

GUARDA COMPARTILHADA:

A DIFÍCIL PASSAGEM DA TEORIA À PRÁTICA

Maria Lúcia Luz Leiria
Juíza do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Mestre em Direito
Doutoranda em Direito

Sumário: Resumo. Introdução. I - Guarda. 1. Conceito. 2. Tipos. II - Guarda Compartilhada — teoria. 1. Conceito. 2. Histórico 3. Pressupostos e condições. 4. Fundamentos legais. 5 Fundamentos sociais. III - Guarda Compartilhada — Prática. 1. Realidade estrangeira. 2. Realidade Nacional. 3. Possibilidade legal de determinação. 3.1. Multidisciplinariedade. IV - Rito de Passagem. 1. Dificuldades legais e sociais. 2. Soluções jurisdicionais. 2.1. Responsabilidade Civil V- Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo:

O instituto da guarda conjunta ou compartilhada diz respeito à guarda jurídica do menor. A ausência de expressa previsão legal não impede possa ser aplicado em nosso País, dependendo da informação multidisciplinar e da sensibilidade do Juiz de Família, sempre em atenção ao caso concreto e com o objetivo do bem-estar do menor.

INTRODUÇÃO

O tema proposto, em que pese a vasta bibliografia estrangeira, não encontra no Brasil, até o momento, muitas obras.

Trata-se, à toda evidência, de tema que envolve um dos maiores valores, o bem mais precioso: o ser humano em sua formação, atingindo a criança e o adolescente, cujos direitos têm prioridade no plano constitucional. A abordagem do tema restringir-se-á ao exame das possibilidades de ser posto em prática o instituto em comento, sem, contudo, se avançar em temas contíguos que exercem influência notória e valiosa no assunto ora abordado, como, por exemplo, direitos e garantias da criança e do adolescente, interesse do menor, responsabilidade pelo menor, sua assistência, sua representação e relação com terceiros que não os genitores - enfim, sua capacidade como sujeitos de direito.

A partir dessa abordagem, dois enfoques surgem bem-delineados: de um lado, os aspectos sociais, emocionais, psicológicos e psicanalíticos do menor sob guarda; do outro, o aspecto legal, o aspecto jurídico, a influência do julgador ou do mediador nas decisões dos pais e, precipuamente, a decisão dos pais.

I — GUARDA

1. Conceito

O conceito de guarda surge de um valor maior protegido, que é o bem-estar, a preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado, e sustentado, para atingir a maioridade com completa saúde física e mental, capacitação educacional, e

entendimento social, de forma a atender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna, fundamento do próprio Estado de Direito insculpido em nossa Carta (CF, art. 1º, III).

Guarda, na lição de Pontes de Miranda, “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.¹

Para Sérgio Gischkow Pereira,² é a situação do detentor da responsabilidade sobre o sustento e a manutenção do menor.

A situação da guarda surge sempre a partir da ruptura da sociedade conjugal.

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 33):

“A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

Não há diferença entre os termos *guarda conjunta* e *guarda compartilhada*. No entanto, o termo *compartilhada* expressa, semanticamente, idéia mais conforme com o instituto da guarda conjunta, da guarda pelos dois genitores.

2- Tipos

- a) Exclusiva
- b) Alternada
- c) Dividida
- d) Conjunta

¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado- Parte Especial*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII, p. 94-101.

² PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no Direito Brasileiro. Porto Alegre: *Ajuris XIII(36):53-64, março de 1986*.

A guarda exclusiva é a atribuída, isoladamente, a um só dos genitores. Na guarda alternada, cada genitor exerce, alternativamente, a guarda do filho com todos os atributos que lhe são próprios. Já a guarda dividida “se impôs como o recurso de exercício de autoridade parental mais propício à criança, já que ela viverá num ‘lar’ determinado e usufruirá da presença do outro genitor - a quem não foi atribuída a guarda - através do direito de visita”.³

A primeira divisão a ser efetuada é a que classifica a guarda em *guarda física* e *guarda jurídica*. Guarda física é aquela com quem reside a criança, e guarda jurídica aquela de quem detém todos os atributos que o tornam responsável pelo sustento, manutenção e educação do filho. Assim, na guarda exclusiva, como na alternada e na dividida, estão juntas a guarda física e a guarda jurídica, o que não ocorre na guarda compartilhada, conforme se verá nos tópicos abaixo abordados.

É, portanto, problema atual e necessita de suporte teórico, doutrinário e jurisprudencial para mitigar o sofrimento dos menores.

II- GUARDA COMPARTILHADA

1. Conceito

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais; a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 260.

Guarda compartilhada é a guarda jurídica atribuída a ambos os genitores; “é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre o menor pessoas residentes em locais separados”.⁴

2. Histórico

A guarda compartilhada vem sendo utilizada em diversos países da Europa e nos Estados Unidos da América, sendo instituto novo, em face da problematidade humana sentimental, emocional, moral, psicológica, social.⁵

Em nosso país, vem sendo examinada a partir das últimas três décadas.

3. Pressupostos e condições

Pressuposto da guarda é a ruptura conjugal. Daí vários elementos convergem para a efetivação da guarda do menor, porque somente a partir de uma perda é que se dá a mudança da situação familiar do menor.

Perdas sempre são difíceis de serem trabalhadas no plano psicológico e afetivo, ainda mais quando a ruptura provém de litígio entre os pais. Por isso, necessário neste momento - em não havendo acordo entre os pais, o que resultaria na probabilidade de concordarem com a chamada guarda compartilhada, partilhando a guarda jurídica do filho - buscar, tanto o pai quanto a mãe, o entendimento claro e importante de que o que foi rompido foi o laço conjugal e não o laço tutelar, entre pai e filho, entre mãe e filho. Cabe aqui reiterar o que disse o prof. Eduardo de Oliveira Leite: “A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com

⁴ Conforme PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no Direito Brasileiro. Porto Alegre: *Ajuris* XIII (36): 53-64, março de 1986.

os filhos. A família desunida permanece biparental. Ou, sintetizando Défossez e Vauvillé, o que se pretende é ‘manter o casal parental (comunidade dos pais) apesar do desaparecimento do casal conjugal’”.⁶ Assim é que os cônjuges deixam de ser cônjuges, mas não deixam de ser pais.

Especificamente, no que diz com os pressupostos da guarda compartilhada, além da causa comum a qualquer tipo de guarda, a dissolução da sociedade conjugal, existem outros fatores que podem ser entendidos como pressupostos da determinação da guarda jurídica conjunta, que implicam a escolha de tal tipo de guarda pelo juiz - claro que sempre no caso de não ter havido acordo entre os pais. Por primeiro, inexistir qualquer das causas impeditivas do deferimento da guarda para um dos pais. Exemplo: violência contra os filhos, alcoolismo, doenças mentais, vontade expressada de não ser o guardião. Por segundo, o exame atento do caso concreto, capaz de verificar as condições sociais, psicológicas, morais, emocionais e afetivas dos genitores.

A partir da década de 70, é realidade nacional, aliás objeto de reportagem da Revista *Veja* de 17 de março do corrente ano, o aumento em percentuais das separações, dos divórcios e dos novos casamentos - a alteração, portanto, do perfil da família brasileira. A emancipação da mulher, sua inserção cada vez maior no mercado de trabalho, o tratamento igualitário no plano constitucional e a busca da efetividade desta isonomia com os homens em todos os setores da sociedade tornam urgentes, também, a reforma e a alteração na forma de partilhar, de dividir, as importantes e fundamentais obrigações de criar, educar, prover e manter a prole.

Historicamente comprovado que as transformações sociais, na maior parte das vezes, são oriundas das idéias inovadoras de doutrinadores e de pensadores que, à sua época,

⁵ Conferir em PEREIRA, Sérgio Gischkow, *op. cit.*, p. 53.

⁶ Conforme LEITE, Eduardo de Oliveira, *op. cit.*, p. 271.

pareceram deslocados, dissidentes do geral das coletividades, como bem disse Howard Garden, na obra “Mentes que criam”. É este final de milênio, a partir das últimas quatro décadas, o berço de idéias que se projetam para atender e promover os direitos fundamentais, dentre eles o cristal mais delicado, mais frágil entre todas as criaturas, que é o ser humano enquanto desprovido de capacidade para se autodeterminar. É na prioridade do bem-estar do menor, de sua proteção efetiva, de sua educação em termos totais, que reside a grande esperança de que possamos alcançar a tão almejada justiça social. Tem-se, pois, como muito bem disposto pelos psicanalistas Sergio Eduardo Nick e Françoise Dolto⁷ que o estigma da separação dos pais pode marcar fundo a personalidade da criança e do adolescente, capaz de transformá-los em neuróticos covardes, em psicóticos, em obsessivos.

A formação do ego ao longo da caminhada para a maturidade não está imune ao sofrimento, ao manejo com as perdas. No entanto, para que cresça com as melhores possibilidades de se enquadrar na sociedade organizada, de poder se autodirigir, de poder ter prazer no que faz, mister que esta caminhada seja protegida e trabalhada no plano afetivo, com o que necessário se faz o reconhecimento pelos pais, pela sociedade e pelo Estado do indispensável acompanhamento e aconselhamento, e mesmo tratamento por profissionais de várias disciplinas - desde o pediatra, passando pelo psicólogo, psicanalista, assistente social, terapeuta familiar - o que importará numa decisão fundada nos valores constitucionalmente protegidos, que são, em resumo, o interesse prioritário do menor a ser defendido pelo juiz quando defere a guarda na falta do benéfico acordo entre os pais separados, como bem salientaram Françoise Dolto, Sergio Eduardo Nick e Sergio Gischkow Pereira em suas obras citadas.

⁷ Conferir em NICK, Sérgio Eduardo, Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados (In: BARRETO, Vicente (org). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997), p. 127-168, e DOLTO, Françoise, *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

4. Fundamentos legais.

Cabe assinalar que inexistente norma objetiva e específica determinando em que casos deva ser deferida a guarda compartilhada, como bem asseveram os autores já mencionados.

Contudo, tanto nos dispositivos da lei do divórcio quanto no ECA, e com fundamento no artigo constitucional 227, *caput*, que prioriza o bem-estar do menor, possível, sem sombra de dúvida, a determinação da guarda compartilhada. É o que se vê da exegese feita, já antes do advento da nova ordem constitucional, pelo prof. Sergio Giskow Pereira,⁸ no sentido de que, não sendo proibida, é permitida - e mais, pode ser, em determinados casos, a única capaz de atender o princípio constitucional já mencionado.

Na Constituição Federal de 1988, encontram-se, no Título VIII, da Ordem Social, em seu Capítulo VII, as normas reguladoras da família, da criança, do adolescente e do idoso. Numa visão sistemática da Carta Constitucional, é a ordem social um dos fundamentos da República Federativa, já que assim se encontra disposto no art. 3º, I, da mesma Constituição. Este fundamento, disseminado por toda a Constituição, e que, em última *ratio*, é o *telos* do constituinte, está consagrado no próprio art. 193, que dispõe sobre as bases da ordem social, cujo objetivo é “o bem-estar e a justiça sociais”.

Assim é que, fazendo parte de tal título, as normas referentes à família erigiram as relações familiares - quer sangüíneas, quer de afeto, quer oriundas de casamento ou união entre homem e mulher, quer formadas por unidades monoparentais - ao *status* de Direito Constitucional, quiçá publicizando o que antes era tipicamente conceituado como privado, ou,

⁸ *Op. cit.*

numa outra ótica, fazendo desmerecer, desbotar, atenuar os rígidos limites entre o que era público e o que era privado.

Assim, no ponto em que interessa, tenho que há duas condicionantes para o exame da questão posta. Primeiro, igualdade dos cônjuges; segundo, proteção do menor.

Por isso, o valor maior, a obrigação da família, como da sociedade e do Estado, é no sentido de promover, “ com absoluta prioridade” (art. 227, CF), o bem-estar da criança, assegurando-lhe os direitos fundamentais que ali estão reproduzidos.

Tais direitos são cláusulas inabaláveis e sequer podem ser alterados por meio de emenda constitucional (art. 60, CF).

A partir destas premissas, de que há a igualdade dos cônjuges e que há prioridade nos direitos da criança, passa-se ao exame da legislação infraconstitucional no que diz apenas com a guarda do menor.

Dizem os artigos 3º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

“Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

“Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

A Lei 6.515/77, em seu artigo 9º, dispõe:

“Art. 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.”

A partir destes dispositivos, tem-se que a guarda compartilhada é viável, possível e legal.

O pátrio poder é compartilhado pelo pai e pela mãe. Quando há a ruptura conjugal, se inexistente causa de perda do pátrio poder, este continua na figura do pai e da mãe. Porque os cônjuges podem separar-se, podem deixar de ser cônjuges, mas não deixam de ser pai e de ser mãe. Não se confunde a instituição do pátrio poder com a guarda, mas é um fundamento analógico, já que pode haver guarda compartilhada como instituto que também torna o detentor responsável pelo menor.

Ou melhor, o vínculo da paternidade e da maternidade não se dissolve, não se apaga, não morre, não se derroga por nenhuma norma jurídica. Esse vínculo natural, biológico ou não, afetivo de constante caminhada nos meandros da vida em sociedade, não se rompe com a ruptura do casamento, dos laços conjugais.

A sociedade conjugal acaba, a relação pai-filho, mãe-filho é eterna.

Daí que a guarda compartilhada, enquanto entendida como guarda responsável pelos direitos assegurados na Constituição, que, em síntese, são o da manutenção do menor, não se confunde com a guarda física, ou seja, com a convivência sob o mesmo teto, o cuidado direto que, inclusive, muitas vezes, é diluído nas creches, nas pré-escolas, nas escolas, em terceiros que trabalham no lar dos pais.

É desta guarda compartilhada que trata o tema e é dela que defluem enormes conseqüências.

5 -Fundamentos sociais

Numa sociedade como a brasileira, mister que, num primeiro momento, se estabeleça que o instituto ora examinado somente pode vigor para as famílias dissolvidas onde estão presentes as condições de efetiva possibilidade de sustento, bem como naquelas das denominadas classes privilegiadas da sociedade - classe média até alta. Tudo porque os

hipossuficientes, aqueles que estão em regime de sub-habitação, os favelados, os que dependem do salário mínimo de um só membro da família e que, infelizmente, são a maioria neste país-continente, sequer têm a possibilidade de partilhar a guarda jurídica dos filhos, porque o primeiro direito fundamental pelo qual lutam é o da própria sobrevivência. Assim é que, mesmo que haja litígio pela custódia do filho, ele não será resolvido sob a ordem jurídica, na área jurisdicional, e sim, na intimidade dos barracos, na solidariedade da vizinhança, na fraternidade dos sem-teto.

Assim, os fundamentos sociais para a determinação da partilha da guarda jurídica do menor hão de ser aqueles que permitam se tornem solidários ambos os genitores, quando há na esfera econômica dos dois possibilidade de manutenção da guarda conjunta, quer porque ambos os genitores podem atender aos reclamos afetivos do menor, quer porque ambos os genitores estão em situações assemelhadas no campo emocional, social, econômico e psicológico.

Isto quer dizer que a união dos genitores pela guarda do menor deve ser de tal forma que não induza o filho a começar a sentir as diferenças, o que fatalmente poderá prejudicar o seu crescimento.

Portanto, os fatores sociais, a forma de inclusão na sociedade do pai e da mãe, em seus campos de vida pessoal, social e da grande família, onde entram todos os colaterais, os amigos, a coletividade em que vivem, devem ser, de alguma forma, compatível com a idéia fundamental da criança que é a da igualdade de todos os seres humanos, igualdade esta que tem a ver com a ternura nos relacionamentos, com a compreensão das diferenças, com o entendimento do outro, com o saber dividir, dar e receber, acolher, aprovar, aceitar e enfrentar.

III - GUARDA COMPARTILHADA - PRÁTICA.

1. Realidade estrangeira

Como bem fez anotar o trabalho de Sérgio Eduardo Nick,⁹ tal prática vem sendo adotada nos países da Europa e nos Estados Unidos - neste a partir de legislações estaduais. Naquele país os Estados podem legislar independentemente e as cortes estaduais têm competência em matéria de divórcio e família, como anotado.¹⁰ O que se tem demonstrado, em certos casos, é a forma mais benéfica ao crescimento do menor - aliás, é o que se vê da American Bar Association, onde pesquisas e estudos multidisciplinares têm-se aprofundado na busca de melhores condições para que o magistrado defira a guarda conjunta a fim de proporcionar menores traumas aos filhos do divórcio.¹¹

É na psicanálise, no estudo das individualidades dos casos concretos, que se vem desenvolvendo a prática não só de determinar o uso de um mediador - profissional hábil e capaz de levar os genitores a um acordo, o que é sempre melhor para o menor, se efetivamente cumprido tal acordo -, mas também de propiciar ao juiz a melhor descrição tanto dos pais como dos filhos, e do ambiente em que vivem, das condições psíquicas e emocionais para decidir pela *joint custody*.

2 - Realidade nacional

No Brasil, estamos, a partir de estudos dos profissionais do Direito de Família e de nossa realidade social, caminhando para o aprofundamento destas questões, verificando-

⁹ Conferir em NICK, Sérgio Eduardo, *op. cit.*

¹⁰ Ver MEADOR, Daniel John, *Os Tribunais nos Estados Unidos*, traduzido por Ellen G. Northfleet.

¹¹ Conforme NICK, Sérgio Eduardo, *op. cit.*, p. 138.

se junto às varas de família as preocupações tão bem-descritas pelo prof. Sérgio Gischkow Pereira,¹² e que vêm ao encontro do que dispõem a norma constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aliás, esta preocupação com a guarda do menor foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, já na vigência da nova ordem constitucional (HC 69.303/MG, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurelio, Pleno, julg. 30-06-92, DJ 20-11-92, p. 21.612) :

“HABEAS CORPUS- A CRIANÇA E O ADOLESCENTE- PERTINÊNCIA. À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, como prioridade, à criança e ao adolescente, 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, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhe são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por conseguinte, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistem motivos morais que afastem razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem.”

Os trabalhos de psicanalistas e operadores do direito, quer na advocacia, quer no magistério superior, como nas sentenças e acórdãos de nossos tribunais, demonstram que, apesar da inexistência de regra dispositiva específica, o instituto da guarda conjunta vem sendo uma das formas utilizadas e preconizadas para atender as grandes conquistas

¹² Ver, para tanto, PEREIRA, Sérgio Gischkow, *op. cit.*

insculpidas na ordem constitucional e infraconstitucional na esfera protetiva do menor.

3- Possibilidade legal de determinação

Como já apontado no item supra, inexistente dispositivo determinante específico da aplicação da guarda compartilhada. No entanto, as normas constitucionais (arts. 226 e 227), os artigos 33 a 35 do ECA, os artigos 9º ao 16 da lei do divórcio, permitem a operacionalização deste instituto, já que inexistente qualquer proibição. As únicas possíveis são a negativa de um dos genitores, a sua incapacidade legal, a incompatibilidade da concessão por trazer em potencial maior prejuízo ao menor, quer porque o litígio ficará mais acirrado, quer porque os domicílios dos genitores são incompatíveis com os deveres da guarda jurídica.

3.1- Multidisciplinariedade

A aplicação da guarda jurídica conjunta não se faz por simples determinação legislativa - o que tornaria, talvez, mais aplicável pelos legalistas tal instituto -, mas sim pela confluência de conhecimentos multidisciplinares capazes de determinar, com a precisão possível dentro da ciência jurídica, o que, em determinado momento e para determinado menor, lhe é mais benéfico.

Cabe dizer que, após a ruptura e sem o acordo, devem os genitores estar abertos para o diálogo com os profissionais de diversas áreas, despidos da litigância que os envolvem como cônjuges, imbuídos na unidade de pai e mãe, conscientes de que tais laços não se dissolvem por determinadas fórmulas do mundo jurídico.

IV - RITO DE PASSAGEM

1- Dificuldades sociais e legais

Como toda solução no âmbito do Direito de Família, esta da guarda compartilhada não está imune a uma profunda - e às vezes longa - conscientização daqueles que trabalham em tal área. Ao longo desta necessária maturação do processo de acolhimento do que é novo, necessária se faz a constatação principal de que aqui as diferenças, os sinais internos e externos de cada caso, a subjetividade e a objetividade no detalhamento de todas as nuances do caso precisam ser exorcizados de todas as formas estereotipadas e necessitam sobremaneira de uma anamnese exemplar para que possa a guarda compartilhada ser incluída entre as práticas da determinação da guarda.

A passagem da teoria à prática só será efetiva após profundos estudos do comportamento humano, sempre em cotejo com os objetivos da norma constitucional protetiva do menor e o caso concreto.

Inobstante as dificuldades que sempre são enfrentadas na solução consciente e madura da guarda do menor, só a formação firme, o apoio dos profissionais já mencionados, o aporte de condições humanas e materiais poderão fazer com que o juiz de família tenha condições de, passando da teoria à prática, utilizar-se deste novo instituto.

2 -Soluções jurisdicionais

2.1 - Responsabilidade civil

Ao início, claro restou que a guarda compartilhada diz apenas com a guarda jurídica. Claro, também, que a guarda física ficará com o genitor com o qual residir o menor, podendo, é óbvio, na guarda compartilhada - porque há a responsabilidade da guarda jurídica por ambos os genitores - ocorrer a guarda física alternada, se isto for para o bem do menor.

Também necessário frisar que determinada guarda conjunta pode ser alterada a pedido de qualquer dos genitores, dos próprios filhos, ou de ofício pelo juiz.

Aplicada em determinado caso a guarda conjunta jurídica, vencidos todos os caminhos para tal deliberação, surgem conseqüências desta guarda compartilhada que dizem, principalmente, com a responsabilidade civil dos atos do menor, normada pelos arts. 1521 a 1523 do Código Civil.

Dando o menor causa a lesão de direito de terceiro e havendo necessidade de ressarcimento ao prejudicado, são os genitores guardiões responsáveis solidariamente pelos danos causados. Esta é a interpretação mais consentânea com o instituto, como definido neste trabalho, porque se há a partilha da guarda, portanto a responsabilidade de ambos os guardiões - diga-se que a guarda conjunta pode ser estabelecida para outros que não os pais biológicos - é de educar, manter o menor em solidariedade, portanto em solidariedade responderão pelos atos do menor. Caso contrário, estar-se-á negando o próprio instituto da guarda compartilhada. É claro que, se comprovado, dentro do princípio da ampla defesa, que houve culpa ou permissão de apenas um dos genitores para a prática de determinado ato lesivo, só a este cabe a reparação.

Sílvio Rodrigues¹³ assim leciona:

“Examinando-se o dispositivo (art. 1521 do Código Civil), agora que vige sem a restrição que era sua irmã gêmea (prova de culpa do pai a ser produzida pela vítima), nota-se que a revogação do Código de Menores de 1927 ampliou consideravelmente a responsabilidade dos pais, pois tirou-lhes a válvula de escape, representada pela possibilidade de ilidir sua responsabilidade,

¹³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil- responsabilidade civil*. 15.ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 62-8.

provando que não houve culpa ou negligência de sua parte. Sua responsabilidade, dadas certas circunstâncias, é objetiva, pois não mais existe a presunção de culpa, consignada no Código de Menores de 1927.

Entretanto, para que a responsabilidade do pai emergja é preciso que o filho esteja em sua companhia e guarda. É o que diz a lei. Portanto, se o filho **justificadamente** não estiver em sua companhia e sob a sua guarda, sua responsabilidade não se caracterizará. O grifo no advérbio **justificadamente** foi deliberado, pois se o menor, por culpa do pai, se encontra alhures e causa dano a outrem, não vejo como possa esse fugir da indenização.” (p. 67)

Yussef Cahali,¹⁴ relativamente ao assunto, assim se posiciona:

“Todavia, mesmo admitindo-se como certa a existência de presunção *juris tantum* e afastando-se a idéia, mais radical, de que a presunção é absoluta, visto que, para se entender assim, seria preciso haver lei expressa, algumas observações, tendo em vista os novos tempos, merecem ser feitas.

“

No nosso modo de entender, a prova, pelos pais, de sua não-culpa deve ser, atualmente, considerada com mais liberalidade pelos juízes. A intensidade com que as crianças recebem educação fora do lar é muito maior hoje do que antigamente; especialmente nas grandes cidades do país, o papel de educador, dos pais, está, em grande parte, dividido com o Estado, os educadores profissionais e os meios de comunicação. Desde os três anos, são muitas as crianças que têm, hoje, a formá-los outras figuras além de pai e mãe. (...) Se o ato danoso é cometido por menor *infans* (menor de 7 anos), é praticamente inarredável a responsabilidade dos pais (responsabilidade que poderia dizer-se direta, por ato próprio). (...) Acima dessa idade, a incidência vai passando progressivamente da culpa *in vigilando* para a culpa *in educando*.”

CONCLUSÕES

Após esta pequena incursão no direito de família, conclui-se que a guarda compartilhada é instituto que pode ser aplicado imediatamente em face da legislação já citada, e que sua aplicação depende da casuística, fica ao critério sempre sensível do juiz, dependendo sua adoção sempre do caso concreto.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 60-5.

As conquistas da doutrina estrangeira e nacional caminham lado a lado com os valores protegidos pela Constituição Federal e podem e devem ser absorvidas pelo Judiciário nos exatos termos do que seja prestação jurisdicional justa e efetiva, já que, por força do art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Nada mais certo e justo que o juiz de família deva apropriar-se de todos os conceitos e conhecimentos das disciplinas que se relacionam com o crescimento físico-psíquico do menor, da antropologia e da sociologia, para chegar à decisão mais justa ao bem-estar do menor. É o que se vê da lição de Maria Helena Diniz.¹⁵

“O processo sociológico ou teleológico objetiva, como quer Ihering, adaptar a finalidade da norma às novas exigências sociais. Tal adaptação está prevista no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. A interpretação, como nos diz Ferrara, não é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social. O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não pode ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o magistrado deve participar ao interpretar o preceito normativo.

“A técnica teleológica procura o fim, a *ratio* do preceito normativo para a partir dele determinar o seu sentido, ou seja, o resultado que ela precisa alcançar com sua aplicação. O sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma, exigindo, para tanto, a concepção do direito como um sistema, o apelo às regras da técnica lógica válidas para séries definidas de casos, e a presença de certos princípios que se aplicam para séries indefinidas de casos, como o da boa-fé, o da exigência de justiça, o do respeito aos direitos da personalidade, o da igualdade perante a lei etc. Isto é assim porque se coordenam todas as técnicas interpretativas em função da teleologia que controla o sistema jurídico, visto que a percepção dos fins exige, não o estudo de cada norma isoladamente, mas sua análise no ordenamento jurídico como um todo.”

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 1989 v.5, p. 180-4.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Retrocesso no Direito de Família. Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, *In verbis* 2(15): 12-13, outubro-novembro de 1998.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil- doutrina e jurisprudência*. 2.ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 60-5.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 1989 v.5, p. 180-4.
- _____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 2.ed. atualiz. aument. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135-160.
- DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989. 152p.
- GARDNER, Howard. *Mentes que criam; uma anatomia da criatividade observada através das vidas de Freud, Einstein, Picasso, Stravinsky, Eliot, Graham e Gandhi*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. 380 p.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais; a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 258-279.
- MEADOR, Daniel John. *Os Tribunais nos Estados Unidos*. Brasília: Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América-USIS, 1996. 108p.
- NAZARETH, Eliana Riberti (coord). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, 1997.

- NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (org). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 127-168.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no Direito Brasileiro. Porto Alegre: *Ajuris* XIII (36):53-64, março de 1986.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado- Parte Especial*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII, p. 94-101.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil- responsabilidade civil*. 15.ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 62-8.
- SILVA, José Luiz Mônaco. A guarda e a dependência previdenciária. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, *APMP Revista*, II (22): 72, setembro de 1998.