

2

A Guarda Unilateral com Visitas Livres: uma prática jurídica na busca do equilíbrio de responsabilidades

Dentre os temas próprios do Direito de Família a guarda e visitas dos filhos, em caso de separação dos pais, é aquele que envolve grandes conflitos e cuja solução depende do enfrentamento jurídico, mas principalmente de compreensão de aspectos técnico-psicológicos.

2.1

Guarda

A própria expressão semântica do dispositivo jurídico *Guarda* parece ambivalente, tomando uma conotação automática no sentido de vigilância, sentinela, de olhar unilateral; tal noção inadequada, se no passado se mostrava apropriada atualmente se distancia da nova perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade dos infantes.

A guarda tradicionalmente praticada era dotada de significativos níveis de subjetividade frente ao direito de visita, ficando o não outorgado numa posição de desvantagem, tendo o mesmo que submeter-se aos caprichos e idiossincrasias do guardião.

Cabe observar que até mesmo o termo “posição de desvantagem”, usado no parágrafo anterior, está agora sobrevoando o horizonte de eventos da relatividade já que para muitos não guardiões é extremamente vantajoso distanciar-se de toda e qualquer responsabilidade ou compromisso com a prole.

Sendo assim, hodiernamente, guarda é apenas um termo jurídico que não mais deve ser percebido e cultuado à imagem e semelhança da literalidade, já que nenhuma parte do casal, mesmo o guardião, possui condição ou situação permanente ou *status* absoluto; as novas cartas legislativas abduziram os privilégios e os preconceitos tradicionais que desvirtuavam o instituto da guarda,

retirando a função de salvaguardar o melhor interesse de um dos litigiosos transferindo-o à criança ou adolescente.

De acordo com Grisard Filho (2009), a guarda não se definiria por si mesma senão através dos elementos que a assegurariam, reconhecendo ser tarefa difícil conceituar tal instituto dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja.

De acordo com Dias (2007b, p.391):

Ocorrendo o desquite, os filhos menores ficavam com o cônjuge inocente. Nitidamente repressor e punitivo o critério legal. Para a definição da guarda, era identificado o cônjuge culpado. Não ficava ele com os filhos. O filho era entregue como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole. Na hipótese de serem ambos os pais culpados, os filhos menores podiam ficar com a mãe, se o juiz verificasse que tal não acarretaria prejuízo de ordem moral a eles. Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Deixava-se de priorizar o direito da criança, olvidando seu interesse em ter as melhores condições de desenvolvimento. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento. Igualmente, a Lei do Divórcio privilegiava o cônjuge inocente, os filhos menores ficariam com o cônjuge que a ela não houver dado causa. No entanto, a própria lei admitia abrandamentos. Havendo motivos graves, a bem dos filhos, era facultado ao juiz decidir diversamente.

Até um tempo recente, o direito brasileiro decretava punições ao cônjuge “culpado”, como se fosse um Deus, todo poderoso; como, por exemplo, a perda do direito de usar o nome do cônjuge inocente, a obrigação de prestar alimentos, redução nos bens a serem partilhados na separação judicial, a perda da guarda ou redução de visitas aos filhos, etc.

No entanto, já é assunto superado na jurisprudência a pesquisa da culpa na separação judicial, principalmente devido às conquistas isonômicas, constitucionais e infraconstitucionais, entre os gêneros, exceto em casos isolados e plenamente justificáveis. Seria um contra-senso, impedir, por exemplo, que uma mãe se tornasse guardiã dos filhos por não ter cumprido suas “obrigações conjugais”. Vale acrescentar que, até que se prove o contrário, nesse caso e em outros semelhantes toda a recíproca é verdadeira.

A guarda é o meio necessário para a efetivação do poder familiar. A legislação atribui ao poder familiar um complexo vasto de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como

patrimoniais, cuja distância, ou até mesmo a ausência, poderia prejudicar. Destina-se a guarda primeiramente a assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres (Grisard Filho, 2009).

No passado era comum o uso da criança como ferramenta de barganha ou moeda de troca em conflitos de interesses emocionais ou materiais entre os pais. Casos existiam em que um dos cônjuges, geralmente a mulher, suportava toda a incompatibilidade de gênios, ou até mesmo o término do amor pelo parceiro, por amor à prole, isto é, para poder permanecer perto dela, principalmente se esse cônjuge fosse a parte fraca na questão econômico-financeira. A criança, por sua vez, era tratada como se um objeto fosse, sem direito de opinar ou expressar seus sentimentos.

Com os formidáveis avanços das tecnologias da comunicação o mundo tornou-se pequeno demais e muito conhecido por todo o indivíduo que tenha acesso a um aparelho de televisão, principalmente. Todas as culturas, desde aquelas dos países do chamado Primeiro Mundo até as nações com costumes mais exóticos ou primitivos foram expostas, como se vivêssemos, numa aldeia global, observada e estudada através de *reality shows* produzidos para que populações inteiras adquiram admiráveis conhecimentos novos, sob a direção do Grande Irmão, do império das comunicações.

Originaram-se a partir daí, e de forma democrática, conhecimentos que mostravam um relativismo sócio-cultural que anteriormente somente era dado a perceber por antropólogos, sociólogos e outros pesquisadores. Vale acrescentar que os conhecimentos de tais pesquisas de campo eram escondidos pelas classes dirigentes “do mundo civilizado”, haja vista que poderiam se tornar verdadeiras ameaças aos “bons costumes cristãos”.

De certa forma, a Televisão tornou-se pouco a pouco uma janela para o mundo, possibilitou às “massas” acesso a conhecimentos que deixaram os nervos da opinião pública mundial à flor da pele, no sentido de que tal panorama tornou os países mais propensos a mudanças e anseios de libertação das minorias, aos dominados, aos mais fracos. Poder-se-ia dizer, por dedução lógica, que os meios

de comunicação corroboraram para que costumes e realidades arcaicas e retrógradas pouco a pouco fossem consideradas inadequadas e desprezíveis; isto não quer dizer necessariamente que as realidades mostradas eram de natureza ou origem “primitiva”, já que tribos de cultura pré-histórica tratavam suas crianças e mulheres com muito mais dignidade do que nas culturas autodenominadas “modernas”.

Depois dessa breve divagação sobre a relatividade cultural no planeta Terra, possibilitada pelos meios de comunicação de massa, voltemos ao curso principal do tema desta dissertação. Na separação um dos pontos mais delicados é a questão da guarda de filhos menores. O termo guarda, de acordo com a definição de De Plácido; Silva (1994) é derivado do antigo alemão *wargem*, do inglês *warden* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir, proteção, observância, vigilância ou administração.

Diniz (2007, p.1019) define a guarda da seguinte maneira:

A guarda é um dever de assistência material e moral a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor e do maior incapaz, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico. É um poder-dever exercido no interesse da prole. Ao genitor guardião se defere o poder familiar em toda sua extensão, cabendo-lhe a decisão sobre a educação do filho. Ao outro genitor se defere o direito de visita e o de fiscalizar a criação daquele filho, visto que apenas seu exercício passou para o guardião.

A guarda dos filhos está sob os cuidados da lei, e está presente em duas importantes situações no Código Civil de 2002, quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e quando da separação dos pais. Dias (2006) afirma que nos dois momentos não está presente a atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição Federal de 1988 nem para tudo o que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dita a respeito da tutela do melhor interesse de crianças e adolescentes.

E isto significa que um Código Civil não deve e não pode detalhar todas as matérias nele tratadas, é para isso que existe uma gama diversificada de legislações que podem ser mudadas e atualizadas toda vez que se fizer necessário. O Estado não deve também controlar os sentimentos, emoções e pensamentos dos seus cidadãos, caso contrário voltaríamos à Idade das Trevas, em que a Santa

Inquisição, controlava e punia os cidadãos como se um *Big Brother* às avessas fosse. Aliás, a vida privada acabou naquela época, assim como na ex-União Soviética. Dessa forma, o Código Civil de um país não deve ser específico em demasia e sim geral tanto quanto possível, principalmente nessa época atual de mudanças intensas e fluentes, tanto de cunho social e cultural quanto de caráter sociológico e tecnológico.

Não obstante, de fato, a criança é o futuro e merece todas as atenções sem que sua educação seja prejudicada pelo excesso ou exagero, que possa deixar os pais com as mãos atadas ou ainda que venha a neutralizar o que havia de correto no passado em termos de medidas de contenção ao natural egocentrismo característico da criança, sem outra finalidade de que no futuro ela possa viver em harmonia no seu convívio social.

Não resta dúvida de que a criança é a parte mais frágil do conflito entre os pais e merece ser o foco das atenções no que diz respeito à tutela e as exigências para que ela possa viver da maneira mais saudável possível, tanto no que diz respeito aos aspectos físicos quanto psicológicos. Educação e qualidade de vida, além das necessidades fundamentais ou básicas do ser humano, são indispensáveis.

De forma genérica a guarda é o lado material do poder familiar; é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes, podendo a guarda ser concedida a terceiros, como no caso da tutela (Fiuza, 2002).

Para Santos Neto (1994), guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação.

Segundo Diniz (2002, p.503), guarda “é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato”. Para Grisard Filho (2002, p.94) a guarda é “o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor”.

Portanto, este instituto é um conjunto de normas e princípios que estabelecem direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, com a finalidade e zelar pelo seu bem estar e pelos seus interesses, enquanto criança ou adolescente. A guarda é um atributo do poder familiar, que é direito e dever exercido por

ambos os genitores, em igualdade de condições, não se alterando com o advento da ruptura do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

O Instituto da guarda amparado pelo Código Civil, em seus artigos 1583 a 1590, visa justamente diminuir o abismo entre os dois pólos do poder familiar com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos e deveres de pais e filhos na relação assistencial, assegurando assim a criança, um desenvolvimento saudável, correto e efetivo.

Leite (2003, p.16), afirma que:

O surgimento de nova espécie de família – não mais aquela perfeitamente estratificada e engessada, no sentido de que cada membro ocupe um lugar específico e desempenhe um papel previamente determinado – calcada sobre ela própria e sobre a criança, desempenhou um papel importante na evolução das legislações, culminando por estabelecer uma real proteção do menor para o seu ideal desenvolvimento.

Segundo Grisard Filho (2002, p.61) a guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com a criança ou adolescente sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psicologicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo ao mesmo tempo, proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação às pessoas dos filhos.

De fato, a família atual é fruto dos novos tempos, da evolução social, tecnológica, cultural, econômica. Está longe de ser a família apocalíptica como querem os alarmistas ou interessados em tirar proveito econômico e dogmático dos efeitos colaterais dessa mudança histórica da família. Entretanto, o ser humano se diferencia das demais espécies animais porque é especialista em resolver problemas, principalmente situações contingenciais, sejam de que ordem for.

2.2 Tipos de modalidades de guarda

Várias modalidades de guarda vêm sendo adotadas nas decisões judiciais, recepcionadas pela doutrina, podendo afirmar estar-se diante de um problema menos jurídico e mais psicológico, atinente ao comportamento, à personalidade, ao caráter e ao temperamento de cada genitor após a separação judicial (Tepedino, 2004).

Cada ser humano é um universo à parte que se obriga também a ser social. Saber qual parte é mais forte num indivíduo é algo muito difícil; nem mesmo todas as escolas do comportamento humano, como, por exemplo, a Psicanálise, o Behaviorismo e a Gestalt, deram conta de tornar seus pensamentos, atos, atitudes, previsíveis. Não somos de forma alguma uma ciência exata e estamos muito longe disso. O que significa dizer que a questão da guarda de crianças e adolescentes não é uma simples determinação processual, ela atinge especialmente as relações familiares, que normalmente são recheadas de conflitos, sentimentos paradoxais e também amor. Tudo isso, tanto da parte dos adultos quanto das crianças.

A guarda poderá ser aplicada em diferentes formas, tais como: alternada, dividida, guarda por aninhamento ou nidação, provisória, permanente e guarda compartilhada.

- A *guarda alternada* ocorre quando um dos pais detiver a guarda do filho, segundo um ritmo temporal, cada um dos pais deterá a guarda, alternadamente, quando a ele incumbir à tarefa de cuidar diretamente do filho. Durante o período o guardião detém, de forma exclusiva, o “poder” sobre os filhos (Grisard Filho, 2009).

Este tipo de guarda, segundo Bruno (2008), não é bem vista pela doutrina e pela jurisprudência, sendo evitada pelos tribunais, porquanto atende muito mais ao interesse dos pais do que dos filhos, ocorrendo praticamente uma divisão da criança. Nesta modalidade de guarda existe uma concentração, por certo período de tempo, do poder parental para um dos genitores.

A criança fica residindo temporariamente na casa de um genitor e, findo o prazo pré-estabelecido, muda-se para a companhia do outro genitor que passará a exercer de forma exclusiva os atributos da guarda. Não há constância de moradia,

a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno. Todo este movimento gera ansiedade e temores nos infantes, levando esta modalidade de guarda a ter escassas chances de sucesso (Bruno, 2008).

- *Guarda dividida* com relação ao sistema de visitas, o filho que reside em um único local, recebendo a visita ou visitando o genitor que não tem sua guarda.
- A *guarda aninhamento* ou *nidição* é uma situação rara, refere-se ao fato de o filho viver em local fixo, revezando-se os pais em sua companhia, durante períodos alternados de tempo. Na *nidição* são os pais que se mudam para a residência do filho. É também guarda uniparental, assim como a alternada (Grisard Filho, 2009).
- A *guarda provisória* tem lugar nos processos de tutela ou adoção e visa regular uma situação de fato até que a decisão seja proferida pela Justiça, nesta situação pode ser decretada, portanto, liminar ou incidentalmente.
- A *guarda permanente* pode em situações excepcionais tornar-se permanente podendo atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados (Del-Campo, 2008).
- A *guarda compartilhada* é baseada num sistema de co-responsabilização no exercício do dever parental em caso de dissolução da relação conjugal, tendo como objetivo impedir que os filhos percam suas referências (paternas ou maternas), sendo o modelo mais indicado pelos especialistas, devendo ser estimulado pelo magistrado.

Para Motta (1996), a guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. A guarda deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.

O Artigo 1589 diz: “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”. Também ressalta o Artigo 1632, “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”.

Assim, o artigo 1589, acima, prevê a hipótese de a criança não ter tido sua tutela concedida a um ou outro genitor; o artigo 1632, por sua vez, esclarece que não é por não terem a guarda do filho que o casal não terá o direito de visitá-lo ou tê-lo em sua companhia, mesmo esta convivência seja disciplinada pelo Poder Judiciário.

Mesmo separados, os pais devem permanecer unidos no que diz respeito aos interesses dos filhos, exercendo em conjunto o poder familiar. A importância de tais diretrizes foi consagrada e divulgada pelo mundo acadêmico, espalhando-se na sociedade pelos meios de comunicação de massa.

As pesquisas, trabalhos e teorias de cientistas geniais, tais como Freud, Jean Piaget e Vigotsky, dentre centenas de outros, foram decisivos para que o mundo percebesse a criança de maneira inteira, holística, ao contrário do modo fragmentado e imediatista visto pelos pais dos infantes trabalhadores.

Por isso é tão importante a intervenção do Estado, não como um ser insensível e punitivo, mas na qualidade de esclarecedor e que possibilita aos pais carentes ou miseráveis “se darem o luxo” de tratar seus filhos como merecem e criá-los de modo que eles possam competir em igualdade de condições com todas as demais crianças bem criadas.

Sabe-se que nenhuma alternativa de guarda é completa, satisfatória, pois o ideal, segundo alguns pressupostos religiosos, cultural entre outros mais, seria a família viver e evoluir unida. O final do casamento algumas vezes apesar de ser consensual representa uma descontinuidade de algo que deveria ser bom para todos, haja vista que houve construções afetivas e amorosas. Mesmo nas melhores condições, haverá a necessidade de compreensão de todos nessa nova etapa na vida de todos os membros da família.

Pois, grande parte dos problemas enfrentados pelas crianças não são resultantes simplesmente da separação, mas da forma como ela se sucedeu e a escolha por um determinado tipo de guarda.

Hoje, a sociedade tem mais voz ativa e toda a opinião pública tem consciência da problemática e, o que é melhor, procura soluções, não mais

somente através de leis draconianas¹, mas também através de campanhas de conscientização. Portanto os diversos tipos de guarda a criança ou adolescente vieram para somar e não para dividir a família.

Segundo Comel (2003), na guarda compartilhada, a divisão de papéis funciona de modo diverso, sendo que no compartilhar da guarda não há uma divisão ou distribuição de competências a cada um dos pais em separado, por determinação legal, como ocorre na guarda unilateral; existe, isto sim, a responsabilização conjunta dos dois pais pelas funções inerentes ao poder familiar, sem prevalência ou hierarquia de um pai sobre o outro, num ambiente mais democrático e igualitário.

Guarda uniparental ou exclusiva, normalmente é exercida em conjunto por pai e mãe que coabitam com os filhos, podendo em casos especiais ser concedida a um dos pais, quando se achem separados, ou quando se encontre impossibilitado de exercê-la.

Dessa forma, as modalidades de guarda têm o propósito de colocar a criança ou adolescente tanto quanto possível a salvo de violência física, psicológica ou da indiferença dos pais, como é o caso das chamadas crianças de rua, problemática esta que nem mesmo o Estado brasileiro tem capacidade de resolver.

2.3

A criança: constituição, leis e estatutos

A Carta Magna brasileira de 1988 liderou as demais legislações na proteção e defesa da criança ou adolescente. Tal preocupação foi consequência do comportamento de uma parcela da população que via a prole como objeto do acaso, de posse ou ainda de exploração econômica, isto é, força de trabalho. As alterações na lei vieram na tentativa continuada de neutralizar velhos costumes e novas contingências perigosas aos mais fracos.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário afirma o Direito de Convivência entre pais e filhos

¹Uma lei draconiana é uma lei muito severa. Faz alusão a “Dracon” que foi imperador da Grécia antiga e instituiu a pena de morte para quem praticava pequenos delitos.

separados e a igualdade nas responsabilidades de criação dos filhos pelos pais. No artigo 9º “A criança tem o direito de viver com um ou ambos os pais, exceto quando se considere que isto é incompatível com o interesse maior da criança. A criança que esteja separada de um dos pais tem o direito a manter relações pessoais e contato direto com o outro”. O que pode ser visto como algo bastante positivo já que a separação dos pais não pode retirar da criança um direito sem o qual advêm-lhe sofrimentos, angústias e traumas, tanto pela incerteza da companhia do ente querido quanto pela espera daquele que é o responsável por sua existência.

A Constituição da República Federativa do Brasil vigente prevê, expressamente, sob o título de direitos e garantias fundamentais, a igualdade de direitos e obrigações entre o homem e a mulher, de modo mais específico, o tratamento isonômico concernente à sociedade conjugal.

Isto significa uma reviravolta tanto no Direito quanto no Poder Judiciário brasileiro que via de regra concedia a guarda da prole à mãe, independentemente do caráter ou da moral da mesma, do desejo da criança ou da vontade do progenitor.

Segundo Akel (2008), a igualdade constitucional de direitos e obrigações entre marido e mulher, bem como do companheiro e da companheira, não mais justificam a predominância feminina da guarda quando da ruptura da relação. Assim, ao prever a igualdade entre o homem e a mulher, de forma ampla, a Constituição Federal legitimou ambos os genitores, como pessoas autônomas e, portanto, diferentes, a desempenharem o Poder Familiar em relação aos filhos que ainda não atingiram 18 anos.

Na legislação não existe uma norma específica que encoraje a prática da guarda compartilhada, mas vários dispositivos que sinalizam com a possibilidade de utilização no direito. A Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal a serem exercidos pelo homem e pela mulher, reclama uma paternidade responsável.

A Carta Magna consagra o dever do Estado à garantia da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação:

“Artigo 3º, IV ‘Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer forma de discriminação’”.

Artigo 5º da mesma Carta Política, diz: ‘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.

Dessa forma, foi necessário uma declaração alienígena para que a Carta Magna brasileira “obedecesse” as diretrizes dos direitos da criança para que um salto na evolução da justiça fosse dado no Brasil, deixando para trás toda uma história de imposições, dogmatismos e insensibilidade em relação à criança e ao progenitor, como se os mesmos fossem meros coadjuvantes num processo tão importante para a vida de todos os envolvidos.

O Capítulo VII, artigo 227 diz que: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Observa-se que o artigo 227 veio para boa parte dos brasileiros em forma de utopia, já que todos os requisitos acima dependem de um Estado que já tivesse feito as lições de casa, proporcionando à família e à sociedade tudo isso que está prometendo à criança e ao adolescente.

Conforme Peres (2002), dentro do conjunto de obrigações e direitos impostos aos pais, decorrem duas categorias a serem tutelada: uma relativa à pessoa dos filhos menores (pessoal e moral), outra relativa aos seus bens (patrimoniais). No primeiro inciso do art. 384 e no art. 229 da CF esta configurada a norma que impõe o dever aos pais de educar e criar seus filhos.

Apesar de parecidos a palavra educar e criar tem denotação diferente, uma vez que a lei não contém palavras ociosas. A primeira esta relacionada com o dever do pai e da mãe de proporcionar ao filho a oportunidade de desenvolver suas atividades intelectuais e morais em todos os níveis, enquanto a segunda dá aos pais o encargo de garantir aos filhos o bem estar físico (saúde e condição necessária para a sobrevivência).

O grande dilema da sociedade moderna é encontrar os caminhos que viabilizem os preceitos constitucionais, não porque foi determinado, mas sim pela necessidade da busca de relacionamentos bem construídos que proporcionarão a

sociedade famílias felizes e bem resolvidas. Contudo, essa tarefa não é fácil e muito menos simples, pois muitas são as variáveis que precisam ser enfrentadas, entre as principais podemos destacar questões: econômicas, sociais, religiosas entre outras.

2.4

Estatuto da criança e do adolescente (ECA) e o código civil

O ECA veio como regulamentação do artigo 227 da Constituição Federal e atribuiu à criança e ao adolescente, prioridade absoluta no atendimento aos seus direitos como cidadãos brasileiros. É, portanto, um instrumento importante nas mãos do Estado Brasileiro (sociedade e poder público) para transformar a realidade de uma parte da infância e juventude que tem sido historicamente vítimas do abandono e da exploração econômica e social.

De acordo com Elias (2005), a doutrina predominante do ECA é a da proteção integral, ao contrário do Código de Menores, que somente era aplicado nos casos em que a criança e o adolescente se encontrava em situação irregular. Assim sendo, além da menoridade, era necessário considerar a situação em que se encontrava o indivíduo. Não havia, propriamente, uma definição do que seria a situação irregular, mas eram colocadas hipóteses em que esta se concretizava.

Assim, o ECA veio trazer modificações importantes na política de atendimento à criança e ao adolescente; visando a maior eficiência, o novo diploma legal começa por trocar a denominação Código, adotando a terminologia Estatuto já que é mais do que um conjunto de regras e normas impositivas e sim uma política ampla de proteção aos direitos individuais e indisponíveis de uma criatura em formação.

O ECA traz uma perspectiva bastante inovadora, a criança vista como sujeito participativo. Desta forma, a criança e o adolescente deixam de ser vistos como sujeitos passivos, e passam a ser pessoas capazes de participar e decidir. Esta lei, além de declarar os direitos das crianças e dos adolescentes, reafirma os

deveres da família, da sociedade e do Estado, criando os instrumentos de exequibilidade dos princípios constitucionais.

Segundo Pilotti & Rizzini (1995) ocorrem mudanças substantivas na legislação da criança e do adolescente a partir da elaboração da Lei nº 8.069. São elas: objetivo; pátrio poder; detenção de menores; internação de menores; direito de defesa; posição do magistrado. No objetivo, o novo texto parte da concepção da criança como sujeito de direitos em contraposição aos textos anteriores; pátrio poder, a falta de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder; detenção de menores, nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional direito de defesa, deixa de ser restrita ao Curador de Menor ou Ministério Público (ECA); internação de menores, que não mais ocorre por prazo indeterminado; posição do magistrado, não mais absoluto.

Estas alterações significam que o ECA trouxe para o Direito de Família uma reflexão maior a respeito dos direitos da criança ou do adolescente, onde deverá ser observado o melhor interesse da criança e do adolescente, levando-se em consideração a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

“Art. 82. É proibida a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congêneres, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável.

Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.

§ 1º A autorização não será exigida quando:

a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;

b) a criança estiver acompanhada:

1) de ascendente ou colateral major, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco;

2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.

§ 2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos.

Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:

I – estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável;

II – viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.

Art. 85. Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior”.

Apesar das declarações acima, do ECA, serem bem explícitas, é fácil perceber que não estão sendo cumpridas por uma parcela significativa da população. Isto pode ser ratificado visto o aumento da prostituição infantil no Brasil e do consumo de drogas pelas crianças e pelos adolescentes de rua. A prostituição infanto-juvenil no Brasil apresenta dados alarmantes. Muitas crianças fogem das suas residências e, ao caírem nas ruas da cidade de origem ou ao fugirem para as grandes cidades, são absorvidas por uma rede de prostituição que explora e abusa de meninos e meninas.

Segundo Beatriz (2009), a família é conceituada no artigo 25 do ECA, como a comunidade formada pelos pais ou por um deles e seus descendentes, e na Constituição Federal de 1988 como união entre um homem e uma mulher. Para muitos especialistas a família é onde o ser humano em desenvolvimento sente-se protegido e é do seio familiar lançado para a sociedade. É unânime o reconhecimento de que a convivência com ambos os pais é de fundamental importância para o desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Dias (2006) enfatiza que as mudanças também foram acompanhadas pelo ECA que percebendo a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto, que deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles. O princípio da proteção integral de crianças e adolescentes permitiu emprestar uma nova configuração ao poder familiar, chegando a configurar infração susceptível à pena de multa o inadimplemento dos deveres.

Entretanto, o artigo 33, do ECA, contempla que a guarda obriga a 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. Isto quer dizer que a pessoa que tiver a concessão da guarda tem em seu poder o direito e o dever sobre a criança e adolescente, além da obrigação de proporcionar o seu bem-estar.

No ECA houve uma complementação da idéia de dever e responsabilidade dos pais para com os filhos, passando, o artigo 21º, a explicitar que o Poder Familiar será exercido por ambos os genitores, em igualdade de condições. O artigo 22º da mencionada lei, por sua vez, estabelece que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações

judiciais”. O Poder Familiar ou “autoridade parental” assegura aos pais interferir na esfera jurídica dos filhos não no interesse dos pais, titulares do poder jurídico de educação, mas no interesse dos filhos, as pessoas em cuja esfera jurídica é dada ingerir (Tepedino, 2004).

Sem dúvida o ECA trouxe grandes mudanças na concepção e no tratamento da infância e da adolescência, sendo que todos agora são pessoas portadoras de direitos, que necessitam de atenção, alimento, boa escola, atendimento na saúde.

Com a nova visão, desfocada da relação de poder que os pais exerciam sobre a prole, o entendimento é de que a autoridade está relacionada ao interesse dos filhos, enquanto pessoas em desenvolvimento. A criança e o adolescente passaram de objetos de direito para a condição de sujeitos de direito. Doravante, são dignos de uma responsabilidade parental imposta por lei e sujeita à fiscalização estatal. A partir desta nova postura, o filho passou de objeto de direito, a sujeito de direitos. Não se refere a um exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais.

Destaca Pereira (2006) que o Estado passa a fixar limites de atuação aos titulares do poder familiar. A idéia predominante é de ser uma prerrogativa do pai para se afirmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos. A autonomia da família não é absoluta, sendo, portanto, cabível, e às vezes necessária, a intervenção subsidiária do Estado. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre duas situações opostas: a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção da família.

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

Rodrigues (2008) complementa explicando que a referência à lei civil é mera redundância, pois, ainda que o estatuto menorista ressalte os deveres dos pais, o Código Civil limita-se a afirmar que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto criança e adolescente. O filho não reconhecido pelo pai fica sob a autoridade da mãe. Regra, aliás, de todo inútil, pois, desconhecido o pai, é evidente que ele não pode concorrer no exercício do poder familiar. Se a mãe

também for desconhecida, a criança ou o adolescente ficará sob autoridade de tutor.

Isso quer dizer que o poder quase absoluto dos pais sobre a criança é coisa que deve ficar no passado, já que agora toda criança e adolescente tem direito à convivência familiar sem a violência característica das punições, reforçando a idéia de que a companhia de ambos os genitores no seu cotidiano não é apenas um dever inerente ao poder familiar, mas, sobretudo, um direito das crianças e dos adolescentes. O Estatuto ampliou a noção dos direitos da criança e do adolescente sob a proteção e vigilância da família, do Estado e da sociedade em geral.

Em tempos passados, na vigência do Código Civil de 1916, o comando da sociedade conjugal, assim como no desempenho da guarda, era único, abafando divergências entre os genitores, que certamente estavam presentes, mas que sequer vinham à tona.

Nesta linha Brito (2004, p.361) afirma que:

[...] se, antes, pregava-se a obediência estrita ao chefe da família, hoje presenciamos relações mais democráticas, negociadas na relação entre pais e filhos quando, mesmo durante o casamento, estão presentes as opiniões diferentes e os entendimentos contrários, já que duas pessoas, para viverem juntas, não precisam pensar e agir da mesma maneira.

Estudos realizados sobre a guarda de crianças e adolescentes mostram a importância de serem analisados alguns aspectos do código civil, especialmente no que se refere à relação conjugal. Isto se dá devido ao fato de que a Lei Civil, de forma mais específica, prevê a possibilidade do exercício indistinto do Poder Familiar por ambos os pais, cabendo-lhes prover as necessárias condições de sobrevivência e desenvolvimento dos filhos enquanto não atingida a maioridade civil. O exercício do poder parental visa assegurar o superior interesse da criança e sua realização como pessoa em especial fase de formação, encerrando um conteúdo de honra e respeito, sem a marca da subordinação que caracterizou o instituto nas décadas passadas.

Sendo assim, hoje, poder familiar é o dever dos pais do momento do nascimento da criança enquanto esta esteja na menoridade; o dever de criá-las e educá-las, nunca de forma imoderada, isto é ultrapassando os limites da lei.

Além do dever de sustento, guarda e educação, complementa o Código Civil de 2002, estabelecendo, em seu art. 1.634, outros deveres paternos:

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigi-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não poder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Apesar do extenso rol de competências elencados, observa Dias (2006) não consta o principal e mais importante dever dos pais com relações aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores de idade, não se limita a vertentes patrimoniais; a essência existencial do poder parental é a mais importante.

Sabe-se, no entanto, que educar os filhos de forma que eles prestem obediência e respeito aos pais está cada vez mais difícil, devido ao próprio modelo atual de família e principalmente das influências extrínsecas da vida pós-moderna, onde a criança e o adolescente têm inúmeras opções de lazer e oportunidades de estar fora do lar. Além disso, os pais também se ausentam pelas necessidades de trabalho.

2.5

Guarda unilateral

A guarda unilateral é uma questão que traz uma diversidade de embates jurídicos, sociais e econômicos, haja vista que não é a solução ideal tendo em vista que todos os conceitos e reflexões levam a crer que a criança e o adolescente precisam do suporte material e afetivo tanto do pai quanto da mãe. Entretanto, tal modalidade de guarda só é aplicada quando o juiz constatar que, por fundado

motivo, o filho deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, ou ainda ficando autorizado o magistrado a conceder a guarda à pessoa que revele condição para tanto, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

De acordo com Canezin (s.d), a guarda unilateral visa evitar conflitos entre os pais sobre a vida e a educação da criança, assim como impedir que esta seja usada como arma no conflito entre eles. A determinação sobre qual dos pais será atribuída à guarda unilateral e conseqüentemente o exercício mais efetivo do poder familiar, pode ser feita de dois modos – por acordo dos pais ou mediante uma decisão judicial.

Conforme Osório (2009), o Código Civil reza o seguinte:

O § 1º define os dois tipos de guarda. Entende-se como Guarda unilateral aquela atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua (nos termos do § 4º do art. 1.584 do mesmo diploma legal).

O § 2º do citado art. 1583 elenca os critérios da atribuição da Guarda Unilateral, não muito inovando naquilo em que apontava a doutrina e baseava-se a jurisprudência no cenário anterior à Lei 11.698. Ainda acerca da Guarda Unilateral, o § 3º estabelece a obrigação do pai ou da mãe que não a detenha supervisionar os interesses do filho, evitando, dessa forma, o que se convencionou chamar de abandono moral, sendo um direito-dever natural do genitor não guardião.

Não há dúvidas também de que o contato dos filhos com o genitor não guardião através de esporádicas visitas não é medida recomendável para o desenvolvimento da personalidade dos mesmos, sendo imperiosa uma maior participação deste na educação e formação daqueles.

Segundo Beatriz (2009), o detentor da guarda fica com a responsabilidade exclusiva de decidir sobre a vida da criança, restando ao outro apenas supervisionar tais atribuições. A atribuição da guarda unilateral, conforme Comel (2009), a um dos pais implica conferir-lhe a obrigação de desempenhar praticamente todas as funções e deveres inerentes ao poder familiar. Este pai se obriga a atender a todas as necessidades do filho, tendo, na verdade, concentrado em si mesmo o encargo de exercer o poder familiar, justamente em virtude da convivência que se estabelece com o filho.

A determinação sobre a qual dos pais será atribuída à guarda unilateral e conseqüentemente o exercício mais efetivo do poder familiar, pode ser feita de dois modos – por acordo dos pais ou mediante uma decisão judicial. Por isso, o

seu titular não dispõe de um direito de ação nem de um direito de veto em relação às decisões tomadas pelo guardião, ou seja, o detentor da guarda (Beatriz, 2009).

O que significa que o juiz deve interpretar a lei no sentido de favorecer o melhor interesse da criança e do adolescente, estando subentendido o direito de ter ambos os pais participando efetivamente do seu cotidiano. Quando da aplicação da lei em caso concreto o julgador deverá adotar determinadas diligências em prol dos interesses dos filhos envolvidos.

No caso da guarda unilateral, o exercício do poder familiar não se esvazia em face do pai não guardião. O pai não guardião se mantém plenamente vinculado ao filho, inclusive com função de exercer parcela do poder familiar. Porque o interesse do filho é o princípio norteador das disposições relativas ao poder familiar, não se poderia admitir a exclusão de um dos pais da vida do filho somente pelo fato da não-convivência.

Beatriz (2009), porém, revida dizendo que o não-guardião não pode nem direta e nem indiretamente participar da educação dos filhos, nem goza de um direito a ser ouvido pelo seu ex-cônjuge em relação às questões importantes da educação da criança e do adolescente.

O pai não-convivente, além de manter intacta a titularidade do poder familiar, conserva algumas faculdades e obrigações de significativa importância para a relação paterno-filial e, dependendo do modo como as exercer, pode manter ativa importante participação na vida do filho e íntegro o vínculo estabelecido com ele, diminuindo sensivelmente o prejuízo havido com a não-convivência. Dentre elas, destacam-se: o dever de sustento do filho, que se mantém em sua plenitude; também a prerrogativa de autorizar a prática dos atos em que se exige a participação efetiva de ambos os pais (adoção, emancipação, autorização para o casamento, para viajar para o exterior e nomeação de tutor); o direito (dever) de visita, de ter os filhos em sua companhia, bem como o de fiscalizar sua manutenção e educação (Comel, 2009).

E isto quer dizer que nenhuma modalidade de guarda se mostra mais vingativa, autoritária, prepotente. A dureza imparcial e objetiva da lei só se faz presente quando houver perigo para criança. As mutações ocorridas no modelo familiar são inegáveis e os sistemas de guarda também acompanharam tais mudanças, pois se mostram mais eficazes para atender às novas situações familiares vividas em face da separação dos casais.

Conforme Canezin (s.d.), o interesse da criança serve de critério para a escolha de quem será o guardião da criança e do adolescente, tendo o outro o direito de visitas. Mas na sociedade brasileira, a guarda unilateral, ainda é conferida às mães; na maioria dos casos são elas que ficam com a guarda dos filhos, principalmente os de tenra idade, ficando para o outro, que não é o guardião, o direito de visitas e vigilância, que não deverá transformar-se num direito de ingerência. Por isso, o seu titular não dispõe de um direito de ação nem de um direito de veto em relação às decisões tomadas pelo guardião, ou seja, o detentor da guarda.

Assim, hoje, já se percebe que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe atende ao melhor interesse da criança. Ultimamente tem surgido forte corrente a teorizar acerca da guarda compartilhada, de modo que, em muitos países, já é comumente aplicada, e concebida como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

De acordo com Dias (2007b, p.394):

Quando da separação dos pais, por dois motivos é atribuída a guarda dos filhos exclusivamente a um dos genitores. Historicamente os filhos sempre ficavam sob a guarda materna, por absoluta incompetência dos homens de desempenharem as funções de maternagem. Sempre foi proibido aos meninos brincar de boneca, entrar na cozinha. Claro que em face disso nunca tiveram qualquer habilidade para cuidar dos filhos. Assim, mais do que natural que essas tarefas fossem desempenhadas exclusivamente pelas mães: quem pariu que embale! Quando da separação, os filhos só podiam ficar com a mãe. Até a lei dizia isso.

Ainda de acordo com Dias (2007b), a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.

Neste modelo não se exige sequer que o guardião consulte o outro (pai ou mãe) não guardião sobre as decisões importantes a tomar relativa à criança e ao adolescente. O não-guardião não pode nem direta e nem indiretamente participar da educação dos filhos, nem goza de direito a ser ouvido pelo seu ex-cônjuge em relação às questões importantes da educação da criança ou do adolescente.

Leite (2003, p.260) conclui que: “Muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente

estabelecidas, acabam se desinteressando pelos filhos e ‘abandonam’ a guarda, deixando-a integralmente sob os cuidados da mãe”.

A realidade nos mostra que, em muitos casos, a visita desaparece ao longo do tempo, em manifesta desvantagem para os filhos, e assim vai perdendo o elo familiar que os une, pela falta de convivência diária ou mais efetiva. Dessa insatisfação relativamente às consequências da guarda unilateral surgiu a necessidade de novas formas de guarda que visem por um lado garantir o direito da criança a relacionar-se com ambos os pais e por outro promover a igualdade de direitos e responsabilidades entre os pais (Canezin, s.d.).

E isto quer dizer que a guarda faz parte do poder familiar, é um encargo intrínseco dentro deste poder, exercido pelos pais igualmente, quando há a ruptura do casamento ou da união estável; o pai e mãe têm o poder familiar e não o perdem com o fim do relacionamento.

De acordo com Nóbrega (2008), o Código Civil oportuna a inserção no bojo da norma alguns parâmetros que se voltam não só a orientar a escolha do genitor a quem se confiará a guarda unilateral, como também o destaque que é dado ao dever de supervisionar os interesses da criança e do adolescente. Com tal finalidade, se estabelece que 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: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação, sem que se deixe de por em destaque que a assunção do encargo obriga o responsável a supervisionar os interesses dos filhos.

Enquanto pais e filhos estiverem vivendo sob o mesmo teto, a guarda é comum e as decisões tomadas por um dos pais são naturalmente aceitas pelo outro. Com a ruptura, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente na maioria dos casos concretos. O fim do casamento ou da união estável não altera o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica normalmente com um deles, com o encargo de prestar assistência material, moral e educacional e asseguram ao não-guardião o direito de visitas e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos por parte do guardião.

A separação de um casal não retira dos genitores o dever de cuidado, assistência e proteção aos filhos enquanto não atingirem a maioridade civil.

Segundo Dias (2007a), o fim do casamento ou da união estável não deveria comprometer a continuidade dos vínculos parentais. Portanto, o exercício do Poder Familiar em nada é afetado pela separação, em que pese as mudanças que se operam na vida dos filhos. Mudança de casa, afastamento de um dos genitores, alteração no padrão econômico, novas configurações familiares, com frequência, faz-se presente na rotina dos filhos de pais separados.

O ordenamento jurídico pátrio adota, em sua maioria, o sistema de guarda unilateral, em que a criança fica sob a guarda de um dos cônjuges, enquanto que na guarda compartilhada é concedido o direito de visita e é atribuída a obrigação financeira para o sustento e educação desses filhos.

A *guarda unilateral* é a forma clássica em que um dos genitores fica com o encargo físico do cuidado aos filhos, cabendo ao outro exercer as visitas. A determinação sobre a qual dos pais será atribuída à guarda unilateral e conseqüentemente o exercício mais efetivo do Poder Familiar, pode ser feita de dois modos: por acordo dos pais ou mediante decisão judicial (Canezin, 2008).

Ressalta-se que este tipo de guarda não prevê a cisão ou diminuição dos atributos advindos do Poder Familiar, posto que ambos os pais continuam responsáveis pelos filhos. A própria Lei diz isso ao estabelecer que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

O que significa que a guarda dos filhos não é da essência do pátrio poder, pois este poderá ser exercido por pessoa diversa daquela que terá o direito de guarda da criança ou do adolescente. O pátrio poder poderá ser dos pais, enquanto que a guarda poderá ser exercida por terceiro; ocorrendo qualquer tipo de separação entre os pais a guarda será deferida a um deles, amigável ou judicialmente, e ao outro surgirá o direito de visitas.

A guarda física dos infantes será atribuída ao genitor que apresentar melhores condições de exercê-la e, objetivamente, que tenha mais aptidão para garantir direitos, como, exemplificativamente, dar afeto, saúde, segurança e educação aos filhos, competindo ao genitor não guardião supervisionar e zelar pelos interesses da prole. Tal modalidade pode obter bons resultados quando não há rigidez nas combinações, prevalecendo o respeito ao momento de vida experimentado pela criança, além da harmonia e do respeito entre pai, mãe e filhos.

Alguns juristas ressaltam em seus textos determinados aspectos negativos que permeiam a guarda unilateral. Um dos principais aspectos considerados negativos na guarda unilateral é a ausência de contato com o não guardião. Entretanto, sabe-se que todo o juiz de bom senso e fiel intérprete da lei só decidirá por tal modalidade no interesse da criança.

Acerca desse afastamento, Grisard Filho (2002) frisou que as visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filho, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas.

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre este dia é um bom dia, isto porque é previamente marcado e o guardião normalmente impõe regras.

Muitos não-guardiões, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente estabelecidas, acabam se desinteressando pelos filhos e “abandonam” a guarda, deixando-a integralmente sob os cuidados do guardião. A realidade nos mostra que a visita desaparece ao longo do tempo, em manifesta desvantagem para os filhos, e assim vão perdendo entre eles o elo familiar pela falta de convivência diária ou mais efetiva.

De acordo com Beatriz (2009), dessa insatisfação relativamente às consequências da guarda unilateral surgiu à necessidade de novas formas de guarda que visem garantir o direito da criança. E a espécie de guarda que vem ganhando espaço é a guarda compartilhada.

Mas, o que realmente é importante, para minimizar os reflexos negativos desta nova situação é a busca de um relacionamento de amizade e cumplicidade entre pais e filhos, de modo que tenham a certeza de que a separação de seus pais não representa o abandono e a perda do vínculo. Pois, mesmo que solvido o relacionamento dos pais, nada deveria interferir no poder familiar com relação aos filhos, o exercício do encargo familiar não é uma situação inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros.

Já no que se refere ao aspecto positivo da guarda unilateral, um aspecto tem sido bastante ressaltado que é o dever de assistência educacional, material e moral, consoante disposto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a

ser cumprido no interesse e em proveito do filho, garantindo-lhe a sobrevivência física e o desenvolvimento psíquico.

Segundo Azambuja et al. (2009), ocorre que a prerrogativa da guarda conjunta revela uma dificuldade prática, pois são raros os casais que conseguem manter um bom relacionamento após a ruptura da vida em comum. Nos casos onde não há o consenso dos genitores, preferível que a criança fique sob a guarda física de um deles, o que tiver melhores condições de exercê-la, conforme preceitua a clássica guarda unilateral, sendo ao outro atribuído o dever de visitar o filho. Tal comportamento garante à criança a convivência em um ambiente menos hostil, preservando-a de assistir novas brigas e discussões dos pais, além das que já deve, muito provavelmente, ter presenciado antes da ruptura conjugal.

Sabe-se que a guarda de um filho não pode ser apenas uma questão judicial, representa uma situação mais ampla em que compartilhar a guarda de um filho se refere muita mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. Deve haver um esforço sobrenatural no sentido de que as relações sejam preservadas para que desta forma seja garantido à criança e ao adolescente o adequado desenvolvimento fisiopsíquico de todos os envolvidos.

2.6

Considerações sobre guarda compartilhada unilateral

A guarda compartilhada fixa o domicílio da criança e do adolescente na residência preferencial de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar; a participação cotidiana é necessária nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte e lazer, o que vem a descaracterizar a figura do “pai/mãe de fim-de-semana”.

As possibilidades sobre a guarda dos filhos, segundo disposições estabelecidas no Código Civil, são duas: o acordo entre os pais ou a determinação da guarda via judicial.

A aplicação da guarda compartilhada ou mesmo a guarda unilateral com visitas livres necessita de uma ampla avaliação, pois apesar das vantagens, é importante que se avaliem os prós e contras, principalmente, pois não se deve esquecer que este processo visa atender principalmente as crianças e adolescentes que estão em um processo de formação de sua personalidade.

Havendo dissolução da união dos pais, detentores do poder familiar, este poder não se dissolve, permanecendo os pais conjuntamente com este poder-dever sobre o filho, sendo responsáveis pela educação, moral, cultural, sustento e guarda. É este instituto, a guarda, que os pais têm que ter maior sensibilidade na hora da decisão, tendo como objetivo exclusivamente o bem estar do filho e buscando o melhor para ele, e nunca esquecer que o filho necessita do pai e da mãe para o seu melhor desenvolvimento.

Com a dissolução dos laços afetivos do casal, a separação, que representa um processo extremamente complexo, traz à tona, sentimentos, emoções, culpas, muitas vezes nunca manifestados, situação definida de acordo com Souza; Miranda (2007, p. 211).

A separação é um evento desestabilizador, cujas tonalidades geram ansiedade para todos os membros da família. A nova e imprevisível carga de tensão dá margem à escassa atividade representativa dos eventos futuros, e muitas em termos catastróficos. Por isso, cada qual luta para manter estáveis as configurações relacionais que mais lhe davam segurança emocional. Isso é mais evidente para os filhos solicitados a escolher entre duas figuras emocionalmente significativa.

Por isso os pais têm que ser maduros suficientes para compartilharem da guarda do filho, independentemente de suas frustrações ou desavenças, pois o poder familiar permanece com ambos os pais, sem questionar-se quem fica com a guarda e o outro ficando com o direito de visita, no caso de guarda unilateral, mas no caso de compartilhada ficam os pais com a guarda inalterada exercendo direitos e obrigações igualmente.

É vital a busca do equilíbrio na análise do comportamento dos pais, evitando a tolerância quanto a certas condutas reconhecidamente prejudiciais a qualquer criança, bem como, extrapolar em parâmetros extremamente rígidos que retirem a liberdade dos progenitores. Atualmente, há todo um esforço na busca de igualdade jurídica aos cônjuges em ambas as situações, sendo que, aquele que não possuir a guarda dos filhos, pode fazer valer o seu direito de visita.

2.7 Pátrio poder e poder familiar

A expressão “poder familiar” é nova, pois corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas*, onde havia um absoluto e ilimitado direito conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. A conotação machista do vocábulo *pátrio poder* é bem explícita. Como se trata de um termo arcaico, que se tornou pejorativo devido às conquistas sociais das mulheres, o termo também evoluiu para *poder familiar*.

Existem diversas visões sobre a origem do pátrio poder. Segundo Peres (2002), o pátrio poder encontra sua origem em épocas muito remotas, ultrapassando as fronteiras culturais e sociais, chegando ao ponto que seu surgimento se dá a partir do momento em que os homens passaram a conviver em grupos, clãs, e outros tipos de sociedade, surgindo assim a necessidade da existência de um “poder familiar” para conseguir garantir a paz social, ou seja, a harmonia da sociedade.

A teoria de Fustel de Coulanges explica que esse poder familiar teve seu início através de um poder religioso que prevalecia dentro das famílias, uma espécie de religião doméstica, no qual esse poder era delegado ao pai, que era considerado uma espécie de senhor do lar, de "Deus" (Peres, 2002).

Já para Campos Júnior (1998, p.317), pátrio poder é um “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. Para Rodrigues (1991, p.358), é o “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Sendo assim, o pátrio poder pode ser visto como um instituto que disciplina os encargos, as obrigações e os deveres a serem atendidos pelos pais enquanto os filhos não atingirem a maioridade. Em outras palavras, a função do instituto é instrumentalizar os direitos fundamentais dos filhos, tornando-os pessoas capazes de exercer suas escolhas pessoais, com a correlata responsabilidade.

A importância da família no desenvolvimento e no crescimento de uma criança é indiscutível, pois este é o primeiro porto seguro que visa assegurar à criança o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres (Lôbo, 2005).

Na guarda unilateral, a titularidade do poder familiar permanece inalterada, não ensejando, por tal razão, exercício absoluto, exclusivo e ilimitado de poder pelo guardião, já que o outro pai não é excluído da vida do filho, senão que também conserva outros deveres e direitos relativamente à função.

De acordo com Peres (2005), a titularidade do pátrio poder atualmente não gera mais dúvida no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o art. 5, I e 226, § 5 da CF, 380 do CC e 21 do ECA, demonstram de forma muito precisa que tal obrigação-dever não cabe somente a figura paterna, como no direito romano, mas sim a ambos, tanto a paterna quanto a materna, conforme demonstra os artigos abaixo:

“Art. 5 – [...]

I – Homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos dessa Constituição.

Art. 226 – [...]

§5 – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 280 – Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento [...].

Art. 21 – O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, [...]”.

A Constituição Federal, alicerçada no basilar princípio da dignidade da pessoa humana, prevê a proteção integral da criança e do adolescente. Família, sociedade e poder público são chamados a assegurar, com absoluta prioridade, em benefício da criança e do adolescente, uma gama de direitos fundamentais, merecendo destaque 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.

Todos os filhos, de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos, ressalvados os casos de emancipação, estão sujeitos ao Poder Familiar, exercido conjuntamente pelos pais.

Não é permitido aos pais renunciar, transferir ou alienar tal prerrogativa, chegando a configurar crime, a entrega de filho à pessoa inidônea, além da previsão de outras figuras penais acrescentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Azambuja et al. (2009), o Código Civil, estabelece disposição que causa perplexidade, em especial, frente ao princípio do superior interesse da criança. Esqueceu o legislador dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da doutrina da proteção integral à criança ao penalizar o genitor que descumprir imotivadamente cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, com a redução das prerrogativas a ele atribuídas, “inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”.

O despreparo para o exercício da paternidade responsável, tão presente nas demandas que desembocam nos Tribunais, há que ser combatido através de outros meios, quer através da efetiva implementação do planejamento familiar, quer através do acompanhamento a que os pais e filhos deveriam receber no período pós-separação, permitindo o monitoramento do cumprimento dos deveres assumidos em favor dos filhos bem como a conveniência da manutenção das cláusulas ajustadas por ocasião da separação (Azambuja et al., 2009).

Punir a paternidade irresponsável é punir a criança ou forçar alguém a amar alguém. Não obstante, vivemos num país fortemente influenciado por doutrinas religiosas que sempre combateram o planejamento familiar. Agora parece ser um pouco tarde para isso.

A maternidade irresponsável é uma expressão rara, pois geralmente a culpa é atribuída somente ao homem, por isso o termo paternidade irresponsável ficou consagrado. Com o advento dos testes de DNA os homens estão sendo cassados e enjaulados, porque, como foi dito o Estado brasileiro não fez sua lição de casa, tendo uma longa ficha corrida em matéria de ausência e irresponsabilidade com seus filhos. Por outro lado, a gentileza de uma boa parcela de mães só é encontrada no hino nacional brasileiro.

A expressão Poder Familiar, consagrada pelo Código Civil, veio substituir o instituto do Pátrio Poder, vigente no Brasil, desde as Ordenações Filipinas, datada do ano de 1603. Significava, em essência, o poder do pai em relação aos filhos menores, resultando “do conjunto dos diversos direitos que a lei concedia ao pai sobre a pessoa e bens do filho-família” (Pereira, 1889, p.205). Trata-se de

expressão que envelheceu e que não mais se presta a designar o instituto segundo a concepção atual.

O que significa que a legislação procurou evoluir e acompanhar as mudanças relativas ao fim da sociedade conjugal; busca-se agora uma nova visão a respeito da guarda dos filhos, com igualdade entre homens e mulheres no que diz respeito aos direitos e deveres em matéria conjugal e parental. O tratamento igualitário entre homens e mulheres, previsto na Constituição Federal, pressupõe que o sexo não possa ser utilizado como discriminação com o propósito de desnivelar substancialmente homens e mulheres, mas pode e deve ser utilizado com a finalidade de atenuar os desníveis cultural, econômico, social, político e jurídico existentes entre eles.

O poder familiar não é absoluto, podendo ser suspenso ou extinto nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22, “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Santos Neto (1994, p.49), já criticava o uso dessa expressão, posto que traduzia o “resquíio nítido da primitiva postura romanista, autocrática por excelência, que privilegiava a figura do genitor e fazia da *patria potestas* um pedestal para elevação do *pater familias* em face da prole”. O atual Código Civil, atendendo a evolução constitucional que prevê a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, bem como o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas em fase especial de desenvolvimento, deu ao instituto a denominação de Poder Familiar.

Se a alteração tornar impróprio o modelo, pode ser imperativa a modificação do próprio regime adotado. No entanto, essas sanções civis, de duvidosa eficácia, redução de atribuições, inclusive quanto ao número de horas, não estão em sintonia com a atualidade do instituto, que mais penalizam o filho do que o pai ou mãe infrator. Verificando o juiz que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, nos moldes do § 5º (Osório, 2009).

Alguns doutrinadores preferem o uso da expressão “autoridade parental” (Leite, 2005, p.277), posto que afasta a ênfase do poder que os pais detêm sobre os filhos, enquanto outros, analisando o aspecto psicológico envolvido por detrás da nomenclatura, afirmam ser mais apropriada a denominação “responsabilidade parental” (Dolto, 2003, p. 44).

Questões terminológicas à parte, a definição de Poder Familiar vem afirmada no artigo 229 da Constituição Federal: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”. A evolução do conceito e do sentido do instituto do Poder Familiar foi lenta e gradativa, como todas as transformações culturais e legislativas no Brasil. Como constata Lobo (2005), foram necessários 462 anos, desde a colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz e mais 26 anos para a consumação da igualdade de direitos e deveres dentro do âmbito familiar, pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital.

Conforme Canezin (s.d), a guarda não pode ser confundida com o poder familiar, que a rigor seria o principal atributo daquele, todavia, embora a guarda seja a essência do poder familiar, nele não se esgota, pois, há possibilidade de existência de poder familiar sem a guarda enquanto a mesma pode ser exercida isoladamente.

O que significa que o poder familiar não tem um fim em si próprio é apenas um meio para o bem-estar da criança. O ECA evidencia visivelmente que a guarda pode permanecer sem o poder familiar, são os casos das crianças abandonadas, ou que tenha sofrido da falta, omissão ou abuso dos pais, e que independentemente da perda do poder familiar, permitirá ao guardião a qualquer momento reclamar o direito de retirar a criança e o adolescente da posse de quem quer que a esteja ilegalmente detendo.

Embora o poder familiar permaneça com o pai e com a mãe, a guarda poderá ser exercida por apenas um deles ou ainda por terceiros, nos casos em que entender o Juízo que os filhos não devem permanecer com nenhum dos pais, se dará preferência ao grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade (Canezin, s.d.).

A preocupação com a criança e o adolescente como sujeito de direitos configura uma situação relativamente nova, pois ao analisar historicamente, vamos perceber uma situação totalmente diferente na sociedade atual. De objeto

de direito, o filho passou a ser o sujeito de direito. O que significa que a criança e o adolescente passaram a ser o centro do universo jurídico em questões de guarda e que o poder familiar e o pátrio poder apenas gravitam em torno deles.

De acordo com Canezin (s.d.), o princípio da igualdade entre o homem e a mulher foi consagrado na Constituição Federal de 1988, princípio este de grande importância nas relações conjugais e nas relações entre pais e filhos. No mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro vigente, em seu artigo 1630, dispõe que: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

O exercício do poder familiar compete aos pais, igualmente, pois não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. É através deste poder-dever que os pais mantêm os filhos em sua companhia, proporcionando-lhes proteção, educação, afeto, amor, alimentos, enfim, preparando-os para que possam se desenvolver como pessoas e serem cidadãos capazes de exercer seus direitos e obrigações.

Segundo Pereira (2004), os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo.

O que significa que a criança é um ser dependente da afetividade dos pais ou cuidadores; proteção, educação, afeto, amor, são também necessidades básicas de existência assim como alimentos, sob pena de serem gerados indivíduos problemáticos para si próprios e para a sociedade.

A afetividade entre pais (principalmente os que não foram brutalizados pela vida sob a complacência do Estado) e filhos é coisa que cresce ao longo do tempo. A vida moderna e o corre-corre diário pode se tornar uma faca-de-dois-gumes no que diz respeito às relações entre os mesmos, elas podem se estreitar cada vez mais ou se distanciarem. Entretanto, quando estão presentes os fortes genes da afetividade, do carinho, do amor e da boa índole dificilmente haverá barreiras intransponíveis no relacionamento ideal entre pais e filhos, sejam os pais separados ou não.

Conversar olhando nos olhos e ouvir com interesse o problema do filho são atitudes indispensáveis para quem quer demonstrar atenção. É comum o pai e a mãe pensarem que conhecem tudo sobre suas crianças; interrompê-las quando estão afirmando algo importante para elas não é uma atitude inteligente e saudável

para quem quer um relacionamento concreto, platônico, amoroso e carinhoso com os filhos, seja no presente seja no futuro.