parte reconhece que a atmosfera harmônica entre os ex-cônjuges e ex-companheiros atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por ser ambiente mais propício para o desenvolvimento da guarda compartilhada.

Como adverte ROLF HANSSEN MADALENO:<sup>170</sup>

a guarda compartilhada não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. Deve ser tido como indissociável pré - requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora tenha consolidado a perda de sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de inteira realização parental, empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole.<sup>171</sup>

Chamamos atenção em contrapartida, para o posicionamento de LEILA MARIA TORRACA DE BRITO, em sentido inteiramente oposto:

Compreende-se, assim, que nem sempre é possível, nesses casos, buscar acordos, cabendo ao juiz - como intérprete dos princípios que estruturam cada sociedade - a designação do exercício da paternidade e da maternidade, negando o exercício unilateral de responsabilidades. (...) Assim, entende-se que é justamente quando o guardião interpõe obstáculos à participação daquele que não possui a guarda que a determinação da guarda compartilhada vai marcar, ou definir para o

---

<sup>170</sup> MADALENO, Rolf Hanssen. *A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais*, p. 354.

<sup>171</sup> No mesmo sentido, vide Silvana Maria Carbonera. *Ob. cit.*, p. 151.

primeiro, que ele não é o único na relação de parentalidade com a criança. (...). Cabe, portanto, ao Estado-Juiz, assinalar para as partes seus direitos e obrigações perante as relações de filiação, ressaltando o direito e a obrigação do outro pai em participar da criação da prole.<sup>172</sup>

Consenso, litígio, requerimento conjunto, requerimento unilateral, imposição judicial e mediação, são conceitos que reputamos estreitamente interligados, no tocante às possíveis formas de implementação da guarda compartilhada. Como vimos, não há homogeneidade entre as opiniões dos autores a esse respeito, de cuja análise pretendemos identificar as melhores circunstâncias e procedimentos adequados para a sua utilização.

#### **6.1.1. O ACORDO ENTRE O PAR PARENTAL: A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DO REGIME DA GUARDA COMPARTILHADA**

Uma vez admitida a possibilidade da adoção da guarda compartilhada em nosso sistema jurídico, surge a seguinte indagação: como realizar a sua implementação?

Primeiramente, devemos considerar que há, em nossa realidade sócio-jurídica a crescente utilização da guarda compartilhada de maneira informal. Quer dizer, muitos casais separados praticam a guarda compartilhada *de fato*, sem qualquer regulamentação judicial. Outros, que inicialmente adotaram a guarda única, evoluíram paulatinamente para essa modalidade por meio do compartilhamento natural e instintivo das responsabilidades parentais. Assim, conscientemente ou não, cresce o número de famílias que se encaixam na chamada guarda compartilhada, conforme demonstra a realidade contemporânea.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. *Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar*, p. 61-62.

<sup>173</sup> Vide relatório de pesquisa de campo, capítulo 8.

Sob o aspecto formal, há algumas opções para a implementação da guarda compartilhada. A primeira consiste no requerimento judicial conjunto, por ocasião da separação consensual ou divórcio direto consensual, segundo previsto no artigo 1.583 do Código Civil. Conforme já ressaltamos, o referido dispositivo é permissivo o suficiente para admitir a adoção da guarda compartilhada, desde que haja acordo nesse sentido.

Já o artigo seguinte, o 1.584, retrata a situação inversa, ou seja, aquela em que a guarda não está convencionada entre os ex-cônjuges, quando da decretação da separação judicial ou do divórcio. O dispositivo é claro ao indicar que se trata de uma situação em que não há o desejado consenso acerca do destino dos filhos, passando a decisão sobre a sua guarda para as mãos do magistrado. Indaga-se então: diante da ausência de acordo entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros é possível que o juiz determine em sua decisão a fixação da guarda compartilhada?

É preciso lembrar que a guarda compartilhada é fenômeno jurídico relativamente recente em nosso sistema, e como qualquer outro direito novo, requer tempo para a sua consolidação. Como bem adverte RUDOLF VON IHERING:

Em todos os casos em que o direito existente encontra este sustentáculo no interesse, o direito novo não pode chegar a introduzir-se, senão à custa de uma luta que por vezes se prolonga durante mais de um século e atinge o mais alto grau de intensidade quando os interesses tomaram a forma de direitos adquiridos.<sup>174</sup>

Nesse aspecto, convém observar que a introdução da guarda compartilhada em nosso ordenamento deve obedecer ao processo natural que marca a incorporação de novos direitos a um determinado sistema, com a observância de fatores sociais, culturais, econômicos e jurídicos, próprios de sua realidade. A guarda compartilhada está em

---

<sup>174</sup> IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7.

permanente evolução no direito pátrio, dando sinais de que em breve será regulamentada.

<sup>175</sup> No entanto, a sua implementação não poderá ocorrer de maneira invasiva, em desacordo com as características que marcam o contexto social e jurídico de nosso País.

Identificada a falta de consenso, surge a importância da mediação como instrumento para a implementação da guarda compartilhada. É tempo de mudança no sistema de atribuição de guarda no direito brasileiro, quando a mediação se apresenta como um valioso instrumento para a implementação da guarda compartilhada, de maneira a inseri-la como mais uma alternativa na escolha da modalidade de guarda de filhos menores. Por meio dela, os genitores poderão buscar uma solução acerca da guarda dos filhos menores, até convergir para a fixação da guarda compartilhada, caso tal opção atenda ao seu melhor interesse.

Dentre suas diversas áreas de aplicação, a mediação é tida na França como técnica eficaz de resolução de conflitos, sobretudo na esfera, sendo nesse âmbito que sua prática se revela mais proveitosa.<sup>176</sup>

Por sua vez, SÉRGIO EDUARDO NICK destaca os benefícios da mediação:

A utilização da mediação em processos de separação familiar é um instrumento que muitas vezes se faz necessário para manejar determinadas situações de conflito entre casais. Este conceito foi criado para auxiliar o juiz em casos em que o litígio o obrigava a tomar decisões que freqüentemente não eram no melhor interesse das crianças, mas que eram as únicas possíveis na situação dada. Com a mediação, o juiz teria a possibilidade de propor a busca de entendimento em torno de certos assuntos comuns aos cônjuges em conflito, e, com isso, minorar o impacto deste na prole e nos próprios genitores. Com ela, há a possibilidade de se sair do modelo onde os cônjuges são adversários, para um modelo que privilegia a cooperação entre eles com vistas a atingir um bom plano de cuidado às crianças.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> O PL nº 6.350/2002 encontra-se em tramitação no Senado sob o nº SF PLC 58/2006, de 01/06/2006, sob relatoria do Senador Demóstenes Torres.

<sup>176</sup> SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53.

<sup>177</sup> NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada* : um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados, p. 156-157.

A título de exemplo a ser seguido, e no intuito de reforçar a relevância da prática da mediação nas questões relativas à guarda, reportamo-nos novamente ao sistema francês, ao qual foi incorporada, por força da Lei nº 305 de 4 de março de 2002. O artigo 373-2-10 do Código napoleônico possibilita, em caso de desacordo acerca da modalidade a ser adotada para o exercício da autoridade parental, que o juiz faça uma tentativa de conciliação entre as partes. Prevê ainda, que na busca pelo exercício conjunto da autoridade parental, o magistrado proponha às partes o procedimento da mediação, e após a sua concordância, nomeará um mediador familiar.<sup>178</sup> É o que reforça GÉRARD CORNU:

1º. Sentido de atuação do juiz. Sair do litígio de outra maneira que não por uma decisão imposta, e auxiliar, são dois caminhos traçados (não necessariamente convergentes). a) A favor da conciliação. Diante do desacordo dos pais, o juiz de família deve primeiramente tentar uma conciliação. Entra sempre na missão do juiz a conciliação das partes, com a participação dele mesmo, é uma marca essencial de seu ofício. A lembrança do artigo 373-2-10 é insistente. O juiz deve se esforçar. Portanto, o objetivo é, geralmente, de favorecer a busca pelos pais de um 'exercício consensual' da autoridade parental. A mediação é justamente um dos caminhos da conciliação. O juiz pode e contribui propondo aos pais uma medida de mediação apropriada à matéria. Na primeira parte de sua atuação nesse sentido a sua tarefa é dupla: primeiramente colher o acordo dos pais [ para aceitar o processo de mediação] ( naquilo que lhe é dado no sentido do direito comum de mediação, segundo o qual o recurso a este caminho amistoso deve repousar no princípio da vontade comum das partes em litígio); em seguida designar um mediador familiar encarregado de buscar uma solução aceitável pelos dois pais e de propor o acordo.<sup>179</sup>

Nesse aspecto, destacamos o *Projeto Piloto de Mediação Forense* de iniciativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, visando à implementação do Serviço de Mediação Forense,<sup>180</sup> para otimização da prestação jurisdicional. Atualmente, a

<sup>178</sup> Article 373-2-10. (*inséré par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 art. 5 V Journal Officiel du 5 mars 2002*). En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.

<sup>179</sup> CORNU, Gerard. *Droit civil*. La famille, p. 179.

<sup>180</sup> Instituído pela resolução nº 02, de 22 de março de 2002.

mediação funciona como instrumento auxiliar na solução de demandas que tramitam perante as 1ª, 2ª e 3ª varas de família, órfãos e sucessões e 1ª, 2ª, 3ª e 4ª varas cíveis do Fórum de Taguatinga-DF.

Por seu turno, o já mencionado enunciado 335, editado e aprovado na IV Jornada de Direito Civil, manifesta claramente o valor da mediação na implementação da guarda compartilhada, o que nos leva a crer que o desacordo inicial não constitui fator impeditivo para a sua utilização. Ao contrário. O processo de mediação proporcionará às partes um canal de comunicação eficaz para que o ex-casal se torne um par parental, dando continuidade à sua participação na educação dos filhos menores.

JACQUELINE M. NOLAN-HALEY define a mediação como “um processo de intervenção participativa, de curto prazo, estruturado e direcionado a objetivos pré-determinados”.<sup>181</sup>

Para PEDRO DE CAETANO CARVALHO a mediação familiar permite a troca de informações mediante a oitiva das partes interessadas, o que vem a constituir ferramenta de suma importância para a solução de conflitos.<sup>182</sup>

Por meio do processo de mediação, seja ele extrajudicial ou já no curso da demanda, as partes são aproximadas, com o objetivo de alcançar um acordo. Tratando-se de disputa pela guarda dos filhos, o mediador irá analisar o caso concreto, explicar às partes o procedimento que será seguido, assim como assisti-las na troca de informações e na redação do acordo. Em suma, a mediação permite que os próprios pais cheguem a uma solução para a guarda de seus filhos.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> NOLAN- HALEY, Jacqueline M. *Alternative dispute resolution*. New York: West Publishing CO., 1992, p. 56.

<sup>182</sup> CARVALHO, Pedro Caetano de. A família e o município. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.) *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 193.

<sup>183</sup> No mesmo sentido, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, p.398.

LUIS ALBERTO WARAT ensina:

Essa espécie de movimento enlouquecido, impensado, impulsivo que, muitas vezes, as pessoas realizam em meio de encruzilhadas da vida, povoada de frustrações, que as conduzem a situações crescentemente piores, deve ser substituída (com ajuda do mediador) por uma ação ordenada que inclua planos práticos, antecipações reflexivas de como atuar, sempre na linha de uma nova disposição para entender o mundo e nossos vínculos nele.<sup>184</sup>

Os pais em fase de separação encontram-se muitas vezes acometidos por fortes emoções, que retiram dos mesmos qualquer capacidade de desviar as atenções voltadas para o outro, tornando a decisão a respeito da guarda dos filhos meio de retaliação pelo fracasso de seu relacionamento. A mediação, como processo de *autocomposição assistida*,<sup>185</sup> possibilita a superação da mágoa que domina os sentimentos pós-separação, para dar lugar à racionalidade, que por sua vez poderá conduzir à transposição de grandes impasses.

É importante registrar que a mediação se diferencia da conciliação e da arbitragem principalmente por ter como objeto a transformação do conflito, cuja resolução é alcançada pelas partes em si, e não por um terceiro.<sup>186</sup> O papel do mediador não é encontrar a solução, senão encorajar a comunicação entre as partes para que alcancem a melhor alternativa por si mesmas. Assim, o acordo é aceito e respeitado com mais facilidade, uma vez que suas condições não são impostas às partes, e sim buscadas por elas próprias.

Por ser um procedimento voluntário, cuja técnica aplicada aos conflitos familiares guarda proximidade com os sentimentos humanos, as chances de se alcançar um acordo quanto à guarda dos filhos por meio da mediação são amplas. Ao recorrer à mediação, as

---

<sup>184</sup> WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001. p. 75-76.

<sup>185</sup> Ibidem. p. 76.

<sup>186</sup> Ibidem. p. 79.

partes poderão estabelecer um meio de comunicação eficaz, que poderá conduzir a um entendimento convergente.

Sobre a mediação familiar, aponta JOÃO ROBERTO DA SILVA: “Ensina os casais a se separarem e ao mesmo tempo seguir exercendo sua responsabilidade de pai e mãe, possibilitando que os filhos mantenham uma relação adequada com os pais após a separação”.<sup>187</sup>

Assim sendo, a mediação constitui elemento essencial para a fixação da guarda compartilhada em casos em que não há consenso, uma vez que propicia o restabelecimento do equilíbrio entre o par parental, para a permanência de suas responsabilidades para com seus filhos após a separação do casal. Por meio da prática da mediação, é possível transformar o conflito na busca de uma solução, de modo a adequar a nova realidade familiar ao melhor interesse da criança e do adolescente. Cabe destacar, outrossim, que a técnica da mediação é igualmente útil no *decorrer* da prática da guarda compartilhada, para a resolução de eventuais conflitos surgidos durante a sua execução.<sup>188</sup>

### 6.1.2. IMPOSIÇÃO JUDICIAL

Segundo já ressaltamos, boa parte da doutrina se manifesta no sentido de identificar no acordo um requisito essencial para a fixação da guarda compartilhada. Assim, surge a discussão acerca dos efeitos de sua imposição judicial, ainda que contrariamente à vontade de um ou de ambos os genitores. Sobre esse aspecto, é importante lembrar que muito

---

<sup>187</sup> SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Ltda., 2004, p. 54.

<sup>188</sup> Acerca da mediação familiar como instrumento de comunicação entre genitores separados, remetemos o leitor a CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 27.

embora se tenha consciência de que não cabe aos pais decidirem egoisticamente se permanecerão responsáveis ou não pelos seus filhos, deve existir um ambiente minimamente favorável para o desenvolvimento adequado da guarda compartilhada. Conforme adverte FABÍOLA ALBUQUERQUE SANTOS: “Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho”.<sup>189</sup> Ademais, entendemos que para dar efetividade ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente por meio da guarda compartilhada, é imperioso que haja um mínimo de cooperação entre os pais.

Reafirmando as considerações tecidas acerca da importância da mediação como forma de implementação da guarda compartilhada, vislumbramos nessa técnica alternativa de solução de conflitos a possibilidade de superação de eventuais obstáculos impostos pelos próprios pais para a utilização da guarda compartilhada. Amiúde, em lugar de priorizar os interesses dos menores, os genitores concentram-se em perpetuar o litígio, tornando-se hostis aos próprios filhos. Por meio da mediação é possível transformar esse cenário, dando aos pais a oportunidade de amenizar os efeitos nocivos experimentados pelos menores em decorrência de sua separação.

Filiamo-nos ao entendimento de que a imposição judicial da guarda compartilhada não atende ao melhor interesse da criança, pois a sua implementação forçada poderá acarretar em prejuízos emocionais ao menor, diante da recusa dos genitores em dar continuidade às relações familiares e à educação partilhada. A sua imposição poderá gerar um aumento nos conflitos já existentes entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros, o que certamente terá reflexos nos filhos menores. É o posicionamento adotado por ROLF

---

<sup>189</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa*, p. 29.

HANSSEN MADALENO: “Nem haveria condições de forçar a guarda compartilhada em sentença judicial, embora inexista na lei brasileira qualquer vedação à sua adoção, sua escolha só encontra admissão na ação consensual de guarda ou de separação”.<sup>190</sup>

Embora nossa opinião coincida com a do referido autor no tocante à não recomendação da imposição judicial da guarda compartilhada, permitimo-nos discordar levemente de seu posicionamento, em relação ao cabimento restrito da guarda compartilhada às hipóteses de ações consensuais de guarda ou de separação. Isso porque, inicialmente, uma demanda *litigiosa*, pode evoluir para uma ação consensual, depois de obtida a conciliação das partes ou por acordo firmado no decorrer do processo. Igualmente, caso venha a ser adotada a prática da mediação familiar em nossos Tribunais nas ações litigiosas, o embaraço causado pela falta de consenso acerca da guarda dos filhos menores poderá ser superado, diante da concretização de um ajuste entre as partes.

A concepção da sentença como ato que põe fim ao processo decidindo ou não o mérito da causa,<sup>191</sup> já é conceito ultrapassado pela nova redação dada ao § 1º do artigo 162, do Código de Processo Civil.<sup>192</sup> A realidade forense demonstra que muitas vezes as decisões judiciais não possuem o condão de pôr fim ao conflito, principalmente nas disputas de família. O que ocorre é o advento de uma decisão, que nem sempre resolve o problema levado ao Poder Judiciário.

Assim, reputamos que a melhor solução para a implementação da guarda compartilhada em caso de divergência entre os pais seja a prática da mediação, cuja

---

<sup>190</sup> MADALENO, Rolf Hanssen. *A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais*, p. 355.

<sup>191</sup> Embora a definição de sentença como ato que põe fim ao processo decidindo ou não o mérito da causa, esteja reconhecidamente ultrapassada, conforme indica Alexandre Freitas Câmara, é apontada apenas com o intuito de evidenciar as desvantagens da imposição judicial da guarda compartilhada. CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. *Lições de direito processual civil*. vol. 1, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, p. 429.

<sup>192</sup> Lei nº 11.232/05.

importância foi reconhecida por grande parte dos profissionais do direito consultados em nossa pesquisa de campo.<sup>193</sup> É tendência natural nos dias atuais recorrer a modalidades alternativas para a solução de conflitos familiares, o que decorre da introdução de novos paradigmas no Direito de Família.

## **CAPÍTULO VII**

### **7. REFUTAÇÃO ÀS CRÍTICAS À GUARDA COMPARTILHADA**

Devido à sua recente chegada em nossa realidade jurídica, a guarda compartilhada ainda é vista por alguns com certa desconfiança e receio. Isso decorre da falsa sinonímia estabelecida entre as expressões *guarda compartilhada* e *guarda alternada*, das críticas efetuadas com base em concepção diversa e a freqüente generalização de que se trata de um modismo, ou seja, algo passageiro.

Com base em tais considerações, impõe-se a refutação às principais críticas acerca da guarda compartilhada, para a sua correta compreensão.

#### **7.1. GUARDA COMPARTILHADA OU GUARDA ALTERNADA?**

---

<sup>193</sup> Vide relatório de pesquisa de campo, capítulo 8.

Durante as pesquisas e o estudo realizado sobre a guarda compartilhada, foi possível identificar uma grande confusão conceitual entre as modalidades da guarda compartilhada e a guarda alternada.<sup>194</sup>

Tal imprecisão, por sua vez, dificulta a aceitação da guarda compartilhada em nossa sociedade, na qual para muitos, é sinônimo da guarda alternada, ou seja, modalidade em que se divide o tempo de convivência do menor com os pais em suas respectivas residências, com a alternância das responsabilidades inerentes à autoridade parental. A imagem que surge de sua concepção é a de criança *objeto* ou *marionete*. Contudo, sabemos que a guarda compartilhada não possui essa característica, sobretudo quando existe a fixação de uma residência única ou habitual para o menor, de maneira a proporcionar-lhe uma base constante de referência. Além disso, conforme já indicamos ao longo desse trabalho, a guarda compartilhada incentiva a co-parentalidade, mediante o compartilhamento do exercício direto da autoridade parental, bem como da ampla convivência familiar.

Em nossa realidade jurídica, a alternância de guarda não tem grande acolhida, precipuamente por priorizar o interesse dos pais, acima do interesse do menor. Nessa modalidade, há uma notória preocupação com a garantia de igualdade de direitos entre os genitores, o que nem sempre coincide com o melhor interesse da criança e do adolescente.

No intuito de viabilizar a implementação da guarda compartilhada em nosso País de maneira bem-sucedida, é imprescindível que se divulgue amplamente o seu real significado, bem como sejam realizados esclarecimentos relativos à sua prática no direito brasileiro.

---

<sup>194</sup> Ibidem.

Isso certamente contribuirá para eliminar os preconceitos que decorrem do desconhecimento e do uso indevido da aceção desta modalidade de guarda, que, na realidade, difere consideravelmente da guarda alternada.

Nesse sentido é exemplo salutar o contido na redação final do PL nº 6.350/02, pois, além do empenho para introduzir formalmente a guarda compartilhada em nosso ordenamento, evidenciou em seu texto o verdadeiro sentido desta nova modalidade.<sup>195</sup> Embora não seja tarefa do legislador ordinário conceituar institutos jurídicos, a contribuição é valiosa para a utilização adequada dessa nova figura jurídica, retirando de seus destinatários qualquer incerteza relativa à sua real concepção.

Assim sendo, é imperioso que, para a sua promoção, a guarda compartilhada deixe de ser entendida como sinônimo de alternância da guarda, de modo que as suas vantagens possam ficar em evidência para aqueles que desejam preservar a convivência familiar e a educação equilibrada de seus filhos.

## **7.2. A GUARDA COMPARTILHADA E O EQUILÍBRIO ENTRE O PARENTAL**

Neste item enfrentaremos a discussão, indubitavelmente polêmica, acerca das relações entre ex-cônjuges ou ex-companheiros no exercício da guarda compartilhada. Consoante manifestado, o consenso entre os pais, apesar de desejado, não é requisito essencial para a implementação da guarda compartilhada, uma vez que dispondo do

---

<sup>195</sup> “Art. 1.583 (...) § 1º. Na audiência de conciliação, o juiz explicará para as partes o significado da guarda compartilhada, incentivando a adoção desse sistema. § 2º. Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização dos pais dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar para garantir a guarda material, educacional, social e de bem-estar dos filhos. Redação sugerida pelo PL nº 6.530/02.

mecanismo da mediação familiar, as partes inicialmente intransigentes poderão ceder a um acordo.

Contudo, para que o exercício da guarda compartilhada seja benéfico para os menores, é indispensável a observância de seu melhor interesse. Para tanto, é de extrema importância a existência de um ambiente neutro, onde a colaboração entre o par parental possa se desenvolver em benefício dos filhos comuns. Para EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE:

a tendência atual, tanto nos países europeus quanto nos da América do Norte, tem se direcionado na atribuição da guarda conjunta quando os juízes estão convencidos que os genitores podem cooperar, mesmo que algumas objeções aparentes, ou infundadas tenham sido levantadas no transcorrer do processo.<sup>196</sup>

Tampouco se pode ignorar o fato de que poderão surgir divergências durante a prática da guarda compartilhada, como pode ocorrer mesmo no exercício da autoridade parental durante o casamento ou da união estável.

De acordo com o sistema de guarda vigente, o genitor não-guardião dispõe do direito de visitas e do direito de fiscalizar a educação e a manutenção do menor a distância.<sup>197</sup> Havendo divergência entre os pais em relação ao exercício do poder familiar, podem estes recorrer ao juiz para dirimir a questão. Porém, diante dos novos paradigmas inseridos no Direito de Família, os pais não precisam ir tão longe. Poderão recorrer à mediação para a solução das divergências de maneira racional e pacífica, sem a exigência de submeter-se a um processo judicial desgastante, que ao final lhes imporá uma decisão. No processo judicial, há, na maioria das vezes, um vencedor e um derrotado, o que não se

---

<sup>196</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, p. 268.

<sup>197</sup> CC Art. 1.589. O pai ou a 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.

pode afirmar a respeito do procedimento de mediação. Nele objetiva-se chegar a uma solução adequada para o conflito, de maneira a atender aos interesses das partes envolvidas, buscando um ganho para todos. Trata-se de campo fértil para a discussão de incidentes relativos à educação dos menores, visando a um consenso direcionado ao melhor interesse da criança e do adolescente, o que se aplica igualmente à modalidade da guarda compartilhada. Assim, havendo divergência entre os genitores durante a execução da guarda compartilhada, poderão estes recorrer ao mediador familiar para dirimir a controvérsia, evitando que a falta de acordo impossibilite a sua prática.

Ao comentar o princípio do exercício comum da autoridade parental que rege o sistema francês, JEAN CARBONNIER afirma, no tocante ao acordo:

O acordo pode ser às vezes espontâneo. Ele poderia ser obtido ao final de uma discussão que o artigo 372-1-1-al. 1, parece descrever como fechada (...). Para ajudar o casal a chegar a um acordo, o texto, com meias palavras, dá dois conselhos:  
- Procurar o interesse da criança (...).  
- Fazer mútuas concessões (...).<sup>198</sup>

A idéia fundamental é a preservação do par parental, dissociado dos ressentimentos do casal, de maneira que possam unir-se em prol dos filhos. O clima poderá ser mais ou menos harmônico, no entanto, deve ser propício para a participação de ambos na educação dos menores, preservando e incentivando a convivência familiar.

O equilíbrio, sim, é essencial. Apenas o equilíbrio entre o par parental poderá dar aos filhos uma formação sólida mediante o exercício equitativo e participativo da autoridade parental. É a preservação do par parental, dissociado dos ressentimentos do casal, que possibilitará uma nova comunhão em prol dos filhos.

---

<sup>198</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple, p. 851.

Ao tratar do equilíbrio necessário entre o par parental, deparamo-nos com outra indagação: será a guarda compartilhada uma utopia, um privilégio de elites? Entendemos que não.

A guarda compartilhada não é algo utópico, e, sim, realidade cada vez mais presente em nossa sociedade. O desejo de preservar a família, mormente a convivência familiar com os filhos após a separação, levou pais e mães a buscarem uma solução mais adequada, que não gerasse um distanciamento tão drástico entre pais e filhos. Movidos pelo desejo de não se separarem de seus filhos, constatou-se a possibilidade de continuar dividindo responsabilidades e de dar continuidade à convivência familiar. Tal conquista somente foi possível devido aos esforços de um grupo restrito, caracterizado pela riqueza da afetividade, sobretudo para com os filhos. Assim, a suposta utopia se converte em realidade, não sendo a guarda compartilhada prerrogativa de determinados extratos sociais, e, sim, de uma parcela reduzida de pessoas que logra superar as desavenças conjugais, visando acima de tudo ao bem estar de seus filhos. Essa capacidade, ainda reservada a poucos, é corolário do princípio da afetividade, que, por sua vez, legitima a continuidade da troca de afeto entre pais e filhos, ainda que após a separação ou divórcio. Porém, esse grupo pode aumentar, na medida em que se reconheça na modalidade da guarda compartilhada um instrumento eficaz para a concretização do interesse da criança, e, não, de seus genitores. Por meio da conscientização dos pais de que suas diferenças não devem obstaculizar o convívio familiar e o desenvolvimento emocional regular de seus filhos, o pequeno grupo de hoje, certamente poderá se tornar um universo cada vez mais amplo.

### **7.3. GUARDA ÚNICA VERSUS GUARDA COMPARTILHADA: VANTAGENS E DESVANTAGENS**

Diante das grandes mudanças ocorridas no seio familiar, sobretudo no final do século XX, tornou-se evidente que a modalidade predominante da guarda única não mais satisfaz as necessidades de seus integrantes, nomeadamente aquelas concernentes aos menores.

Assim, surge a guarda compartilhada como alternativa para que os pais, conscientes de sua missão parental, possam partilhar os direitos e deveres que integram o poder familiar. Ao fazê-lo, será preservada a participação fundamental dos genitores no processo educativo da criança, que por sua vez, será amplamente beneficiada pelo acompanhamento de ambas figuras parentais.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA salienta as vantagens desta nova modalidade, mormente a participação dos genitores na formação de seus filhos, ao preconizar:

Merece destaque neste momento de redefinição das responsabilidades maternas e paternas a possibilidade de se pactuar entre os genitores a “Guarda Compartilhada” como solução oportuna e coerente na convivência dos pais com os filhos na Separação e no Divórcio. (...) Conscientes de suas responsabilidades quanto ao desenvolvimento dos filhos, esta forma de guarda incentiva o contínuo acompanhamento de suas vidas <sup>199</sup>.

Sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada é modalidade que propicia maior equilíbrio na vida dos menores, equilíbrio este decorrente do envolvimento direto de ambos os genitores em sua formação, na qual a presença de ambos os pais é essencial. Apesar da separação, a guarda compartilhada evita a cisão total da família, cuja estrutura na realidade se transforma, para adaptar-se ao novo contexto que se lhes apresenta. Com isso, o abalo emocional e o estresse experimentado por crianças diante da ruptura de seus pais é minorado, logrando adaptar-se rapidamente à sua

---

<sup>199</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito de família, vol. 5, p. 299.

nova realidade familiar: a de pais afetivamente separados, porém unidos pelo objetivo comum de garantir o bem-estar dos menores.

A guarda compartilhada igualmente se mostra vantajosa ao possibilitar que os filhos ainda se sintam próximos aos pais, apesar de sua separação, diminuindo a incidência de crises de lealdade e da síndrome da alienação parental.<sup>200</sup> EDUARDO DE OLIVEIRA

LEITE enfatiza:

As crianças da guarda conjunta não criam a imagem distorcida que a exclusividade da guarda tradicional fomenta, isto é, o vínculo exclusivo e sufocante a um só genitor. Como se sabe, quando a criança vive só com um genitor (que ainda não superou os conflitos da separação) ele tende a afastar o outro genitor do imaginário infantil. Ou bem ignora a figura do ex-cônjuge, ou bem (o que é pior) refere-se constantemente ao ex-parceiro, de forma depreciativa. Qualquer que seja o recurso utilizado por este genitor, o efeito em relação à criança é devastador, bastando se considerar que a criança tem necessidade de ambos os pais.<sup>201</sup>

Os efeitos psicológicos negativos da separação são minorados por meio da guarda compartilhada, sobretudo o sentimento de perda com relação ao genitor não-guardião. Assim, as crianças cuja guarda se compartilha, continuam amparadas por ambos os pais, dentro de seu novo contexto familiar, o que certamente lhes proporciona maior segurança.

SÉRGIO EDUARDO NICK trás à tona dados alarmantes relativos à categoria de filhos de pais divorciados, afirmando que são alvo de distúrbios comportamentais, fruto do litígio que se instala entre os ex-cônjuges. Por outro lado, constata que as crianças que estão submetidas ao regime da guarda compartilhada tiveram um desenvolvimento mais

---

<sup>200</sup> A síndrome da alienação parental constitui espécie de abuso emocional sofrido por crianças cujos pais separados implantam nos mesmos sentimentos negativos sobre o ex-cônjuge ou ex-companheiro, em decorrência de sentimentos de vingança e rancor, gerando danos psicológicos graves em seus filhos. Nesse sentido, vide: DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental: o que é isso?* [www.apase.org.br](http://www.apase.org.br). Acesso em 13.04.07 e SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada*. Posicionamento judicial. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 162.

<sup>201</sup> Eduardo de Oliveira Leite. *Famílias monoparentais*, p. 281-282.

saudável.<sup>202</sup> Portanto, conclui-se objetivamente, que a guarda compartilhada diminui a incidência dos malefícios que decorrem da separação, sobretudo quando há a atribuição de guarda única.

Dentre as vantagens que decorrem da prática da guarda compartilhada destacamos em especial a convivência familiar. A separação, e a nova realidade familiar que surge em decorrência dela, não deve exterminar os vínculos afetivos consolidados ao longo do casamento ou da união estável, no que diz respeito aos filhos. A liberdade de extinguir o vínculo é faculdade dos pais, contudo, não se impõe com relação aos vínculos paterno-filiais. Conforme já mencionamos, ao destacar a afirmação de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, o afeto paterno-filial se presume, devendo ser preservado, sempre que possível, por meio da ampla convivência familiar. A guarda compartilhada possibilita que os filhos estejam em maior contato com ambos os pais, pois o seu exercício supõe um encontro de interesses que convergem para o bem-estar dos menores<sup>203</sup>, permitindo uma convivência familiar mais saudável e construtiva.

A convivência familiar, garantia constitucional reconhecida como direito fundamental da criança e do adolescente, constitui uma das maiores conveniências da prática da guarda compartilhada de filhos, uma vez que o clima de cooperação que se instala entre os pais, facilita e promove a continuidade das relações familiares. Trata-se de instrumento essencial para o prosseguimento da troca de afeto entre pais e filhos.

É importante ressaltar que, embora não seja possível manter situação de convívio idêntica à que existia anteriormente à ruptura dos pais, a convivência familiar é estimulada

---

<sup>202</sup> NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*, p. 155-156.

<sup>203</sup> Neste sentido desataca Sérgio Eduardo NICK: “No novo modelo, a ideologia da cooperação mútua entre as partes com vistas a um acordo pragmático e realístico se soma à busca de se comprometer ambos os pais no cuidado dos filhos havidos em comum, para com isto dar aos genitores uma solução boa para ambas as partes e, conseqüentemente, para seus filhos”. *Ibidem*, p.127.

pelos genitores, que por sua vez criarão esquemas de convivência adequados para sua realidade familiar, sempre em observância ao melhor interesse dos filhos menores.

Em decorrência desse estímulo, o sentimento de perda é atenuado, para que as crianças possam enfrentar a separação dos pais com maior tranquilidade, uma vez que terão contatos freqüentes com ambos os genitores, quando perceberão que a separação do casal não significa que se tornarão *órfãos de pais vivos*. Embora o enfoque principal seja sempre o interesse da criança, não podemos ignorar que os pais, sendo seres humanos sensíveis à dor de uma separação, igualmente serão beneficiados pela garantia da convivência familiar com seus filhos após a ruptura, concretizando, por meio da guarda compartilhada, o princípio da afetividade, aplicável a todos os integrantes da família.

Finalmente, após colocar em evidência os principais benefícios resultantes da prática da guarda compartilhada, devemos registrar, em nosso sentir, uma única desvantagem. Esta diz respeito à guarda compartilhada com alternância de residências. Segundo já manifestamos ao longo do presente trabalho, entendemos que a pluralidade de residências não oferece estabilidade à criança, que se encontra em importante fase de desenvolvimento. Por isso, o menor requer referenciais fixos, sobretudo após a ruptura de seus pais, o que por si só poderá gerar certo grau de instabilidade emocional. Porém, não vislumbramos empecilho para que o adolescente possa optar, alternando-se espontaneamente entre a residência materna e a paterna, em razão da maturidade alcançada. Quer dizer, a partir de determinada idade, o adolescente passa a ter maior grau de discernimento, quando a alternância não mais lhe afetará negativamente. Ao contrário: terá flexibilidade para transitar entre os dois lares, caso assim deseje, o que contribuirá para o estreitamento de laços com ambos os genitores. Contudo, apenas será possível a alternância de residências respeitando parâmetros educacionais e limites estabelecidos por ambos os

pais. Mediante a fixação clara de regras, evita-se o que MILAGROS GARCÍA PASTOR descreve como a mudança intencional de residências pelo adolescente, diante de frustrações indesejadas, buscando evadir a autoridade do genitor que o contrariou.<sup>204</sup> Logo, a alternância não deve ser imposta, porquanto torna a criança objeto de divisão entre os seus genitores, o que não lhes proporciona a segurança e estabilidade desejada. Poderá, contudo, ser fruto de certa liberdade de escolha do adolescente, desde que para isso atenda ao seu melhor interesse.

---

<sup>204</sup> PASTOR, Milagros García. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, p. 99.

## **CAPÍTULO VIII**

### **8. PESQUISA DE CAMPO**

Visando dar suporte científico ao presente trabalho, realizou-se estudo descritivo com abordagem quantitativa, por meio de pesquisa de campo efetuada na cidade de Brasília-DF, entre os meses de janeiro e outubro de 2006, de maneira a complementar o estudo teórico.

Os objetivos da pesquisa, por sua vez, consistiram em verificar, na visão dos profissionais do direito, a aplicabilidade da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, a importância da mediação familiar como instrumento de pacificação de conflitos de guarda, bem como a adoção da guarda compartilhada pela população.

#### **8.1. RELATÓRIO DE PESQUISA**

A metodologia utilizada para a coleta de informações consiste em pesquisa de campo, realizada mediante a aplicação de questionários durante entrevistas estruturadas.

O universo de pessoas consultadas se divide em três categorias: a) juízes, promotores e defensores públicos; b) advogados; c) leigos.

Participaram voluntariamente da pesquisa o total de vinte e quatro pessoas na categoria de juízes, promotores e defensores públicos, vinte e três advogados e vinte e um leigos. Embora o objetivo fosse entrevistar todos os juízes, promotores e defensores públicos atuantes nas varas de família da circunscrição judiciária de Brasília, isso não foi possível. Fatores como a indisponibilidade de tempo de alguns dos profissionais em decorrência do grande volume de trabalho em suas respectivas varas ou a declarada ausência de conhecimento acerca do tema, devido a pouca experiência nas varas de família (juízes, promotores e defensores provenientes de varas de outra espécie), reduziram o universo que se pretendia investigar.

Por sua vez, os advogados entrevistados são colegas de profissão, clientes e amigos, atuantes e residentes em Brasília-DF.

Todos os profissionais consultados possuem experiência na área do Direito de Família, com conhecimento prático referente a conflitos de guarda.

A área física da pesquisa se restringe à cidade de Brasília-DF, com exceção da pesquisa realizada no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Brasília, localizado na cidade satélite de Ceilândia, objetivando identificar experiências de guarda compartilhada nos segmentos econômicos mais baixos.

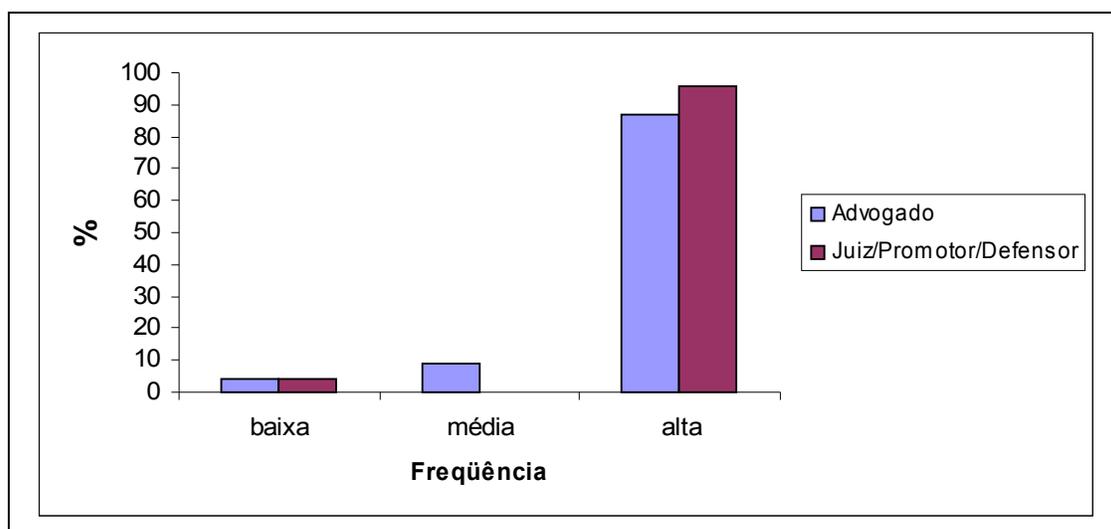
## **8.2. ANÁLISE DOS DADOS E DOS RESULTADOS OBTIDOS**

A seguir, serão apresentados os dados colhidos durante nossa pesquisa, por meio de gráficos e tabelas,<sup>205</sup> acompanhados de comentários, a fim de esclarecer os resultados obtidos durante a investigação de campo desenvolvida acerca da guarda compartilhada na cidade de Brasília.

### Relatório Estatístico

PESQUISA DE CAMPO  
Juizes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados  
que atuam em Varas de Família em Brasília-DF

Com que frequência se verifica que a guarda de menores é atribuída apenas um dos genitores?									
	baixa	média	alta	Total	n	%	n	%	n
Advogado	1	4	2	9	20	87	23		
Juiz/promotor/defensor	1	4	25	96	26				
Total	2	4	27	45	92	49			

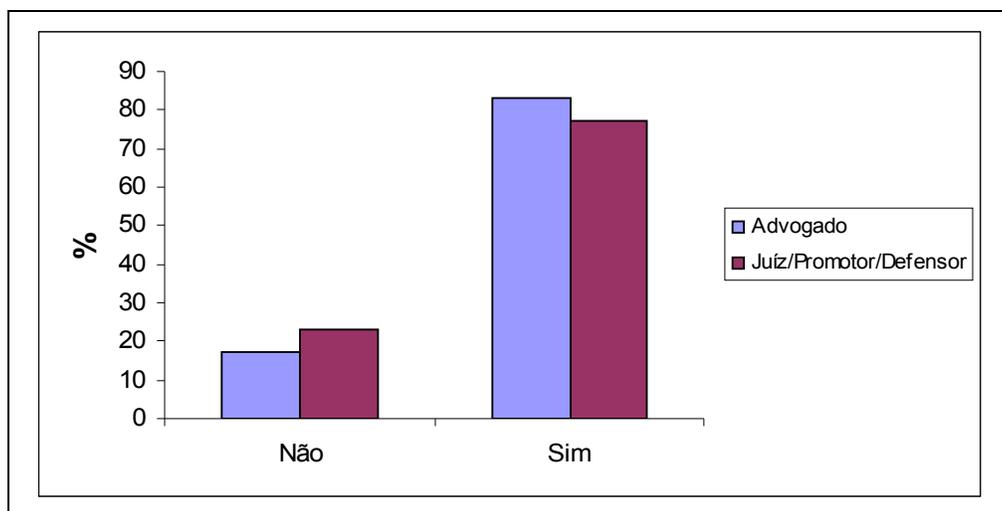


<sup>205</sup> Sistematização realizada com o auxílio do Professor Doutor Eduardo Freitas da Silva, do Departamento de Estatística da Universidade de Brasília.

Por meio de questionários dirigidos a juízes, promotores, defensores públicos e advogados, foi possível constatar, segundo a experiência dos referidos profissionais perante as varas de família em Brasília-DF, que a guarda de menores é atribuída com grande frequência a apenas um dos genitores. Noventa e dois por cento dos entrevistados afirmaram ser freqüente a fixação da guarda única, confirmando o fato de que a guarda única é modalidade predominante na circunscrição judiciária de Brasília.

PESQUISA DE CAMPO  
Juizes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados  
que atuam em Varas de Família em Brasília- DF

V. Exa. é favorável à instituição da guarda compartilhada?					
	não	sim	Total	n	%
Tipo					
advogado	4	17	20	83	24
juiz/ promotor/ defensor	6	23	20	77	26
Total	10	40	50	80	50



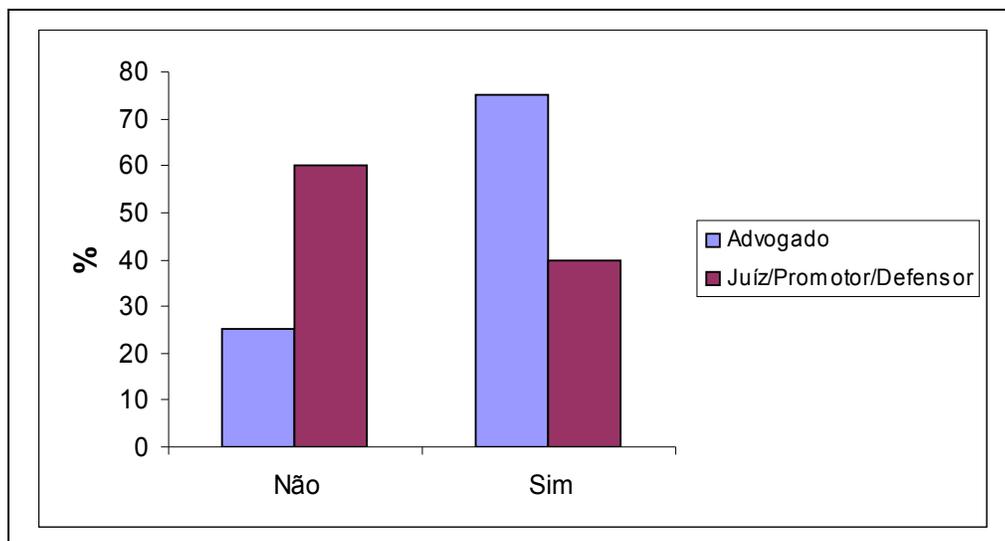
Ao indagar aos mesmos profissionais se eram favoráveis à instituição da guarda compartilhada, oitenta por cento do conjunto dos entrevistados se posicionaram

favoravelmente a essa modalidade. Ressalte-se que oitenta e três por cento dos advogados e setenta e sete por cento dos juízes, promotores e defensores públicos manifestaram ser partidários da guarda compartilhada.

PESQUISA DE CAMPO

Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados  
que atuam em Varas de Família em Brasília- DF

,v.Exa. aplicana práticao modelo, de guarda compartilhada?					
	não	sim	Total	n	%
Tipo					
advogado	6	25	18	75	24
juiz/ promotor/ defensor	15	60	10	40	25
Total	21	43	28	57	49



Com relação à *prática* da guarda compartilhada, há divergência entre os profissionais consultados. A sua adoção prática ocorre majoritariamente entre os advogados, dentre os quais setenta e cinco por cento afirmam recomendar a guarda

compartilhada a seus clientes, postulando a sua fixação em juízo. Por sua vez, o percentual de juízes, promotores e defensores públicos que a aplicam é consideravelmente inferior, sendo que sessenta por cento desta categoria admitem não aplicá-la em juízo.

Tais dados nos levam a crer que há uma diferença entre a guarda compartilhada como modalidade de guarda de filhos idealizada e a sua utilização concreta. Comparando os dados obtidos na questão anterior, verifica-se que oitenta e três por cento dos advogados são favoráveis à instituição da guarda compartilhada, enquanto dentro da mesma categoria, setenta e cinco por cento a aplicam efetivamente. Comparando a categoria dos advogados em ambas as situações, apenas oito por cento que admitem ser favoráveis à sua instituição não a aplicam na prática. Contudo, dos juízes, promotores e defensores públicos questionados se eram favoráveis à instituição da guarda compartilhada, setenta e sete por cento responderam que sim. Ao serem indagados se a aplicavam na prática, sessenta por cento desta categoria respondeu que não.

Por meio de teste estatístico, restou configurada a divergência entre a categoria de juízes, promotores, e defensores públicos, face à categoria de advogados, relativamente à aplicação da guarda compartilhada na prática. O teste qui-quadrado <sup>206</sup> aplicado aos resultados obtidos constatou a existência de associação estatística significativa entre as categorias consultadas acerca da prática do modelo da guarda compartilhada ( $p = 0,0209$ ), demonstrando que os advogados (setenta e cinco por cento) tendem a praticar mais o modelo da guarda compartilhada do que os juízes, promotores e defensores públicos (quarenta por cento).

---

<sup>206</sup> Teste utilizado para comparar possíveis divergências entre as frequências observadas e esperadas para um determinado evento. Assim, se a diferença da frequência entre os grupos observados for próxima a zero, pode-se afirmar que possuem comportamentos semelhantes.

Diante desta realidade, podemos afirmar que, embora a maioria dos juizes, promotores e defensores públicos tenha afirmado ser favorável à instituição da guarda compartilhada, tal visão é mais ideológica do que prática, uma vez que apenas quarenta por cento desses mesmos profissionais efetivamente a aplicam. Portanto, demonstra que, na visão de alguns, a guarda compartilhada é vista como algo benéfico, porém utópico.

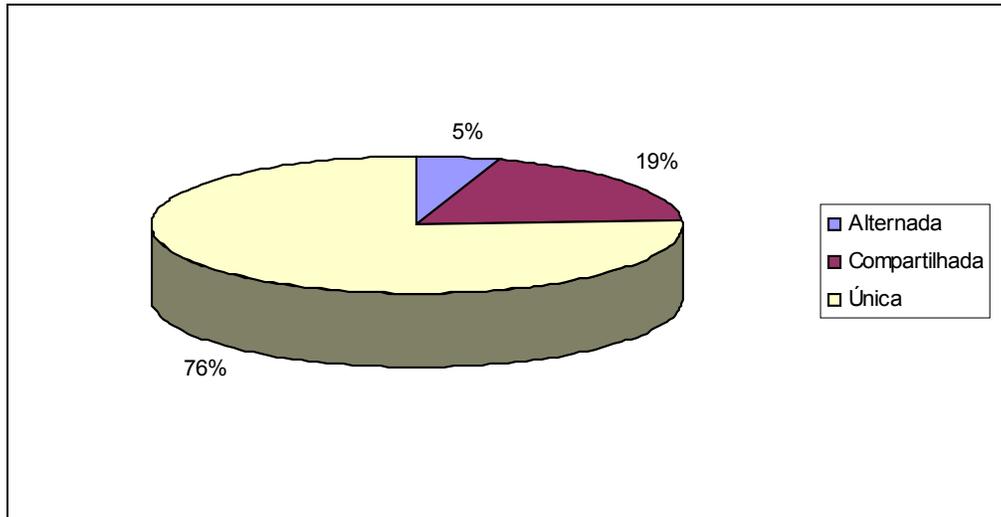
P E S Q U I S A D E C A M P O

Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados  
que atuam em Varas de Família em Brasília- DF

Qual a importância da aplicação da mediação para a solução dos conflitos de guarda?									
	baixa	média	alta	Total	n	%	n	%	n
Tipo									
advogado	4	17	5	21	15	63	24		
juiz/ promotor/ defensor	2	8	8	31	16	62	26		
Total	6	12	13	26	31	62	50		



,alternada	1,	5,
,compartilhada	4,	19,
,única	16,	76,
,Total	21,	100,



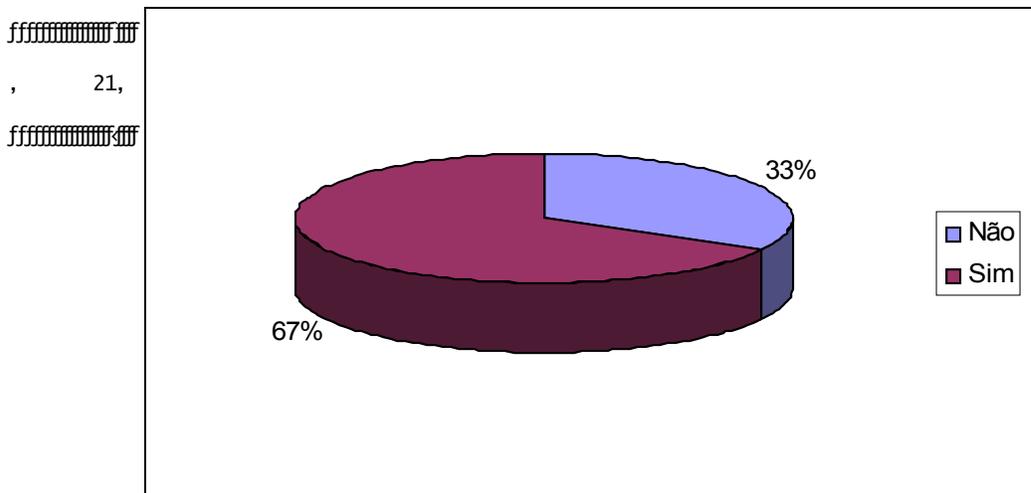
A

tabela e o gráfico acima demonstram que a guarda única é a mais utilizada entre os entrevistados, seguida pela guarda compartilhada, que por sua vez representa dezenove por cento do universo consultado.

P E S Q U I S A D E C A M P O

PESSOAS QUE PASSARAM POR PROCESSO DE SEPARAÇÃO ENVOLVENDO CONFLITO DE GUARDA DOS FILHOS

	Frequência	Porcentagem
,V.Sa. já conhecia a modalidade de guarda compartilhada?		
,não	7,	33,
,sim	14,	67,



,Total  
100,

Em relação ao conhecimento prévio da modalidade da guarda compartilhada, os dados acima indicam que sessenta e sete por cento dos entrevistados já conheciam a referida modalidade de guarda de filhos, enquanto trinta e três por cento não possuíam informações a seu respeito.

### **8.3. COMENTÁRIOS E CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DA PESQUISA DE CAMPO**

Antes de tecer as nossas considerações finais concernentes aos resultados obtidos durante a pesquisa de campo desenvolvida, é importante salientar alguns aspectos relevantes que nos chamam a atenção, e que por sua vez não estão evidenciados nos dados estatísticos expostos.

São nuances e percepções surgidas durante as entrevistas com as categorias consultadas, que nos levam a extrair algumas conclusões acerca da noção de guarda compartilhada, no contexto jurídico e social de Brasília-DF.

A realização das entrevistas deu-se de maneira presencial, durante as quais, além de responder aos questionários, ao entrevistado era dada a oportunidade de fazer questionamentos acerca da guarda compartilhada, bem como tecer comentários pessoais. Durante o contato com os entrevistados (categorias “a”, “b” e “c”), identificou-se em

considerável parcela, determinado grau de confusão entre os conceitos de guarda *compartilhada* e guarda *alternada*. Ao receberem esclarecimentos a respeito do verdadeiro significado da modalidade da guarda compartilhada, o posicionamento dos entrevistados mudava de maneira significativa, pois a rejeição inicialmente demonstrada pela guarda *alternada* era substituída por manifestação mais favorável à modalidade da guarda compartilhada. A imprecisão conceitual era tão perceptível que alguns dos entrevistados informavam de antemão, mesmo antes de receber o questionário, que eram terminantemente contra a sua implementação devido à alternância de residências e à instabilidade gerada para os menores em decorrência disso. Igualmente, verificou-se o mesmo a respeito dos comentários registrados nos questionários, ou seja, que muitos supunham estar respondendo a um questionário sobre a *guarda alternada*, não obstante os esclarecimentos realizados durante as entrevistas.

Devemos registrar ainda, como parte integrante de nossa pesquisa de campo, a visita ao Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Brasília, localizado na cidade satélite de Ceilândia, no intuito de verificar se a guarda compartilhada era adotada em populações de baixa renda.

Lá tivemos a oportunidade de conversar com o seu coordenador, o Professor Mamede Said Filho, acerca da presença da modalidade da guarda compartilhada nos atendimentos realizados à população daquela circunscrição judiciária. Este, por sua vez, permitiu-nos contactar os estudantes de graduação do curso de direito, encarregados do atendimento aos *clientes* daquele núcleo assistencial.

Constatamos que a incidência da aplicabilidade da guarda compartilhada é praticamente inexistente sob essa nomenclatura, naquela esfera populacional hipossuficiente. Todavia, a partir da descrição de alguns casos específicos, verificou-se a

existência de arranjos de guarda semelhantes à estrutura da guarda compartilhada, uma vez que presentes algumas de suas características, sobretudo o compartilhamento de decisões e responsabilidades.

Dos resultados obtidos durante o levantamento realizado em Brasília-DF, destaca-se particularmente o grupo dos juízes, promotores e defensores, cuja maioria, à razão de setenta e sete por cento, manifestou-se favoravelmente à instituição da guarda compartilhada. Tal dado é de extrema relevância, considerando-se a importância dos referidos profissionais na tarefa de divulgação e incentivo da adoção da guarda compartilhada, como modalidade de guarda que atende ao melhor interesse da criança e que favorece a preservação da convivência familiar. Para tanto, é indispensável que os referidos profissionais salientem às partes a possibilidade de sua implementação, esclareçam o seu funcionamento, sugerindo a sua adoção, caso se verifique que a sua implementação atenda ao melhor interesse da criança. Ressalta-se igualmente a possibilidade de atribuir à guarda compartilhada a condição de modalidade preferencial, exceto pela atribuição da guarda única nos casos de sua impossibilidade devido à ausência de ambiente minimamente neutro entre os genitores, bem como ao se constatar que não atenderá aos melhores interesses da criança.

Por outro lado, verificou-se que, na prática, apenas quarenta por cento da mesma categoria (juízes, promotores e defensores públicos) aplicam a modalidade da guarda compartilhada, o que nos demonstra que ainda há um largo caminho a ser percorrido entre a aceitação da guarda compartilhada como modalidade *ideal* e a sua *efetiva utilização* nas varas de família. Para tanto, é indispensável que os operadores do direito se encarreguem de transportá-la do plano ilusório para o plano real, colocando-a em prática sempre que possível.

Entre os advogados questionados se eram favoráveis à instituição da guarda compartilhada e se a aplicavam na prática, não há grande divergência, uma vez que oitenta e três por cento se manifestaram favoravelmente à sua utilização, sendo que setenta e cinco por cento efetivamente a aplicam na prática. Quer dizer, embora grande número de juízes tenha se manifestado positivamente acerca da implementação da guarda compartilhada, a categoria dos advogados vê a guarda compartilhada como algo efetivamente concreto, não estando a sua opinião restrita ao plano abstrato, e sim, prático.

Em relação à mediação, verificou-se o reconhecimento dessa modalidade alternativa de pacificação de conflitos como instrumento de alta relevância na solução de disputas de guarda, porquanto capaz de proporcionar aos interessados participação direta na solução de seus próprios conflitos, mediante a comunicação eficaz. Sessenta e dois por cento dos profissionais consultados (categorias “a” e “b”) sobre a importância da mediação extrajudicial na solução de conflitos de guarda, entendem que a mediação constitui instrumento de alta importância para a pacificação de litígios dessa natureza. Embora não tenha sido objeto de nossa pesquisa a mediação judicial, ou seja, a mediação institucionalizada, que se realiza por indicação do magistrado, com o encaminhamento das partes a um mediador integrante do quadro funcional do próprio Tribunal, citamos o Serviço de Mediação Forense - SEMFOR, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em funcionamento no fórum da cidade satélite de Taguatinga desde dezembro de 2002. Tal iniciativa é de se enfatizar, uma vez que os interessados em solucionar o conflito dispõem do serviço de mediação dentro do próprio Tribunal, facilitando às partes o acesso à referida modalidade alternativa de pacificação de conflitos.

Nesta esteira, entendemos que a mediação igualmente será útil na implementação da guarda compartilhada. Não havendo acordo entre os pais acerca da guarda dos filhos, a

técnica da mediação proporcionará ambiente adequado para que pais e mães se comuniquem com o objetivo comum de solucionar o conflito familiar, conscientizando-se da permanência de sua responsabilidade parental, após a ruptura do casal.

## **CONCLUSÃO**

O presente estudo permite-nos concluir, diante dos novos paradigmas vivenciados pela família brasileira e, por força da principiologia constitucional ora vigente, que a guarda compartilhada deve ser valorizada como modalidade que leva à concretização dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar.

Para tanto, denota-se a evolução familiar ocorrida entre a era da colônia e a contemporaneidade, período de consideráveis transformações, chegando à família constitucionalizada. Em sua trajetória, a família evolui do modelo patriarcal, hierarquizado e patrimonializado, para alcançar uma concepção eudemonista, solidária e afetiva, presente nos dias de hoje.

Destarte, novas leituras acerca da família fazem-se indispensáveis, para atender às necessidades que se sedimentam em seu seio, as quais merecem a devida atenção do Direito

de Família. Surge a importância da adequação do sistema de guarda atualmente vigente à nova realidade familiar, baseada, acima de tudo, em vínculos afetivos.

Hodiernamente, o fim do casamento, da união estável ou a falta de reconhecimento de filhos não mais constituem razões para o distanciamento ou a ausência de convivência entre pais e filhos. A família passa por um processo de *funcionalização*, por meio do qual a sua razão de ser obedece a critérios como a busca pela felicidade e a realização pessoal de seus membros.

Com o advento dos fenômenos da *despatrimonialização* e a conseqüente *repersonalização* das relações de família, passa a ser não somente possível, mas fundamental, a continuidade das relações familiares. Mesmo após a separação, o divórcio ou o término da união estável, é imperioso dar aplicabilidade aos princípios do melhor interesse da criança e da convivência familiar.

Estes princípios constitucionais gozam da mesma supremacia das normas constitucionais expressas. Portanto, de observância obrigatória, como corolário do macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

O Direito de Família volta-se para o texto constitucional, buscando concretizar tais princípios por meio da hermenêutica operante entre a codificação civil e a Carta Maior, a partir do reconhecimento da pessoa humana como o centro das relações familiares e a conseqüente atribuição de proteção prioritária à criança e ao adolescente, conforme preconizado no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal.

As transformações mais recentes ocorridas com a modernização da família, demandam a criação de institutos adequados ao contexto social e jurídico no qual se desenvolvem as relações familiares. Impossível seria ignorar a dinâmica desse grupo sócio-cultural, que em determinado momento se constitui e se desenvolve, para em outro

possivelmente desconstituir-se e transformar-se. Assim, a família passa por fases tais como o casamento ou a constituição da união estável, seguida pela eventual chegada de filhos. Muitas vezes também passa pela separação e pelo divórcio, ou ainda pela dissolução da união estável, até iniciar outro ciclo semelhante, por meio da família reconstituída. Nesse cenário, o Direito de Família volta-se em especial para os filhos, pessoas em peculiar fase de desenvolvimento, cujo bem-estar deve ser garantido, por meio da observação de seu melhor interesse. Estes igualmente acompanham as fases que transformam a família, devendo o seu destino ser tratado no mesmo contexto: o da família em constante transformação. Para isso, é mister adequar a realidade jurídica à dinâmica familiar, diante dos novos valores experimentados pelos seus membros.

Em decorrência da constante transformação da família, surgem em nossa realidade jurídica novas modalidades de guarda, dentre elas a guarda compartilhada. Do estudo bibliográfico e prático realizado, constatou-se a crescente importância da referida modalidade de guarda de menores em nosso País. Tal constatação extrai-se da crescente produção científica sobre o tema - há poucos anos bastante escassa-, do notório surgimento de associações compostas por pais separados, além de profissionais do direito e de outras áreas afins, em defesa da convivência familiar.

Ao analisar o instituto da guarda sob a ótica civil-constitucional, verificou-se que, apesar da ausência de disposição expressa que preveja a guarda compartilhada, há diversos permissivos legais para a sua adoção no corpo da codificação civil, possibilitando a ainda tímida, mas, crescente, utilização desta modalidade de guarda no ordenamento jurídico. Assim, a junção dos preceitos que disciplinam o instituto da guarda no ordenamento civil com os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente leva à admissão da guarda compartilhada em nosso ordenamento. Assim, a nosso ver, a

falta de preceito positivo não constitui óbice para a sua implementação, devendo observar, para tanto, o melhor interesse da criança e do adolescente, no caso concreto.

Há de se afirmar, nesse sentido, que o presente estudo não busca generalizar a adoção da guarda compartilhada. A avaliação de seu cabimento deve se dar caso a caso, pela impossibilidade de se auferir abstratamente o que vem a ser o melhor interesse para cada criança, o que deve ser verificado em cada contexto familiar. No entanto, vemos a necessidade de elevá-la à categoria preferencial no rol das modalidades de guarda hoje existentes, transformando-a em instrumento de efetivação do princípio da convivência familiar.

Conforme demonstra a pesquisa efetuada, a modalidade mais utilizada em Brasília-DF é a da guarda única, na qual a convivência familiar é abruptamente afetada, diante da fixação de visitas escassas. Saliente-se que tal modelo é utilizado indiscriminadamente, por ser clássico, usual e por ser o mais divulgado. Com mais razão, verifica-se a necessidade de disponibilizar para a população uma modalidade de guarda que não afete tão drasticamente a realidade familiar dos menores. Estes, ao passarem para a guarda de apenas um dos pais, enfrentam sentimentos de perda, divisão e instabilidade emocional em decorrência do distanciamento natural causado pela atribuição da guarda única. Nela igualmente se identifica cenário propício para a ocorrência de abuso do direito de guarda, em flagrante violação aos direitos fundamentais dos filhos. Ao se fixar a guarda compartilhada de maneira preferencial, a incidência do abuso de direito durante o exercício da guarda seguramente será minorada.

Com isso, quer afirmar-se que o magistrado deverá incentivar a adoção da guarda compartilhada sempre que possível, somente fixando a guarda única naqueles casos em que o compartilhamento da guarda não atender ao melhor interesse da criança. Esta hipótese

somente existirá quando o relacionamento dos pais não for minimamente propício para o desempenho da co-parentalidade, tornando-se nocivo ao bem-estar dos filhos ou diante da ocorrência de violência de qualquer natureza.

Certo é que a mudança em nosso sistema para a inclusão da guarda compartilhada como modelo preferencial de guarda de filhos deve passar por etapas necessárias à sedimentação do instituto, para ser aceito e aplicado corretamente. Contudo, não se cuida de um modismo, nem de algo passageiro e sim de solução definitiva para a concretização dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A origem européia e a prática comum nos Estados Unidos desta modalidade de guarda permitiu-nos buscar, nos referidos ordenamentos, subsídios para a sua implementação no direito brasileiro, sempre resguardadas as diferenças culturais e jurídicas existentes entre aqueles sistemas e o nosso. Assim, ao tomar por empréstimo os institutos jurídicos que legitimam na França e na Suíça a prática da *autorité parentale conjointe* e no sistema norte-americano, a da *joint custody*, avaliamos a possibilidade de sua implementação no direito pátrio, sob a denominação da guarda compartilhada. Dos sistemas pesquisados, vimos que a idéia central do compartilhamento da guarda reside nas vantagens que decorrem do exercício conjunto da autoridade parental, em especial no direito francês, onde a evolução da noção de guarda para a de *autorité parentale conjointe* não se restringe ao plano conceitual. Mais do que compartilhar a guarda física do menor, promove-se a participação efetiva de ambos os pais na educação dos filhos, sob o amparo do princípio da *coparentalité*. Os menores, por via de consequência, são diretamente beneficiados, podendo ao mesmo tempo gozar de uma convivência familiar ampla, apesar da separação de seus genitores.

Desta maneira, a convivência familiar resulta mais freqüente e flexível com os pais, permitindo que continuem a desempenhar um papel significativo na vida de seus filhos, tendo ambos poder decisório nas questões relativas à sua educação e desenvolvimento. Assim, sob a ótica da convivência familiar, além da atuação direta e efetiva de ambos os pais na sua educação e criação, a guarda compartilhada proporciona a manutenção dos laços afetivos que decorrem do convívio familiar. Isso permite uma maior aproximação do menor com a figura do não-guardião, o que, sem dúvida, conduz à realização do melhor interesse dos filhos de pais separados.

Constatou-se que a terminologia escolhida para essa modalidade de guarda não traduz o seu real significado. Ela não se limita apenas ao compartilhamento físico dos menores. Importa, necessariamente, no exercício conjunto da autoridade parental, por força do qual ambos os genitores contribuirão para a educação acadêmica, moral e religiosa de seus filhos, presumindo-se, para tanto, um acordo prévio entre os pais. Estes, enquanto em companhia do menor, zelarão pelos seus cuidados no cotidiano, e quando não o estiverem, poderão exercer sua autoridade parental em toda sua extensão, por meio da participação nas decisões acerca de sua formação e bem-estar.

Da pesquisa de campo empreendida com o intuito de avaliar diversos aspectos da guarda compartilhada na circunscrição judiciária de Brasília-DF, foi possível constatar, primeiramente, a necessidade do esclarecimento do significado da guarda compartilhada. Esta é muitas vezes utilizada como sinônimo de outra modalidade igualmente importada do direito estrangeiro: a guarda alternada. Tal equívoco provoca alto índice de rejeição pela guarda compartilhada, decorrente do pouco uso do que se denomina de *guarda alternada* e das fortes opiniões que desabonam a sua utilização. A confusão conceitual resultante da imprecisão entre as duas modalidades gera uma rejeição imediata pelo modelo da guarda

compartilhada, cujas vantagens são perceptíveis. Dentre os principais benefícios que decorrem diretamente de sua utilização estão: a participação de ambos os genitores no processo educativo de seus filhos, o incentivo da convivência familiar, ainda que sob novos moldes, a continuidade das relações familiares com o cultivo do afeto paterno-filial, e ainda a segurança que os menores sentem relativamente aos pais separados, que permanecem presentes e acessíveis mesmo após a ruptura conjugal.

Verificou-se, ao mesmo tempo, a importância da mediação familiar para a solução de conflitos de guarda, ao se constatar que a maioria dos entrevistados julga importante o papel da mediação na solução de conflitos desta natureza. Conseqüentemente, o mesmo se aplica na implementação da guarda compartilhada, sobretudo nos casos em que não há consenso entre os pais em relação à guarda dos filhos. Entendemos que a falta de acordo entre os genitores acerca da guarda dos filhos não constitui impedimento para a fixação da guarda compartilhada, uma vez que podem recorrer à técnica da mediação para dirimir conflitos decorrentes das complexas relações familiares. Estas, freqüentemente demandam a atenção de técnicas alternativas de pacificação de conflitos, que não se restringem às hipóteses de ganhar ou perder, típicas do processo judicial.

Por meio da prática da mediação, as partes são levadas a buscar a construção de novas alternativas a partir da superação dos impasses de cada um, logrado por meio da comunicação. É através dela que os pais em conflito poderão transformar um problema em solução comum, dando continuidade ao par parental, essencial para o desenvolvimento saudável dos filhos menores. Assim, na tentativa da implementação da guarda compartilhada, ainda que diante da ausência de consenso entre os pais, a prática da mediação é essencial. Entendemos, pois, que o melhor interesse da criança e do adolescente não pode ser subjugado à vontade dos pais ou à falta de acordo entre estes.

A pesquisa de campo desenvolvida apontou que a guarda compartilhada é modalidade que a cada dia ganha mais espaço. Dentre as categorias de profissionais do Direito entrevistados destaca-se o grupo dos advogados, que demonstra ser favorável à sua instituição, dentre os quais a maioria a aplica na prática. Por sua vez, o grupo de juízes, promotores e defensores públicos consultados, também, em sua maioria manifestou ser favorável à sua instituição. Contudo, apenas uma pequena parcela desses mesmos profissionais admite aplicar a guarda compartilhada na prática, o que demonstra ser a referida modalidade algo restrito ao plano ideal.

Considerando que a viabilidade e o sucesso da guarda compartilhada ainda são vistos por nossa sociedade como algo utópico, torna-se indispensável a promoção de suas vantagens concretas, visando a sua crescente utilização, conforme vem sendo incentivada pelos advogados atuantes na área do Direito de Família. Assim, lograr-se-à eliminar a ambigüidade de atitude existente entre os profissionais do Direito em relação à sua aplicação, bem como as barreiras culturais que geram a incompreensão do seu potencial.

Por fim, é nítido que a guarda compartilhada possui pleno amparo constitucional, devendo a sua adoção ser promovida em nosso ordenamento jurídico, sempre que possível, em prol da concretização dos princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. É um instituto que certamente será incorporado de maneira definitiva a nosso ordenamento, o que se percebe da crescente doutrina em sua defesa, assim como dos projetos de lei em andamento para a sua concretização. A guarda compartilhada deve ser vista como um dos maiores instrumentos de preservação dos laços afetivos, capaz de proteger aqueles pequenos seres que, pelo destino da vida, não devem ser subtraídas arbitrariamente do convívio de pessoas tão importantes como os seus pais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 31, ago/ set, 2005, p. 19-30.

\_\_\_\_\_. Poder familiar nas famílias recompostas e o artigo 1.636 do CC/2002. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) *Afeto, ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.161-179.

ALENCAR, Ana Valderez A. N. de.; LOPES, Carlos Alberto de Souza. *Código de menores*. Brasília: Senado Federal, 1982.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: Fernando A. Novais (Coordenador geral da coleção) e Laura de Mello e Souza. (Organizadora do volume). *História da vida privada no Brasil*. Cotidiano e vida privada na América portuguesa. v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 83-154.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional: a eficácia do código brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família*. Trabalhos apresentados no I Congresso de Direito de Família em Belo Horizonte, de 02 a 25/10/97. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 309-323.

ANDRADE, Érica. Até que o divórcio os separe. *Revista do Correio*. Correio Braziliense. Brasília, domingo, 12 de fevereiro de 2006. ano 1, número 39, p. 19.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 201-213.

BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: Fernando A. Novais (Coordenador geral da coleção) e Lilia Moritz Schwarcz (organizadora do volume) *História da vida privada no Brasil*. Contrastes da vida contemporânea. v. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 412-438.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: APASE-Associação de Pais e Mães Separados (Org.). *Guarda Compartilhada*. Aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 52-70.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple. 1<sup>re</sup> édition « Quadrige ». Paris : Presses Universitaires de France, 2004.

CARVALHO, Pedro Caetano de. A família e o município. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155-207.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito. Geral e Brasil*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003.

CORNU, Gerard. *Droit civil*. La famille. 8. ed. Paris: Montchristien, 2003.

DEL PRIORE, Mary. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes, doctrine, jurisprudence*. Tome premier. Introduction. Théorie générale des droits et des lois. Les personnes. La famille. Troisième édition. Complete et entièrement mise a jour. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant. Société Anonyme D'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1962.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

\_\_\_\_\_. *Síndrome da alienação parental: o que é isso?* [www.apase.org.br](http://www.apase.org.br). Acesso em 13.04.07.

- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. In: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco ( arts. 1.591 a 16.38)*. v. 18. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FULCHIRON, Hugues. *Autorité parentale et parents désunis*. Paris: Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1985.
- FRIEDMAN, Laurence. M. *Law in America. A short history*. New York: Modern Library, 2002.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. Formação da família brasileira sob o regimen de economia patriarcal. Rio de Janeiro: Maia e Schmidt Ltda., 1933.
- GAREIL, Laurance. *L'exercice de l'autorité parentale*. Bibliotheque de droit privé. Paris: L.G.D.J, 2004.
- GOLDSTEIN, Joseph et al. *The best interest of the child. The least detrimental alternative*. New York: Free Press, 1998.
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito de família*. 12. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- GRISSARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada. A tutela do poder familiar. In: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coords.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103-130.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JOSSERAND, Louis. *L'Esprit des droits et de leur relativité*. Théorie dite de l'abuse des droits. Paris: Dalloz, 1927.

LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. *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: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O sentido repersonalizante das relações familiares*. Correio Braziliense, caderno Direito e Justiça, 28 de junho de 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6. n. 24, jun / jul 2004, p 136-156.

\_\_\_\_\_. *As vicissitudes da Igualdade e dos Deveres Conjugais no Direito Brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6. n. 26, out / nov. 2004, p. 5-17.

\_\_\_\_\_. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, vol. 16*. Coord.: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e cidadania - o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89-107.

\_\_\_\_\_. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.245-263.

MADALENO, Rolf Hanssen. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 341-357.

MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Huges. *La famille*. Paris: Défrénois, 2004.

MICHELI, Jacques *et al.* *Le nouveau droit du divorce*. Lausanne : Éditions Pépinet, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. [www.idcivil/artigos.html](http://www.idcivil/artigos.html). Acesso em 20.01.07.

NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda ou responsabilidade parental? Direito de visitas ou direito à convivência? O não-dito. In : Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coords.) *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 203-213.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: Vicente Barreto (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 127-168.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. *Alternative dispute resolution*. New York: West Publishing Co., 1992.

PASTOR, Milagros García. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 575-586.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gishckow. *Guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. <http://www.pailegal.net>. Acesso em 11/11/06.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança. In: \_\_\_\_\_ *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-101.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. Miguel Reale e Judith Martins-Costa (Coord.) Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, José Honório. *História da história do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1979.

SHORTER, Eduard. *A formação da família moderna*. Tradução - Teresa Pérez. Lisboa: Portugal: Terramar, 1995.

SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Ltda., 2004.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *História da família no Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada*. Posicionamento judicial. São Paulo: Editora de Direito, 2006.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Laura de Mello e. (Org.). *História da vida privada no Brasil*. v. 1. Cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

STETTLER, Martin. *Traité de droit privé suisse*. Le droit suisse de la filiation. vol III, tome II, 1. Fribourg, Suisse : Éditions Universitaires, 1987.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro, : Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil - constitucional das relações familiares. In: \_\_\_\_\_ *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.

\_\_\_\_\_. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_ *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173-191.

\_\_\_\_\_. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil - constitucional. In: \_\_\_\_\_ *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 443-488.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.