

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

GUARDA COMPARTILHADA: UM CAMINHO PARA A PRESERVAÇÃO
DO BEM-ESTAR DO MENOR E DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA EM
FAMÍLIA

NATHÁLIA SCOTT DOS SANTOS

RIO DE JANEIRO

2008

NATHÁLIA SCOTT DOS SANTOS

GUARDA COMPARTILHADA: UM CAMINHO PARA A PRESERVAÇÃO
DO BEM-ESTAR DO MENOR E DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA EM
FAMÍLIA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco dos Santos Amaral Neto

RIO DE JANEIRO

2008

Scott, Nathália Scott dos.

Guarda Compartilhada: Um caminho para a preservação do bem-estar do menor e da convivência harmônica em família/ Nathália Scott dos Santos. – 2008.

81 f.

Orientador: Francisco dos Santos Amaral Neto

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 66-70.

1. Guarda Compartilhada - Monografias. 2. Família. 3. Direito Civil. I. Neto, Francisco dos Santos Amaral. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.1642

NATHÁLIA SCOTT DOS SANTOS

GUARDA COMPARTILHADA: UM CAMINHO PARA A PRESERVAÇÃO DO BEM-
ESTAR DO MENOR E DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA EM FAMÍLIA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Francisco dos Santos Amaral Neto – Orientador

2º Examinador

3º Examinador

Aos meus pais e irmão, por todo apoio e amor incondicional concedidos, que foram de fundamental importância para eu conseguir alcançar, de forma bem-sucedida, mais esse objetivo em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, a essa força superior que nos guia e nos conduz em um caminho de bonança, solidariedade e amor.

Agradeço também a minha família, meus pais e meu irmão, que sempre procurou me fornecer o suporte necessário para que enfrentasse os percalços da vida.

A meus amigos maravilhosos, por todos os conselhos, conversas e, acima de tudo, companheirismo, concedidos nos momentos mais difíceis e complicados de minha jornada.

A todos que de alguma maneira contribuíram para mais essa vitória na minha vida, ofereço o meu carinho e a minha gratidão.

RESUMO

SANTOS, Nathália Scott dos. *Guarda Compartilhada: Um caminho para a preservação do bem-estar do menor e da convivência harmônica em família*. 2008. 81 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho busca demonstrar a necessidade de um novo modelo de guarda que satisfaça todos os direitos e garantias constitucionais hoje dominantes, não mais sendo satisfatório o modelo da guarda exclusiva. Nesse contexto, procurou-se apresentar a guarda compartilhada como um instituto ideal a ser implantado, tendo em vista a sua adequação a realidade social atual, atendendo aos princípios do melhor interesse do menor, o da proteção integral e o da igualdade de homens e mulheres perante a lei. Também foi dedicada uma parte do estudo a análise das vantagens que a guarda compartilhada traz à família, especialmente às crianças e adolescentes, de acordo com a concepção dos profissionais da Psicologia, por objetivar resguardar os laços afetivos de pais e filhos, após a dissolução da sociedade conjugal.

Palavras-Chave: Poder Familiar; Autoridade Parental; Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

SANTOS, Nathália Scott dos. *Joint Custody: A way to preservate the minor's welfare and a harmonic coexistence of the family*. 2008. 81 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This paper aims to demonstrate the need of a custody's model which can satisfy all the rights and garanties of the constitution that predominate nowadays, because it's no longer satisfactory the sole's custody model. In that context, the objective was to present the joint custody as an ideal institute to be implant, since it adjusts to the social reality and suits the principles of minor's best interest, the whole protection and the man and woman equality before the Law. Also, one part of the paper was dedicate to analyse the advantages which joint custody brings to the family, specially the underage boys and girls, in accordance with psychology's professionals conception, since aims to protect the parents and kids' affectionate relationship, after the breakup of the couple.

Keywords: Poder Familiar; Autoridade Parental; Joint Custody.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | ASPECTOS GERAIS DA ENTIDADE FAMILIAR | 12 |
| 2.1 | O Pátrio Poder: O homem no centro da família | 12 |
| 2.1.1 | <u>A estrutura familiar na história</u> | 12 |
| 2.1.1.1 | <u>Relato jurídico</u> | 12 |
| 2.1.1.2 | <u>Relato social</u> | 15 |
| 2.2 | O Poder Familiar: A equiparação dos papéis do homem e da mulher perante a família e a proteção do menor | 18 |
| 2.2.1 | <u>Conceito e Legislação</u> | 18 |
| 2.2.2 | <u>Características e funções</u> | 22 |
| 3 | A GUARDA COMPARTILHADA | 26 |
| 3.1 | Pequena análise a respeito do instituto da guarda | 26 |
| 3.2 | Detalhamento a respeito da guarda compartilhada e as diferenças com relação à guarda alternada | 27 |
| 3.3 | A guarda compartilhada como uma tentativa de permitir uma atuação ativa de ambos os genitores na vida da prole | 31 |
| 3.4 | A aplicação da guarda compartilhada como meio de amenizar os efeitos da separação ou divórcio dos pais perante os filhos | 33 |
| 4 | A POSSIBILIDADE DO MODELO DA GUARDA COMPARTILHADA | 36 |
| 4.1 | Plausibilidade da implantação do modelo em um divórcio consensual e em um divórcio litigioso | 36 |
| 4.2 | Vantagens do modelo e benefícios de sua aplicação, levando-se em consideração os aspectos psicológicos | 39 |
| 4.2.1 | <u>Análise dos aspectos positivos da guarda compartilhada</u> | 39 |
| 4.2.2 | <u>Considerações acerca das características da guarda compartilhada</u> | 41 |
| 4.2.3 | <u>Efeitos positivos que o instituto gera na família e nos menores de acordo com a visão da Psicologia</u> | 42 |
| 4.3 | A guarda compartilhada como forma de impedimento do uso do menor como meio de atingir o outro genitor | 49 |
| 5 | ENTENDIMENTO DOS JURISTAS ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA | 52 |

| | | |
|-----|---|----|
| 5.1 | Posição da doutrina sobre o instituto | 52 |
| 5.2 | Posição da jurisprudência sobre o instituto | 58 |
| 6 | CONCLUSÃO | 63 |
| | REFERÊNCIAS | 66 |
| | ANEXO A..... | 71 |
| | Projeto de Lei nº 7.312/2002..... | 71 |
| | ANEXO B..... | 73 |
| | Projeto de Lei nº 6.315/2002..... | 73 |
| | ANEXO C..... | 75 |
| | Projeto de Lei nº 6.350/2002..... | 75 |
| | ANEXO D..... | 80 |
| | Substituto do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 58, de 2006 (PL nº 6.350, de 2002, na Casa de origem)..... | 80 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá analisar o instituto da guarda compartilhada, enfocando o direito do menor a obter uma convivência igualitária e direta com ambos os pais mesmo após a separação ou divórcio do casal, bem como o direito dos genitores em continuar exercendo conjuntamente a guarda de seus filhos.

Nos últimos tempos, com as grandes modificações surgidas no que tange às relações familiares e ao papel que cada membro exerce dentro da família, o modelo em que a mãe deveria ficar em casa para cuidar do lar e dos filhos, enquanto o pai iria trabalhar, a fim de promover o sustento da prole, não mais se encaixa, devendo um novo modelo ser estabelecido.

Afinal, embora a Constituição Federal de 1988, bem como a legislação infraconstitucional, tenham apresentado consideráveis mudanças nos aspectos do Direito de Família, muito ainda há para ser positivado, havendo questões importantes a serem elucidadas, especialmente com relação à criação de mecanismos capazes de proteger os menores após a separação do casal.

Nesse contexto, a guarda compartilhada surge com um novo modelo apto a se adequar a realidade social existente e atender aos princípios constitucionais do melhor interesse do menor e da igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher, considerados basilares da entidade familiar.

Isso porque visa a manutenção dos vínculos existentes entre pais e filhos, mesmo após a separação ou divórcio do casal, determinando como prioridade resguardar um bom desenvolvimento e formação da prole acima dos desejos parentais. Além disso, configura-se como uma divisão das responsabilidades entre os genitores, que não perdem o direito ao exercício do Poder Familiar e por isso devem continuar oferecendo, conjuntamente, os meios necessários para a criação e educação satisfatória dos menores.

Dentro desse cenário, o presente estudo consistirá, primeiramente, em um relato da evolução histórica do Poder Familiar, tanto do ponto de vista jurídico

quanto do ponto de vista social, demonstrando a passagem da nomenclatura de Pátrio Poder para a vigente atualmente e discorrendo sobre as alterações legislativas ocorridas sobre o tema. Ademais, cumprirá serem realizadas algumas considerações acerca do instituto e de suas características e funções principais.

Em um segundo momento, já no capítulo dois, caberá ser feita uma análise do instituto da guarda e sua autonomia no que se refere ao Poder Familiar, bem como será realizado um detalhamento sobre a guarda compartilhada e apontada as diferenças com relação à guarda alternada. Por último, serão ressaltadas as características da guarda compartilhada que fazem com que esse modelo se adéque aos princípios constitucionais já mencionados.

No terceiro capítulo, cumprirá serem realizadas algumas considerações concernentes à possibilidade da aplicação da guarda compartilhada nos divórcios consensuais e litigiosos, além de serem apresentados os aspectos positivos desse modelo de guarda. Ainda nesse capítulo, caberá a exposição dos efeitos positivos do instituto de acordo com a concepção dos profissionais da Psicologia e a demonstração de alguns artifícios utilizados por um dos genitores para agredir e desmoralizar o outro perante os filhos.

Por fim, o quarto capítulo será dedicado a apresentar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, discorrendo sobre os argumentos favoráveis e contrários, bem como será trazido a colação algumas decisões dos Tribunais brasileiros sobre a matéria em discussão.

Tudo objetivando esclarecer melhor sobre o modelo da guarda compartilhada, que é recente no Direito pátrio e tem sido tema de diversos debates e discussões, eis que a nova realidade social vigente faz com que os indivíduos busquem, no campo jurídico, meios que efetivem os seus direitos e garantias primordiais.

2 ASPECTOS GERAIS DA ENTIDADE FAMILIAR

2.1 O Pátrio Poder: O homem no centro da família

2.1.1 A estrutura familiar na história

2.1.1.1 *Relato jurídico*

A estrutura atual do que se entende por família tem origem no Direito Romano¹. Por essa razão, cumpre realizar uma pequena retrospectiva a respeito das características dominantes a época, bem como uma pequena análise no que tange à concepção do conglomerado familiar.

No Direito Romano, a estrutura familiar se baseava em um modelo tipicamente patriarcal e estratificado, tanto que se denominava de *patria potestas*, o Pátrio Poder. Consistia em uma concessão de poderes ilimitados e absolutos ao pai com relação aos filhos². Aquele tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo (*ius venendi*), o de abandoná-lo (*ius exponendi*) e o de entregá-lo à vítima de dano (*ius noxae deditio*).

Os filhos eram praticamente considerados objetos dos quais a figura paterna poderia dispor a seu belprazer, sendo também a figura materna considerada mera coadjuvante na participação do funcionamento da família.

¹ O Pátrio Poder encontra sua origem em épocas muito remotas, ultrapassando as fronteiras culturais e sociais. Todavia, a doutrina, de um modo geral, toma como ponto de partida para o estudo evolutivo do Pátrio Poder a civilização romana, por ser esta considerada o berço da humanidade.

² O Pátrio Poder teve seu início através de um poder religioso que prevalecia dentro das famílias, sendo o pai considerado uma espécie de “Deus” dentro do lar.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, em sua obra, já bem destaca alguns dos aspectos do Pátrio Poder Romano:

O pater famílias era o chefe absoluto, sacerdote incumbido de officiar a veneração dos penates, deuses domésticos. Como chefe do grupo familiar, exercente do poder marital, tinha direitos absolutos sobre a mulher e os filhos, inclusive com direito de vida e morte sobre os últimos, decorrente do jus vitae et necis.³

A figura do homem estava no centro da família, sendo o mesmo considerado como o chefe incontestável. O Pai era responsável por comandar a família e todos os outros integrantes (mãe e filhos) deveriam se submeter às suas vontades e imposições.

O Código Civil Brasileiro de 1916 corroborava desse entendimento ao determinar que ao homem competia a chefia da sociedade conjugal, devendo administrar os bens do casal, bem como reger a pessoa e bens dos filhos menores⁴. Tanta a figura materna como a figura dos filhos não possuíam relevância à condução da vida em família, não possuindo nenhum direito ou poder de decisão ou de emitir opinião sobre as questões.

O entendimento que prevalecia era o de que o homem deveria sustentar a casa, administrar o patrimônio, enquanto à mulher cabia o papel de dona-de-casa, devendo realizar as tarefas domésticas e cuidar dos filhos.

Podemos confirmar isso através das palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 atribuía ao marido a pátria potestas. Predominava, no regime por ele instituído, o conceito de chefia da família. Só na falta ou impedimento do chefe da sociedade conjugal passava o pátrio poder a ser

³ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigma do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

⁴ Cumpre transcrever alguns artigos desse dispositivo legal que exemplificavam essa soberania do homem: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

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

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

exercido pela mulher. O seu exercício não era, portanto, simultâneo, mas sucessivo.⁵

Da mesma forma, estabelecia o art. 385 desse dispositivo legal:

Art. 385. O pai, e na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.⁶

A mulher encontrava-se em uma posição de inferioridade com relação ao homem, sendo relegada a mera coadjuvante nas participações da sociedade conjugal.

Cumprе trazer a colação algumas considerações da doutrinadora Maria Berenice Dias:

O Código Civil de 1916 retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher, ao casar, perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente incapaz.⁷

Toda essa diferenciação de tratamento entre os cônjuges acabava por refletir na esfera do relacionamento com os filhos, haja vista a discriminação provocada aos filhos denominados de ilegítimos, aqueles advindos fora do casamento⁸.

Nessa época, o Direito ainda não priorizava o menor nas relações familiares, apenas estruturando o Pátrio Poder como sendo uma garantia dos pais, especialmente do homem, perante os filhos. Todas as normas visavam assegurar

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 3ª. ed. rev.e atual. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 361.

⁶ Código Civil de 1916 (criado pela Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916): “Art. 225. O viúvo, ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se casar antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, perderá o direito ao usufruto dos bens dos mesmos filhos.”

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 94 -95.

⁸ Na época do início da vigência do Código Civil de 1916, o casamento era a única forma reconhecida pelo Direito de organização familiar, sendo o mesmo indissolúvel. Dessa forma, apenas os filhos advindos do matrimônio eram protegidos juridicamente, sendo aqueles concebidos fora do casamento relegados ao conceito de filhos ilegítimos. Portanto, os filhos eram classificados e discriminados em função da situação jurídica dos pais.

essa autoridade do pai sobre a família como um todo, não levando em consideração aspectos essenciais ao crescimento e desenvolvimento da prole.

Entretanto, algumas pequenas modificações já puderam ser notadas no que tange às correlações entre pais e filhos, uma vez que se passou a vislumbrar o Pátrio Poder não mais como um poder tirano, mas sim como um conjunto de direitos e deveres em benefício do filho, buscando o bem estar do menor. Tanto que fora criado, nesse dispositivo legal, um capítulo específico à proteção da pessoa dos filhos⁹.

Aos poucos estava sendo modificado o entendimento da área jurídica no que concerne aos direitos dos menores, eis que, por serem sujeitos em formação, necessitam de especial atenção e cuidado das normas visando garantir o mínimo essencial à sua vida.

2.1.1.2 *Relato social*

Antes de ser um organismo jurídico, a família é um organismo social, pilar da sociedade, formando os princípios, costumes e conceitos do ser humano. Por essa razão, cabe ser realizada uma pequena síntese histórica sobre a evolução dos valores sociais a respeito da organização familiar durante o passar dos tempos.

Até o início do século XVIII, a família tinha por atribuição principal garantir a transmissão da vida, dos bens e dos nomes. Tanto que não havia nenhuma espécie de consideração no que diz respeito aos sentimentos dos indivíduos da relação familiar, ocorrendo casamentos arranjados com base no status e no nome de determinada família e na riqueza patrimonial de cada um.

Os filhos não possuíam relevância afetiva para os pais, sendo considerados apenas como meros permeadores do nome de suas famílias e as mulheres serviam apenas como reprodutoras desses filhos. Dessa forma, todos os sujeitos das

⁹ Código Civil de 1916 - Título IV, Capítulo II.

relações familiares deveriam se submeter à autoridade patriarcal, que era absoluta e tirana.

Com o passar dos tempos, já em meados para o fim do século XVIII, é que começa a ocorrer uma modificação desse pensamento, passando a haver uma valorização do amor e afeto entre os membros da família.

Tal entendimento se consolida mesmo no século XIX, quando se inicia uma grande alteração nas relações, com maior interação entre pai e filho e marido e mulher, não havendo mais uma concepção de casamento com fins de manutenção e transmissão de riqueza e poder. Começava, então, a brotar uma nova realidade social baseada no amor e afeição¹⁰.

Da mesma maneira, a prole não mais era considerada como objeto, mas sim como sujeitos de direitos e que mereciam respeito e consideração. A mãe, com seu instinto maternal, passa a ser a encarregada do lar, realizando as tarefas domésticas e cuidando dos filhos, enquanto cumpria ao pai prover o sustento da casa e da família.

Os relacionamentos entre os membros das famílias passaram a serem pautados na reciprocidade de sentimentos, na intimidade, na cumplicidade, enfim, começa-se a ser entendido que se trata de seres humanos envolvidos nessas relações familiares.

Apesar dessa mudança de cenário, apenas no final do século XIX e início do século XX é que uma reviravolta ocorreu. A proliferação dos movimentos feministas e a entrada da mulher no mercado de trabalho deram margem cada vez maior a decadência do poder patriarcal absoluto e a concepção de que a mulher deveria apenas se dedicar aos filhos, bem como que aos pais só caberia manter a casa.

Com a conquista de sua independência, as mulheres passam a ter um relevante valor na condução da vida em família, passando a autoridade parental a ser mais dividida entre os genitores. Por outro lado, o pai não é mais concebido

¹⁰ Iniciava-se a difusão da idéia de amor romântico entre os cônjuges e de relações de afeto entre os membros da família. Nesse sentido, Eliana Riberti Nazareth destaca: “No século XIX, com o aparecimento do romance, toda a vida emocional se reordena (...). Há grandes modificações nas relações entre pais e filhos – ganha corpo a idéia do ‘bem-estar da criança’. ‘Inventa-se’ a maternidade. Começa a progredir e alcançar visibilidade a afeição materna em detrimento da autoridade patriarcal.” NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda Compartilhada e Mediação Familiar: A importância da convivência.** In: ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (APASE). *Guarda Compartilhada: Aspectos Psicológicos e Jurídicos.* Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 91.

como apenas um provedor do sustento da família, sendo reconhecido seu papel na criação dos filhos.

Procurou-se acabar com o entendimento de que o pai era o chefe incontestável da família, que poderia mandar e desmandar na mulher e nos filhos, assim como com a idéia de que apenas as mães possuem afeto e carinho pela prole, competindo somente a elas a educação desta.

Diante de tal panorama, a idéia de uma união eterna entre homem e mulher também se dissolve, havendo uma proliferação das separações e divórcios¹¹, o que contribuiu para o aumento da preocupação do desenvolvimento dos filhos e os efeitos que poderiam ser provocados em suas mentes devido à desestruturação da configuração familiar conhecida por eles.

A prole não mais era vista com inferioridade em relação aos pais, sendo apenas considerados os sentimentos e opiniões destes últimos. Agora, os menores também passam a ter relevância na estrutura familiar, constituindo-se como indivíduos dignos e com direitos a serem respeitados.

Por todos esses fatores, o Direito também foi evoluindo e apresentando transformações, visando acompanhar a nova realidade social que se instaurava, uma vez que as leis devem também se basear nos acontecimentos da sociedade, especialmente ao lidar com questões de cunho emocional como as referentes ao Direito de Família.

Os menores passam a ser os sujeitos de maior relevância para a sociedade e para o Direito, já que torna-se mais claro compreender a sua fragilidade e a importância de sua contribuição para o futuro da nação, devendo os mesmos possuírem especial proteção desses meios social e jurídico.

Afinal, a família é a base de todo ser humano, devendo possuir uma composição igualitária entre seus membros, respeitando-se sempre seus desejos e sentimentos e buscando uma relação repleta de comunicação e afeto entre todos os envolvidos.

¹¹ Sobre o assunto, cabe transcrever as palavras de Eliana Riberti Nazareth: “*Observa-se a intensificação de um quadro, já esboçado no começo do século XX, em que a realização pessoal e sexual passa a ser um valor a ser conseguido. A escolha do parceiro passa a se dar pelo aspecto emocional e não mais pelo patrimonial. Diminui drasticamente o apego às tradições. Aumentam, no imaginário social, os espaços para uniões não-eternas e para a busca de felicidade dos indivíduos. Com isso, aumentam também o número de divórcios e recomposições familiares.*” Ibidem. p. 92.

Por essa razão, cumprirá ser realizada uma pequena análise no tópico seguinte no que concerne às alterações legislativas sobre a estrutura da família, que não mais era concentrada no homem, mas sim no núcleo familiar e em todos os seus membros.

2.2 O Poder Familiar: A equiparação dos papéis do homem e da mulher perante a família e a proteção do menor

2.2.1 Conceito e Legislação

Conforme a sociedade iria evoluindo, o Direito tinha que acompanhar as modificações, não podendo ficar inerte diante da nova realidade social.

Nesse contexto, surge a primeira grande alteração legislativa que veio romper com a hegemonia masculina, trazendo diversos direitos e garantias à mulher, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62).

A mulher passava, então, a colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal, possuindo plena capacidade para realizar seus atos¹².

Por sua vez, a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) também trouxe alguns avanços no que concerne à figura feminina, acabando com a idéia de que as uniões

¹² Com o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), o Código Civil de 1916 sofreu diversas mudanças com relação aos direitos da mulher na sociedade conjugal. “O artigo 393 que retirava da mulher o pátrio poder, em relação aos filhos do leito anterior, quando contraísse novas núpcias, teve sua redação alterada proclamando que a mulher não mais perderia os direitos do pátrio poder quando contraísse novas núpcias. O artigo 380 que dava o exercício do pátrio poder ao marido e somente na falta deste à mulher, concedeu o exercício do pátrio poder a ambos os pais, prevalecendo a vontade do homem no caso de discordância do casal, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.” SILVA, Raquel Marques da. Evolução Histórica da Mulher na Legislação Civil. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-499837583>>. Acesso em: 10 abril 2008.

conjugais deveriam ser eternas, e passando a admitir uma busca pela satisfação e felicidade pessoal do casal¹³.

Porém, a grande inovadora da concepção da estrutura familiar foi a Constituição Federal de 1988, por agregar inúmeras modificações nesse âmbito.

Maria Berenice Dias destacou em sua obra:

A Constituição Federal concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher (CF 5º I). Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5º), acabou por outorgar a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.¹⁴

Tais modificações no texto legislativo trouxeram a idéia de que a família é a base da sociedade, devendo as relações entre seus membros serem tratadas como relações afetivas e não mais de poder e supremacia. Por esse motivo, o Estado passa também a intervir no modelo familiar, para conferir-lhe maior proteção¹⁵.

Nesse sentido, Patrícia Pimentel comenta:

A evolução do direito de família, com a consagração dos princípios previstos na Constituição Federal, transformou o casamento, e a família em geral, no âmbito legislativo, em instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes.¹⁶

A Carta Magna, através de seus princípios constitucionais, foi norteadora do Direito de Família, eis que passou a incorporar valores éticos e morais em seu conteúdo.

Cabe ressaltar alguns desses princípios que consagraram como fundamentais valores sociais dominantes. O maior deles é o princípio da dignidade da pessoa humana, acompanhado do princípio da solidariedade familiar, princípio da proteção

¹³ Assim como o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio veio para romper com as barreiras históricas de casamentos baseados no interesse financeiro, para contemplar as uniões baseadas no afeto e cumplicidade dos cônjuges, passando a ser admitida a dissolução dessas uniões quando findo o amor do casal.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 380.

¹⁵ Passa-se a entender e vislumbrar as relações familiares como não sendo apenas de relevância privada, mas também de interesse público, haja vista envolver a formação das crianças e adolescentes, que são o futuro de qualquer país.

¹⁶ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Op. Cit., p. 16.

integral a crianças e adolescentes e princípio da afetividade, todos podendo ser extraídos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal¹⁷.

Dentro desse panorama, outras inovações começaram a emergir. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90), no mesmo compasso que a Constituição, modificou o sentido do Pátrio Poder, considerando este como sinônimo de proteção e não mais de dominação. Agora, compete aos pais proteger e resguardar a figura dos filhos, possuindo os primeiros mais deveres do que direitos para com os segundos, por serem estes a parte mais frágil da relação.

Art. 3°. 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. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Por fim, surge o Código Civil de 2002, seguindo na mesma linha de entendimento que os demais dispositivos legais¹⁸. A partir de então, a designação Pátrio Poder é substituída pela Poder Familiar, em uma tentativa de enfatizar o princípio da igualdade entre o homem e a mulher apregoado pela Constituição Federal.

¹⁷ Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

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

§ 7°- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

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

¹⁸ Código Civil de 2002 (criado pela Lei n° 10.406 de janeiro de 2002): “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao Poder Familiar, enquanto menores.

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

De acordo com essa percepção, o Poder Familiar deixou de ser um poder absoluto do pai perante o filho, mas sim uma série de direitos e deveres dos genitores que visam alcançar o bom desenvolvimento físico e mental dos menores que estejam sob sua guarda.

Nesse contexto atual, a sociedade familiar não é mais hierarquizada, patriarcal e transpessoal, mas sim baseada na pluralidade, na igualdade substancial, na direção diárquica e de caráter eudemonista¹⁹. Tudo isso para atender ao princípio da isonomia (igualdade entre homem e mulher) e conseqüentemente ao princípio do melhor interesse do menor, especialmente no caso de separação do casal, não podendo mais ser concebida a idéia de poder autoritário e absoluto.

Carlos Roberto Gonçalves enuncia em sua obra:

(...) o Poder Familiar constitui um conjunto de direitos e deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um múnus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos.²⁰

Destarte, o Poder Familiar é considerado um encargo, muito mais um dever do que um poder, pois há um interesse do Estado no seu correto funcionamento, visando o bem estar do menor e da família como um todo, e não somente satisfazer as necessidades dos genitores.

Por essa razão, muitas são as críticas dos diversos doutrinadores sobre a terminologia Poder Familiar, por considerarem como mais apropriada a denominação autoridade parental ou ainda função familiar, eis que representa um condicionamento do interesse dos pais ao interesse dos filhos²¹.

¹⁹ O eudemonismo se refere a essa nova visão que surgiu entendendo serem as relações familiares baseados no afeto e respeito entre os membros, respeitando a dignidade de cada um e consagrando os princípios constitucionalmente garantidos. Patrícia Pimentel ressalta: “*A Constituição de 1988 altera o objeto da tutela jurídica no âmbito familiar, antes voltada para a máxima proteção da denominada ‘paz doméstica’, funcionalizando a família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e preservando-a tão somente como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.*” RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Op. Cit., p. 24.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 359.

²¹ Muitos doutrinadores entendem ser o Poder Familiar mais um dever do que um poder, devendo ser exercido no intuito de satisfazer os interesses dos filhos. Sendo assim, acreditam ser a denominação autoridade parental, função parental ou função familiar mais apropriada.

2.2.2 Características e funções

Hodiernamente, as relações familiares são baseadas no afeto, no carinho, no diálogo, já que passou-se a entender que os sujeitos da relação são seres humanos e, portanto, necessitam de sentimentos que são imprescindíveis à convivência familiar.

Sendo assim, o Poder Familiar se renovou, ganhando novas feições, a fim de atender a nova realidade social, respeitando os princípios e garantias constitucionais e procurando garantir uma satisfação da vivência em família, para que seja possível a formação de indivíduos saudáveis e felizes para o futuro.

Com isso, o Poder Familiar passa a ser considerado um encargo dos pais, devendo o Estado supervisionar a conduta dos mesmos, sob pena de extinção, suspensão ou ainda perda desse poder. Tudo isso visando a garantia maior desse múnus público, que é a obrigação dos genitores em fornecerem condições aos menores de uma formação digna e saudável, consubstanciada em uma relação de amizade, cumplicidade, amor e principalmente respeito entre eles.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos traz uma boa definição:

A autoridade parental, dessa forma, traduz uma relação onde pai e mãe dirigem seus esforços para proporcionar aos filhos todas as condições possíveis e necessárias de criação e desenvolvimento de suas personalidades, direcionada no interesse exclusivo do filho, servindo como meio de protegê-los e educá-los.²²

O Poder Familiar é caracterizado mais como um múnus legal do que como um poder, eis que confere aos pais certas prerrogativas sobre a pessoa e os bens dos filhos, mas também os deveres de educação, criação e assistência dos mesmos.

²² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Op. Cit., p. 30.

A relevância do exercício do Poder Familiar passou a ser tanta para a sociedade, que o Estado se encarregou da função de supervisionar e fiscalizar a atuação dos pais na orientação e proteção da prole, podendo eles perderem esse direito em caso de abuso, com a devida suspensão, destituição ou extinção do poder²³.

Tal instituto é considerado irrenunciável, inalienável e imprescritível, não cabendo aos genitores transferi-lo a terceiros e não se extingue pelo não exercício do seu titular, por se caracterizar como uma obrigação de ordem pública imputada pelo Estado. Caso contrário, os pais poderiam a qualquer momento e conforme suas necessidades se eximir de sua responsabilidade.

Waldyr Grisard Filho define:

Assim, diante do primeiro enfoque, o poder familiar constitui um direito subjetivo dos pais nas relações externas, direito à função própria, para que possam levar a cabo o ofício que lhes é encomendado. Mas, nas relações pai-filho, sob outro enfoque, o poder familiar é um conjunto incindível de poderes-deveres, que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos.²⁴

Então, ao mesmo tempo em que o Poder Familiar se constitui como um encargo imposto pelo Estado aos pais, também corresponde a um conjunto de direitos e deveres que estes devem exercer no intuito de preservar e garantir a boa formação e desenvolvimento dos filhos.

As legislações pátrias relativas à matéria, Código Civil de 2002, Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, elencam alguns dos atributos do Poder Familiar em relação à pessoa dos filhos, estabelecendo direitos e deveres dos pais que colaborem na orientação dos menores.

O dever de guarda que os genitores possuem diz respeito a resguardar a criança, regendo sua conduta e comportamento e velando por sua segurança e

²³ Como o Estado passou a assumir o controle do exercício do Poder Familiar, novas regras foram estabelecidas visando coibir o abuso do mesmo, que antes era absoluto e incontestável. Agora a legislação pátria prevê algumas hipóteses em que ocorre essa perda do Poder Familiar pelos pais.

²⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 3ª ed. ver. atual., e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

saúde, fazendo com que se atinja o objetivo de prover assistência aos filhos, mantendo-se sempre presente na vida deles.

Por sua vez, também compete aos pais o dever de criação e educação dos filhos, procurando satisfazer as necessidades materiais e morais dos mesmos, fornecendo-lhes os meios necessários para garantir a sua subsistência. Isso corresponde não apenas a instrução desses menores, com o incentivo ao estudo e ao aprendizado, mas também ao desenvolvimento das faculdades físicas e psíquicas necessárias para que qualquer ser humano possa crescer adequadamente.

Os genitores devem representar seus filhos menores de 16 anos, por serem considerados absolutamente incapazes, na prática de todos os atos da vida civil, passando a assisti-los dos 16 aos 18 anos, quando se tornam relativamente incapazes. Isso visando proteger essas crianças inexperientes de se submeterem a atos prejudiciais a sua pessoa ou ao seu patrimônio.

Da mesma forma, cumpre aos pais o dever de vigilância e correção dos filhos, uma vez que respondem pelos atos ilícitos praticados pelos menores e buscam formar cidadãos com base nos princípios e valores passados a eles. Assim, podem os genitores exigir respeito e obediência da prole, até para impor limites a ela e moldar suas atitudes.

Todos esses atributos do Poder Familiar estão sujeitos ao controle do Estado, para que não se configure um abuso no exercício dos poderes dos pais com relação aos filhos e sejam respeitados os primados da proteção integral e do melhor interesse do menor.

Cumpre destacar que o fim da sociedade conjugal não implica na perda do direito ao exercício do Poder Familiar, uma vez que este diz respeito às correlações entre pais e filhos, não havendo que se confundir com as relações entre o casal.

Por isso, mesmo após a separação ou divórcio do homem e da mulher, ambos devem continuar exercendo seus direitos e deveres perante a prole, sem nenhum prejuízo de qualquer natureza e sem nenhuma discriminação entre os genitores. Nesse contexto, é que surge o problema da atribuição da guarda, após a ruptura do casamento ou da união estável, e suas conseqüências para os filhos.

3 A GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Pequena análise a respeito do instituto da guarda

A guarda é um instituto complicado de ser definido devido a multiplicidade de fatores complexos envolvidos na questão. Mas Waldyr Grisard diz que “(...) A guarda surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais.”²⁵

Por muito tempo, a guarda foi considerada como um dos efeitos do Poder Familiar, sendo conferido um poder quase que absoluto do direito de guarda a quem detivesse o exercício do antigo Pátrio Poder. Assim, o pai exercia de maneira indiscutível suas forças sobre os filhos, sem haver a menor consideração sobre os interesses e os direitos destes.

Tudo isso se devia ao entendimento que prevalecia na época a respeito das relações familiares, tendo começado a ocorrer uma mudança em meados do século passado, quando passou-se a privilegiar a formação e crescimento do menor e o Estado assumiu o controle do exercício da autoridade parental.

Dessa forma, hoje percebe-se que a guarda não é da essência do Poder Familiar, podendo ser destacada deste e atribuída a somente um dos cônjuges ou ainda a terceiros.

Cabe destacar algumas palavras de Waldyr Grisard:

(...) a guarda não é da essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviverem pacificamente, ou seja, a primeira (a guarda) não exclui o segundo (o poder familiar). A guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, independentizando-se e ganhando desdobramento próprio.²⁶

²⁵ Ibidem. p. 55.

²⁶ Ibidem. p. 65.

Por esse motivo, não cabe a confusão entre os dois institutos, sendo o Poder Familiar um direito e dever de ambos os pais para com os filhos, fornecendo todos os meios necessários para que os últimos se tornem adultos saudáveis, e que não se dissolve com o fim da sociedade conjugal e nem pelo fato da guarda ser atribuída a somente um dos genitores.

Entretanto, para um bom funcionamento do exercício do Poder Familiar por ambos os pais, com uma boa condução de suas obrigações, torna-se essencial a manutenção do convívio deles com a prole, evitando, portanto, um distanciamento afetivo e a criação da sensação de mero financiador pelo genitor não-guardião.

Tal concepção ainda permanece não sendo compreendida, uma vez que prevalece no Brasil o modelo da guarda única em que apenas um dos cônjuges possui o direito a guarda do menor, enquanto ao outro cabe apenas uma visitação, normalmente quinzenal, e a obrigação de prestar os alimentos.

Nesse panorama, as relações se tornam bastante conflituosas, eis que o genitor guardião, por entender ser somente de sua responsabilidade a criação e educação dos filhos que vivem em seu domicílio, restringe a atuação do genitor não-guardião nas tomadas das decisões importantes para as crianças e aquele, por sua vez, acaba se sentindo sem o direito a participar mais na vida destas.

Diante do quadro mencionado, cumpre serem analisadas de maneira cautelosa as melhores soluções no que concerne à guarda dos menores, quando da separação ou divórcio do casal, estabelecendo-se como prioridade o melhor interesse do menor e não meramente a satisfação dos desejos e vontades dos pais.

3.2 Detalhamento a respeito da guarda compartilhada e as diferenças com relação à guarda alternada

A guarda dos filhos compete a ambos os cônjuges, em plena igualdade de condições, enquanto estes permanecem casados. A dificuldade surge em se definir

a quem caberá a guarda no momento da separação ou divórcio do casal, conforme já analisado anteriormente.

Embora tenha ocorrido uma grande inovação nas legislações pátrias no que concerne às questões familiares de uma maneira geral, ainda permanecem diversas brechas na lei, sendo uma delas referente aos critérios definidores da guarda²⁷.

Atualmente, ainda prevalece o entendimento de que o exercício da guarda deve ser outorgado à mãe, no caso do rompimento da sociedade conjugal, cabendo ao pai apenas o direito à visitação em prazos e horários pré-estabelecidos.

Esse panorama muito se deve a idéia enraizada de que a mulher deve cuidar dos filhos e do lar, enquanto o homem deve prover o sustento da família, principalmente devido a concepção de que a mãe possui o instinto maternal e por isso estaria mais apta a educar a prole. Entretanto, conforme já foi explicitado, não há mais como se corroborar essa lógica, eis que no quadro social vigente, a mulher possui uma colaboração bastante ativa nas finanças do lar, especialmente devido a sua inserção no mercado de trabalho. Ademais, a própria Constituição Federal já estabeleceu a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e a necessidade de se preservar os interesses dos menores acima dos demais.

Por outro lado, verificou-se que o homem possui também um instinto paternal e a capacidade de transmitir afeto a seus filhos, tendo plenas condições de assumir as mesmas responsabilidades da mulher no que tange à educação e formação das crianças, sendo inclusive de suma relevância a atuação de ambos os genitores na vida cotidiana dos menores.

Nesse diapasão, surge a idéia da guarda compartilhada, que consiste em uma tentativa de manter uma convivência física e imediata dos pais com os filhos, garantindo àqueles uma co-responsabilidade parental e a estes a permanência de vínculos estritos com os genitores, quando encerrada a convivência do casal.

Maria Berenice Dias bem destacou:

²⁷ Waldyr Grisard Filho bem destacou: *“Nesse novo contexto, de raízes constitucionais, da paternidade responsável e da co-responsabilidade parental, a velha guarda exclusiva, preferencial em outro momento histórico-social, cedeu lugar a outras modalidades de guarda, emergindo dentre elas a guarda compartilhada ou conjunta (...). No entanto, o novo Código Civil não se refere, de modo expresso, ao compartilhamento dos cuidados aos filhos menores, sua criação e educação, companhia e guarda, por consenso ou determinação judicial, tampouco proíbe sua estipulação.”* Ibidem. p. 154.

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas relativas à pessoa dos filhos, fazendo com que ambos os pais participem de forma mais presente na vida deles. De forma mais intensa se faz necessária a pluralização das responsabilidades, devendo os genitores participar do processo de desenvolvimento integral dos filhos de maneira a estabelecer uma verdadeira democratização dos sentimentos e dos laços afetivos.²⁸

A guarda compartilhada é um modelo extremamente adequado à realidade social atual, eis que procura atender ao primado do melhor interesse do menor e ao princípio da igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, ao considerar que uma ruptura na relação conjugal não deve importar em uma ruptura na relação parental.

Aos poucos muitos juristas, baseados nas visões de outras áreas como a Psicologia e a Assistência Social, vão chegando à conclusão de que a guarda uniparental não é o modelo ideal a ser seguido, uma vez que os menores precisam da participação ativa de ambos os genitores em seu cotidiano. Ademais, os próprios pais estão buscando mais, pela via judicial, meios de poderem assegurar os laços afetivos e o direito de partilhar a criação e educação da prole²⁹.

Cumprе ressaltar alguns comentários de Waldyr Grisard Filho:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe, e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais.³⁰

Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.³¹

Com a ruptura da vida conjugal, o ideal é tentar preservar um ambiente semelhante ao qual o menor estava acostumado, minorando, assim, os efeitos nocivos que podem ser provocados em sua formação psíquica e mental.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 401.

²⁹ Os homens hoje já não mais se conformam em serem relegados à posição de mero visitante e provedor de alimentos ao filho, buscando encontrar meios de ter garantido seu direito a participar das decisões da vida da prole.

³⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 127.

³¹ Loc. Cit.

Contudo, a concepção de guarda compartilhada não pode ser confundida com a idéia de guarda alternada, altamente rejeitada pelo Direito Pátrio, cabendo ser realizada uma diferenciação entre ambas.

A guarda alternada consiste em uma divisão equitativa do convívio físico de ambos os pais com os filhos, cabendo a cada um dos genitores passar o mesmo tempo com a prole, o que acaba por provocar uma sensação de instabilidade e confusão na cabeça do menor, segundo os especialistas, por ficar sem uma base de referência.

Waldyr Grisard Filho bem destaca:

Refere-se esse modelo a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-cônjuges são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade.³²

Ademais, esse modelo visa claramente atender a um interesse dos pais (conviver igualmente com os filhos) em detrimento de um interesse das crianças, qual seja possuir uma estabilidade domiciliar e de estabelecimento de regras e valores a serem seguidos.

Por sua vez, a guarda compartilhada não abrange apenas a questão da guarda física, mas sim aspectos mais relevantes ao desenvolvimento do menor, que compreende uma equivalência nas decisões mais importantes na vida dos filhos, equilibrando entre o homem e a mulher a difícil tarefa de criar e educar um ser humano.

Mais uma vez Waldyr Grisard:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.³³

³² GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 121.

³³ Ibidem. p. 126.

A característica primordial da guarda compartilhada é valorizar a participação efetiva de ambos os genitores na vida da prole, permitindo, então, um bom convívio entre pais e filhos e a manutenção de laços afetivos essenciais ao desenvolvimento de qualquer pessoa. Além disso, permite uma maior flexibilidade nos ajustes dos horários e prazos de cada guardião, podendo estabelecer uma residência fixa de um dos pais para o menor, mas com o direito de visitação do outro com grande freq encia e liberdade.

3.3 A guarda compartilhada como uma tentativa de permitir uma atua o ativa de ambos os genitores na vida da prole

Com o advento da Constitui o Federal de 1988 e seus princípios fundamentais, muito se inovou no âmbito do Direito de Família. Uma dessas novidades foi a equipara o do homem e da mulher juridicamente³⁴, passando a possuir ambos os mesmos direitos e deveres, especialmente no que tange   importância do papel que exercem na vida dos filhos.

Em uma sociedade contemporânea, que valoriza a força da mulher no mercado de trabalho e o homem como um ser apto a educar e criar a prole, bem como as rela es de afeto e de cumplicidade entre os sujeitos do núcleo familiar, baseada na dignidade de cada um, não pode mais conceber a guarda única e exclusiva da mãe, principalmente, como sendo o modelo ideal a ser seguido.

O entendimento que cada vez mais deve prevalecer e já vem prevalecendo   o de que ambos os genitores possuem uma efetiva importância na forma o e desenvolvimento dos filhos, além de possuir o direito a manter a convivência familiar com eles quando da separa o.

³⁴ Constitui o Federal de 1988: "Art. 5 . Todos são iguais perante a lei, sem distin o de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito   vida,   liberdade,   igualdade,   segurança e   propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obriga es, nos termos desta Constitui o;"

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos bem se pronuncia:

Tanto o pai quanto a mãe, querendo e podendo, devem estar presentes no processo de formação do filho, e estão em igualdades de condições para exercerem esse múnus, notadamente frente aos comandos constitucionais de igualdade previstos no art.5º, inciso I e art.226, § 5º.³⁵

O homem e a mulher possuem igualdade de condições para exercerem o Poder Familiar, devendo manter o exercício comum da autoridade parental e dividir a responsabilidade sobre as decisões relevantes na vida do menor. Afinal, cada um dos genitores exerce uma função primordial para o bom desenvolvimento da criança.

Dentro desses novos paradigmas, insere-se a guarda compartilhada, na medida em que visa resguardar o princípio constitucional da isonomia, preservando o direito de ambos os pais de participarem efetivamente das questões essenciais que permeiam a realidade dos filhos, sem nenhuma espécie de discriminação entre eles.

A guarda compartilhada valoriza o papel de cada um dos membros da família, reconhecendo a importância que cada um imprime dentro das relações familiares, ao mesmo tempo em que personifica o fenômeno moderno da descentralização do patrimônio no Direito de Família para salientar as relações interpessoais entre os sujeitos.

Waldyr Grisard Filho:

(...) A guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.³⁶

Afinal, as relações de afeto só são sedimentadas através do convívio entre os sujeitos, sendo fundamental para a construção de carinho e amizade entre pais e filhos o cultivo de cuidados inerentes à maternidade e à paternidade.

³⁵ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Op. Cit., p. 19.

³⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 156.

Seguindo essa concepção, já há muitos homens buscando seus direitos de maior participação e atuação no desenvolvimento dos filhos, evitando serem relegados a segundo plano, haja vista a atribuição da guarda ser conferida às mulheres em grande parte dos casos pelos tribunais brasileiros.

Agora não mais existe a visão de uma autoridade parental una, mas sim a idéia de uma divisão de responsabilidades entre os genitores, de maneira equitativa. Isso objetivando a configuração de uma co-parentalidade, baseada na estimulação de um contato mais profundo dos pais com os menores e em uma comunhão de esforços visando à realização da prole.

3.4 A aplicação da guarda compartilhada como meio de amenizar os efeitos da separação ou divórcio dos pais perante os filhos

Da mesma forma que visa assegurar uma atuação equivalente de ambos os pais na vida dos filhos, a guarda compartilhada é um mecanismo que visa garantir o bem estar do menor, primando por seus interesses acima do de seus genitores. Isso porque a criança ou o adolescente são a parte mais frágil das relações familiares, merecendo, portanto, maior atenção e proteção legal.

O princípio do melhor interesse do menor foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seu art.227 que é prioritário assegurar os direitos do menor, devendo a sociedade e o Estado agir com o intuito de prover as garantias necessárias para que ele possa se desenvolver plenamente e se tornar um adulto feliz e realizado.

Patrícia Pimentel destaca que “A proteção da criança e do adolescente foi estabelecida como prioridade, sendo dever não só da família, mas também da sociedade civil e do Estado, assegurar e garantir os direitos fundamentais do infante.”³⁷

³⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Op. Cit., p. 101.

A evolução e modificação dos conceitos e valores da sociedade demonstram a necessidade do resguardo do menor, adotando medidas que vislumbrem sua melhor formação e criação. As crianças e adolescentes deixaram de serem considerados meros objetos nas mãos dos pais, mas sim sujeitos de direitos, participantes ativos e efetivos nas relações familiares.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 ratificou tal princípio ao afirmar que, no caso de separação, a guarda competirá ao genitor que possuir melhores condições de exercê-la (art.1584). Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente também consolidou tal entendimento, em seus arts.1º, 4º e 19 que estabelecem a necessidade dos pais garantirem proteção integral aos filhos, bem como uma convivência efetiva tanto do pai quanto da mãe em suas vidas³⁸.

Waldyr Grisard Filho ressalta:

Está claro que o Estatuto privilegiou o convívio da criança com seus pais e ressalta a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento. É inegável, assim, que a lei minorista acolheu a tese da guarda compartilhada, sendo-lhe amplamente favorável.³⁹

Há de se considerar os aspectos negativos que a desagregação da estrutura familiar acarreta nos menores ainda em crescimento, por essa razão cabe ser realizada uma tentativa de assegurar a eles uma minimização dos traumas que podem vir a ser provocados. Foi através dessa lógica que as legislações pátrias buscaram adotar medidas de proteção às crianças e aos adolescentes levando em consideração suas necessidades e interesses.

Os menores em formação necessitam de uma interação, de atenção e de troca de experiências com seus genitores, cultuando os novos paradigmas das relações interpessoais, baseada na afetividade entre seus membros. Assim, os pais

³⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

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

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

³⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 159.

possuem o dever de educar os filhos, mas não somente no que tange à instrução escolar ou profissional e sim na transmissão de valores éticos e morais para ávida da prole.

Dessa forma, torna-se necessária a adoção de medidas favoráveis ao menor, que se encontra no meio dos conflitos entre o casal e não pode ser prejudicado com o afastamento de um dos seus pais de seu convívio. Cumpre sempre haver uma proteção maior dos filhos pelos genitores e pelo Estado, que possui o papel de intervir nas relações familiares para assegurar o respeito ao interesse do menor.

Por essas considerações, verifica-se ser perfeitamente plausível a aplicação do modelo da guarda compartilhada no Direito brasileiro, apesar de não haver legislação específica sobre a matéria, haja vista estar totalmente de acordo com os preceitos constitucionais existentes. Na verdade, a sua implementação seria a maneira mais correta de adequar a questão da guarda com as garantias constitucionais já mencionadas.

4 A POSSIBILIDADE DO MODELO DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Plausibilidade da implantação do modelo em um divórcio consensual e em um divórcio litigioso

A grande discussão que se trava no que concerne à possibilidade de aplicação do modelo da guarda compartilhada diz respeito à necessidade de um consenso entre os genitores na tomada de decisões referentes à prole. Por esse motivo, surge o dilema da plausibilidade da aplicação de tal modelo no divórcio litigioso ou se caberia apenas no divórcio consensual.

Quando ocorre a separação consensual, as questões referentes à guarda se tornam mais fáceis de serem acordadas, eis que os cônjuges não entram em conflito. Dessa forma, ambos podem juntos assumir a responsabilidade da criação dos filhos, participando das decisões fundamentais de sua vida, como a educação, saúde, lazer, alimentação e religião.

Nesse contexto, o Poder Judiciário apenas intervém para verificar se o acordo entre os genitores preserva os interesses da prole, estando em consonância com o princípio do melhor interesse do menor⁴⁰.

Sendo assim, a implantação da guarda compartilhada a um casal pacífico que consiga distinguir bem a conjugalidade da parentalidade, vislumbra ser a solução ideal na tentativa de manter a convivência familiar e afetar o menos possível o aspecto emocional da criança.

⁴⁰ O Código Civil de 2002 estabeleceu como prioridade a observação do acordo entre os pais no que tange à guarda dos filhos, no caso de separação ou divórcio consensual, ressalvando, entretanto, que tal acordo não pode contrariar os interesses dos filhos, podendo, nesse caso, o juiz intervir e recusar a homologação. Cabe transcrever alguns dispositivos: “Art. 1.574. *Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.* Parágrafo único. *O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.* Art. 1.583. *No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.*”

Entretanto, no que toca ao divórcio litigioso, o cenário apresenta-se um pouco mais complicado, tendo em vista os atritos criados entre os cônjuges, que normalmente acabam por refletir nos filhos.

Um dos grandes problemas que surgiam durante a vigência das legislações anteriores (Código Civil de 1916 e Lei nº 6.515/77) era a confusão provocada entre a ruptura da sociedade conjugal e a ruptura da sociedade parental, uma vez que uma acabava por implicar na outra, conforme podemos destacar nos arts. 5º e 10 da Lei do Divórcio:

Art 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

Art 10. Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

Dentro desse entendimento, ao cônjuge que houvesse dado causa a separação seria determinada, como uma espécie de castigo, a privação da guarda de seus filhos. Há de se considerar que tal castigo imposto aos pais, nada mais acarretava do que um prejuízo tremendo ao desenvolvimento dos menores.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, tal entendimento foi superado, levando-se em consideração a necessidade de separar a questão das relações conjugais com as relações parentais, visando resguardar os interesses da prole, que é a parte mais fragilizada nesse panorama. O mais relevante agora é atribuir a guarda àquele que possuir maiores condições de exercê-la, revelando claramente a intenção de garantir o princípio do melhor interesse do menor.

Cumprido trazer a colação dois dispositivos do Código Civil de 2002:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

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

Na tentativa de ratificar o primado do melhor interesse do menor, atualmente previsto em várias legislações do Direito Pátrio, conforme já mencionado, a guarda compartilhada surge como um efetivo meio de alcançar tal objetivo, na medida em que busca priorizar as garantias das crianças. Apesar de ainda não haver expressa regulamentação sobre o instituto, da análise da Carta Magna, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se verificar que ele encontra-se inserido implicitamente nesses dispositivos⁴¹.

Assim, manifesta-se Waldyr Grisard Filho, em sua obra sobre a guarda compartilhada:

Embora inexista norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família.⁴²

Todavia, o mencionado estatuto pressupõe um consenso entre os pais no que tange às decisões referentes aos filhos, razão pela qual surge o questionamento da possibilidade de sua aplicação ao divórcio litigioso, que está sempre inserido em um contexto de conflitos.

Muitos doutrinadores acreditam na impossibilidade da implantação desse modelo na separação litigiosa, eis que não haveria acordos entre os pais e estes teriam que ingressar constantemente em juízo, a fim de resolverem os litígios existentes com relação aos menores. Além disso, acreditam também que provocaria mais traumas desnecessários na cabeça da prole.

⁴¹ Considerando-se que o Direito Brasileiro, atualmente, busca atender ao princípio do melhor interesse do menor e de sua proteção integral, princípios estes previstos na legislação pátria, cabe ser adotado um modelo de guarda que melhor observe as garantias da criança do que a guarda única. Então, o entendimento de boa parte dos profissionais da área de família é o de que a guarda compartilhada se enquadra de maneira mais adequada na realidade vigente, podendo preservar mais as necessidades do menor. Waldyr Grisard Filho menciona: *“Nossa convicção, sobre a possibilidade jurídica do compartilhamento da guarda de filhos menores depois da ruptura conjugal, está ancorada, além de outros dispositivos, no artigo 229 da Constituição Federal, que impõe aos pais ‘o dever de assistir, criar e educar’ os filhos menores, independentemente de conviverem ou não com eles no mesmo lar.”* GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 160.

⁴² Ibidem. p. 157.

Outros doutrinadores entendem ser possível tal implantação, haja vista a prioridade que deve ser dada aos interesses dos filhos acima dos de seus pais, devendo o juiz alertar e conscientizar os pais dos benefícios que a guarda compartilhada pode trazer aos menores, ressaltando que esta pode ser revertida em guarda única, a pedido dos pais ou do Ministério Público, caso não esteja sendo eficaz na prática.

4.2 Vantagens do modelo e benefícios de sua aplicação, levando-se em consideração os aspectos psicológicos

4.2.1 Análise dos aspectos positivos da guarda compartilhada

A ruptura do vínculo conjugal e da estrutura familiar a que o menor estava acostumado provoca grandes confusões em sua mente, afetando sua estabilidade emocional.

Ao longo da história, até pela tradição e cultura machista impregnadas na mentalidade do brasileiro, a guarda deveria ser exclusiva da mulher, pois a ela competia os cuidados com o lar e com os filhos.

No entanto, a mudança do panorama, devido à grande evolução social ocorrida, demonstrou que a participação ativa de ambos os genitores é fundamental na formação da personalidade e na construção dos valores da prole, o que comprova que a guarda única apenas atende às expectativas dos pais em detrimento dos interesses dos filhos.

Por essa razão, objetiva a guarda compartilhada a manutenção do desempenho das funções parentais, mesmo com a dissolução da sociedade conjugal, em uma tentativa de minorar os efeitos negativos provocados pela separação dos pais e pelos conflitos que muitas vezes são causados.

Esse instituto procura dar continuidade ao exercício comum da autoridade parental, conservando os aspectos da convivência familiar presentes enquanto existente o casamento ou a união estável.

Diferentemente da guarda alternada, este modelo visa garantir uma residência fixa ao menor, para que ele possua uma referência e estabilidade necessárias ao seu desenvolvimento, mas sem que sejam pré-estabelecidos horários e prazos fixos e rígidos que os filhos deverão passar com cada um dos genitores. Deve ser acordado um arranjo adequado à realidade da família, de maneira que ambos os pais tenham participação ativa na vida cotidiana dos filhos, participando das atividades escolares e extracurriculares, da escolha dos médicos, da religião e dos atos ordinários e corriqueiros, de uma forma geral, tendo-se sempre em vista o bem-estar do menor.

Waldyr Grisard Filho bem salienta:

Pretendendo a guarda compartilhada reequilibrar os papéis parentais (co-responsabilidade) na tomada de decisões importantes relativas aos filhos e incentivar o contato freqüente e contínuo destes com seus dois genitores, não significa uma divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos, como ocorre na guarda alternada.⁴³

A guarda compartilhada rompe com a idéia de que apenas um genitor tem direito a guarda e conseqüentemente direito a tomar as decisões concernentes à vida dos filhos, cabendo ao genitor não-guardião apenas o pagamento da pensão e o direito à visita quinzenal.

Waldyr Grisard mais uma vez: "O intuito maior é proporcionar aos menores o direito a manutenção dos vínculos afetivos existentes, na medida em que não torna um dos pais uma figura 'estranha' por distanciá-lo do convívio freqüente com o filho."⁴⁴

Ademais, também está privilegiando os pais, já que permite que ambos assumam a responsabilidade na educação dos filhos, tirando todo esse encargo de apenas um deles, ao mesmo tempo em que permite a ambos vivenciar o

⁴³ Ibidem. p. 166.

⁴⁴ Ibidem. p. 188.

crescimento dos menores, influenciando nos seus pensamentos, valores e conceitos necessários à sua formação adulta.

Afinal, o fim da sociedade conjugal não implica no fim da relação parental e nem no rompimento do exercício do Poder Familiar pelos pais, que devem permanecer cumprindo com seus deveres e obrigações, previstos na legislação pátria, perante os filhos.

Há de se considerar que a guarda compartilhada objetiva uma maneira de unir os pais em torno de uma finalidade comum, o bem-estar dos menores. Dessa forma, possibilita a criação de menos conflitos entre os genitores, ou pelo menos, evita a inserção da criança em um quadro repleto de desavenças e discórdias, provocadas por decepções e mágoas do casal.

Torna-se claro, portanto, os benefícios trazidos pela guarda compartilhada à vida da prole, tanto no que tange à área jurídica quanto à área social, eis que busca atender ao primado do melhor interesse do menor, bem como à formação das crianças e adolescentes, e de seus valores sociais e laços afetivos.

4.2.2 Considerações acerca das características da guarda compartilhada

No intuito de estabelecer essa participação ativa de ambos os pais na vida cotidiana dos filhos, a guarda compartilhada consiste em conceder aos pais equivalência nas decisões relativas à criação e educação dos filhos, possuindo os primeiros a chamada guarda jurídica sobre os segundos.

No que toca à questão da guarda física, caberia ser realizada uma análise de acordo com cada caso e acordado entre os genitores um esquema capaz de manter ambos em contato freqüente com os menores, na medida em que o propósito de tal instituto é cultivar os laços entre pais e filhos.

Waldyr Grisard Filho bem explicita:

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).⁴⁵

A proposta da guarda compartilhada é não mais estabelecer prazos e horários rígidos e controlados de contato do genitor não-guardião com o menor. Pretende-se maior liberdade e flexibilidade nas relações, vislumbrando essa maior interação entre adultos e crianças.

A grande idéia é a de que os filhos permaneçam domiciliados com apenas um dos pais, mas com constantes encontros com o outro, seja através de almoços algumas vezes na semana, alguma atividade de lazer, a busca na escola, enfim, nada delimitado ou pré-estabelecido. Tudo visando manter uma rotina saudável para o menor, com o mínimo de estabilidade, porém com o convívio freqüente com ambos os genitores da forma mais natural possível.

4.2.3 Efeitos positivos que o instituto gera na família e nos menores de acordo com a visão da Psicologia

As questões referentes às relações familiares, ao serem inseridas no campo jurídico, devem estar sempre acompanhadas de especialistas de outras ciências, como a Psicologia e a Assistência Social. Tudo isso objetivando uma melhor condução dos conflitos existentes, por se tratarem de relações que envolvem aspectos subjetivos e emocionais do ser humano.

Nesse diapasão, a desagregação da entidade familiar apresenta-se como um assunto muito delicado, especialmente por envolver menores em formação, devendo ser conduzido com muita cautela e consideração pelos juristas. Os psicólogos e assistentes sociais devem ser sempre consultados e suas opiniões consideradas

⁴⁵ Ibidem. p. 171.

como de fundamental importância ao deslinde das divergências que porventura existirem.

Waldyr Grisard Filho:

Nos processos de família lidamos com pessoas e a singularidade de cada um de seus membros não pode ser ignorada. Faz-se, assim, necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações sociais e familiares.⁴⁶

O Direito não pode se basear apenas na letra fria da lei, particularmente ao lidar com aspectos psicológicos e sentimentais dos indivíduos, como as relações paterno e materno-filiais. Sendo assim, todas as questões devem ser levadas em consideração no momento da ruptura de uma sociedade conjugal, visando reduzir as conseqüências nocivas ao crescimento saudável dos filhos.

O grande aumento do número de separações e divórcios fez as atenções se voltarem cada vez mais às conseqüências provocadas na organização familiar, especialmente no tocante aos filhos. Isso porque há uma alteração brusca na estrutura da entidade familiar a que todos os membros estavam acostumados, principalmente os menores que não possuem o poder de opinar e têm que enfrentar os efeitos nefastos da dissolução da sociedade conjugal.

Por sua vez, a guarda compartilhada é apresentada como uma boa solução para aumentar a disponibilidade de relacionamento do menor com o genitor que não possui a sua guarda física, na medida em que busca harmonizar a responsabilidade parental e minimizar as perturbações psicoemocionais que emergem do divórcio.

É de fundamental relevância para a criança que ela se sinta bastante querida e amada pelos pais, após a separação, a fim de que elas não se sintam rejeitadas ou culpadas por toda a confusão instaurada na vida da família. Por essa razão, cumpre aos pais realizarem essa assistência constante aos filhos, permanecendo presentes e ativos na vida cotidiana dos mesmos.

A Psicologia entende ser muito positiva a aplicação da guarda compartilhada à família que foi dissolvida, eis que, como bem já foi salientado no presente estudo,

⁴⁶ Ibidem. p. 176.

o contato direto com ambos os genitores é um direito do menor e deve ser respeitado, por ser a parte mais frágil da relação.

Não pode a criança ou o adolescente ser prejudicado por uma decisão dos pais e por conflitos existentes entre eles enquanto casal, o que nada tem a ver com suas capacidades de exercerem a parentalidade. Essa ligação é que não pode ser feita, não configurando o fim da sociedade conjugal como o fim da função parental, devendo esse entendimento ser consolidado na mente do Judiciário e, principalmente, na mente dos pais.

Para tanto, torna-se necessário serem realizadas consultas aos profissionais da Psicologia e da Assistência Social, com o devido acompanhamento destes aos casos e prestação de auxílio à família, nesse momento tão complicado e desagradável que envolve a ruptura da estrutura familiar.

Compete a eles também toda a explicação e preparo dos genitores à implantação do modelo da guarda compartilhada, conduzindo-os ao entendimento da necessidade de proteção do interesse da prole, com a aplicação da melhor solução a esta, mesmo que em detrimento dos interesses de ambos.

O psicólogo Evandro Luiz Silva bem destaca: “A convivência com pai e mãe estreitam os vínculos e é importante que estes ultrapassem as brigas e desentendimentos dos adultos, e que sobrevivam à separação do casal.”⁴⁷

Cumprе ressaltar que os profissionais da Psicologia, de uma maneira geral, entendem ser bastante favorável a implantação da guarda compartilhada, mesmo nos casos de separação ou divórcio litigioso, eis que acreditam que os problemas causados pelos conflitos não se modificam com a espécie de guarda aplicada.

Nesse contexto, os especialistas defendem ser mesmo a guarda compartilhada a melhor e mais sensata opção, por privilegiar o direito dos menores em obterem uma convivência igualitária com ambos os pais, procurando amenizar os efeitos provocados na mente das crianças, como depressão, baixa auto-estima e sentimento de abandono.

⁴⁷ SILVA, Evandro Luiz. **Guarda de Filhos**: aspectos psicológicos. In: ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (APASE). *Guarda Compartilhada: Aspectos Psicológicos e Jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 20.

Afinal, o grande objetivo é atender ao primado do melhor interesse do menor, resguardando as crianças e os adolescentes das divergências geradas pelos pais, que podem provocar sérios traumas em sua formação e no ajustamento de sua nova realidade familiar.

Mais uma vez o mestre em psicologia Evandro Luiz Silva ressalta:

Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos genitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não se modificariam com o tipo de guarda.⁴⁸

(...) Vincular o estabelecimento da guarda compartilhada ao bom entendimento dos pais, é um engano, pois se eles não se entendem, a guarda exclusiva também não funciona, não acontecendo as “visitas” e levando, por conseqüência, um afastamento do progenitor que não detém a guarda. Optando pela guarda compartilhada, no mínimo o direito a convivência com ambos os pais estaria priorizado.⁴⁹

A grande questão da guarda compartilhada é proporcionar aos filhos uma boa convivência com ambos os pais, mantendo ou estreitando os vínculos de afeto existentes entre eles, ao mesmo tempo em que busca evitar que apenas um genitor seja o detentor exclusivo da guarda e acabe por projetar nos menores suas frustrações e decepções com relação ao casamento e ao outro genitor.

Evandro Luiz Silva demonstra em sua obra a necessidade de ser realizada uma avaliação psicológica das crianças, nas hipóteses de disputa pela guarda, a fim de que sejam descobertos seus desejos inconscientes e não somente aqueles comportamentos possíveis de serem observados e que muitas vezes estão influenciados por um dos pais⁵⁰.

Há de se considerar que a guarda uniparental apenas afasta o genitor não-guardião das tomadas das decisões referentes aos filhos e, conseqüentemente, acaba por afetar o relacionamento entre eles, uma vez que o genitor guardião assume para si toda a responsabilidade na educação e criação da prole, não permitindo, na maioria das vezes, que o outro genitor também exerça esse direito.

⁴⁸ Ibidem. p. 21.

⁴⁹ Loc. Cit.

⁵⁰ Loc. Cit.

Muitos profissionais da Psicologia também entendem que uma separação ou divórcio muito dificilmente se procedem de maneira amigável, sempre havendo algum tipo de desavença entre os cônjuges. Sendo assim, compreendem caber ao Estado, na figura do Juiz, intervir nas relações familiares e assegurar que o bem-estar do menor esteja assegurado, independentemente de haver ou não conflitos entre os pais. Por isso, a guarda compartilhada torna-se viável, mesmo no caso dos genitores não manterem um bom relacionamento entre si, ao garantir um contato da prole com ambos os pais, separando a concepção da conjugalidade da concepção da parentalidade.

A psicóloga Leila Maria Torraca de Brito opina:

É preciso enfatizar que o vínculo de filiação e o exercício parental não podem depender de critérios de negociação entre os cônjuges: ao contrário, devem ser assegurados pelo Estado.⁵¹

(...) Entende-se que é justamente quando o guardião interpõe obstáculos à participação daquele que não possui a guarda que a determinação da guarda compartilhada vai marcar, ou definir para o primeiro, que ele não é o único na relação de parentalidade com a criança.⁵²

A Constituição Federal de 1988 já garantiu que se deve sempre considerar como prioridade o primado do melhor interesse do menor. Por esse motivo, deixar o conflito entre os pais impedir a aplicação de um modelo de guarda que irá proporcionar uma melhor interação da criança com os mesmos, amenizando prováveis traumas a serem causados em sua mente pelo distanciamento de um dos genitores, seria voltar às idéias prevalecentes no passado de que o menor não era peça relevante para o Direito.

Muitos especialistas dessa ciência também corroboram do entendimento de que o menor não se tornará desnordeado ou sem referência por ter que possuir dois lares, uma vez que, no contexto atual em que as mães trabalham e precisam deixar os filhos com avós ou em uma creche, eles já estariam vivenciando regras e

⁵¹ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Compartilhada**: Um passaporte para a convivência familiar. In: ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (APASE). *Guarda Compartilhada: Aspectos Psicológicos e Jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 61.

⁵² *Ibidem*. p. 62.

ensinamentos diferentes. Ademais, acreditam que já existem normas de comportamento padronizadas e universais, adotadas por qualquer pessoa comum.

Outro argumento utilizado por boa parte desses profissionais é em relação a essa visão de que apenas um dos genitores deve conduzir a criação dos filhos, estabelecendo regras únicas a serem seguidas, acreditando ser ainda baseada na confusão feita entre as relações conjugais e as relações parentais, não podendo tal idéia continuar prevalecendo. Para eles, o princípio da isonomia, assegurado pela Constituição, estabeleceu a noção de dois indivíduos autônomos, com pensamentos e personalidades diferentes, o que já provocaria algumas divergências de opiniões quanto à educação dos filhos.

Mais uma vez Leila Maria Torraca de Brito:

Se ao longo da união uma das dificuldades consiste em como conciliar o vínculo conjugal respeitando as individualidades, após a separação, o desafio passa a ser conciliar o vínculo parental respeitando as individualidades do pai e da mãe, situação inerente às mudanças decorrentes da contemporaneidade.⁵³

A realidade é que cada ser humano é único e diferente, possuindo cada um suas próprias particularidades. Sendo assim, torna-se muito difícil qualquer tipo de relação entre as pessoas, seja entre marido e mulher, entre pai ou mãe e filhos ou entre amigos, o que acaba consistindo em um verdadeiro desafio conseguir manter uma convivência totalmente harmônica e pacífica em qualquer espécie de relacionamento interpessoal.

Todavia, deve-se tentar sempre conciliar o interesse de todos os sujeitos envolvidos na relação, mas privilegiando, claramente, as partes mais frágeis e que dependem de maior proteção, momento em que cabe a intervenção do Direito no intuito de assegurar tal objetivo.

Portanto, os estudiosos da Psicologia defendem ser necessária a adoção de uma legislação específica a respeito da guarda compartilhada, detalhando as características de tal modelo, uma vez que ainda há muita resistência dos pais separados em aceitarem a divisão de tarefas e responsabilidades nos cuidados com

⁵³ Ibidem. p. 64.

os filhos, especialmente o pai detentor da guarda exclusiva, apesar da legislação pátria já estabelecer igualdade entre homem e mulher na condução do Poder Familiar.

Importante destacar mais uma colocação de Leila Maria Torraca de Brito:

Entende-se, portanto, que a guarda compartilhada assegura ao pai e a mãe seu lugar de educador junto à prole, rompendo com a tão criticada figura de 'pai de fim de semana'. Funciona ainda como um suporte social, uma ancoragem da sociedade para o exercício dos papéis parentais, deixando-se no passado a idéia de um genitor principal e um secundário.⁵⁴

Outra profissional da área da Psicologia, Eliana Riberti Nazareth acredita ser essencial que o campo jurídico acompanhe o campo social, por isso haveria a necessidade de uma atualização da legislação no que tange à modalidade de guarda, haja vista toda a evolução social ocorrida na sociedade e na família, conforme já explicitado anteriormente no presente trabalho⁵⁵.

Por esse motivo, ela entende que a guarda única não mais se adequa à realidade social atual, eis que favorece que os conflitos existentes na conjugalidade ultrapassem e atinjam a parentalidade, devendo a guarda compartilhada ser aplicada como regra e a guarda exclusiva como a exceção.

Cabe salientar algumas de suas palavras:

Após a separação do casal sempre há a diminuição do convívio entre pais e filhos. Mas a eleição de somente um dos genitores como aquele que deve ter o direito-dever de desfrutar maior proximidade com as crianças, atribuindo-lhe a guarda, é onerar e sobrecarregar o guardião com toda a responsabilidade que a maternidade, ou a paternidade requer, e é penalizar o não-guardião com a perda da intimidade com seus filhos. E em relação aos que mais nos interessam no tocante ao tema, que são os filhos, há diminuição drástica, dramática e injusta de sua convivência com o não-guardião.⁵⁶

⁵⁴ Ibidem. p. 67.

⁵⁵ NAZARETH, Eliana Riberti. Op. Cit., p. 93.

⁵⁶ Loc. Cit.

Portanto, as questões referentes à desestruturação familiar devem estar sempre acompanhadas de profissionais das áreas da Psicologia e da Assistência Social, visando dar um suporte aos membros da família que deverão enfrentar várias divergências e terão que se adaptar a novas situações. Ademais, os filhos não podem sofrer as conseqüências dos conflitos dos pais, devendo ocorrer uma proteção de seus interesses quando da condução do processo de guarda.

Para tanto, deve-se analisar cada caso concreto e suas peculiaridades, a fim de que o melhor modelo de guarda seja aplicado, levando-se em consideração fatores como a idade do menor, a convivência antes da separação e disponibilidade dos pais, sendo essencial o acompanhamento desses profissionais que saibam lidar melhor com os aspectos psicoemocionais dos indivíduos, especialmente das crianças, e possam orientar os sujeitos na melhor maneira de conviver após o fim da sociedade conjugal.

4.3 A guarda compartilhada como forma de impedimento do uso do menor como meio de atingir o outro genitor

Um dos grandes problemas que surgem no momento da separação ou divórcio do casal de maneira conflituosa é a tentativa de um genitor colocar os filhos contra o outro genitor. Isso muito se deve ao fato de que, conforme já explicitado, no Brasil ainda prevalece a adoção do modelo da guarda exclusiva, utilizando-se o genitor guardião de meios e artifícios para envenenar a mente dos menores contra o genitor não-guardião, em uma tentativa de se vingar deste e compensar todas as suas frustrações.

O pai detentor da guarda uniparental entende estar no direito de ser o único participante na educação e formação dos filhos, muitas vezes se comportando até como “dono” dos mesmos. Sendo assim, não permite nenhuma espécie de convivência dos menores com o pai não detentor da guarda, criando situações diversas para romper os laços deste último com os primeiros.

Nesse contexto, surge a idéia da Síndrome de Alienação Parental (SAP), descrita pela primeira vez em 1985, por Richard A. Gardner⁵⁷, professor de Clínica Psiquiátrica Infantil da Universidade de Columbia (EUA), que consiste em um processo realizado por um dos genitores para que a criança rejeite e até crie uma aversão ao outro genitor. Pode ser consistido em alegações sobre o caráter do outro genitor, ou alegações de que ele não gosta do filho ou ainda algo mais grave como uma falsa acusação de abuso sexual.

Enfim, o chamado genitor alienador tenta de todas as formas evitar o convívio dos filhos com o outro genitor, desrespeitando, inclusive, a determinação judicial do direito de visitas através de táticas como organizar atividades com os menores no momento em que o outro genitor deveria exercer a visitação deles.

Tudo acaba sendo feito para desmoralizar o ex-cônjuge, destruindo os laços de afetos existentes com a prole e criando até uma repulsa por parte desta, o que provoca sérios danos na mente dos menores que passam a adotar como verdade tudo o que o genitor alienador lhes informa.

Maria Berenice Dias destaca:

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.⁵⁸

O detentor da guarda quer procurar um meio de atingir o outro genitor, que lhe causou transtornos e decepções enquanto cônjuge, então utiliza-se dos filhos para repassar todos esses sentimentos negativos a ele, só que acaba por causar grandes traumas nos menores indefesos que se encontram no meio das brigas e divergências do casal.

⁵⁷ Richard A. Gardner é um psiquiatra americano que foi o pioneiro em retratar esse problema criado de um genitor para com o outro, no que se refere aos filhos, e denominou de Síndrome de Alienação Parental, consistindo esta nessa programação da criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8690>>. Acesso em: 02 maio 2008.

Os efeitos causados nas crianças com essa manipulação de um dos pais são devastadores, podendo elas se tornarem depressivas, com baixa auto-estima, com problemas de relacionamento, com dificuldades em confiar nas pessoas, com comportamento hostil e muitos outros transtornos graves que acabam prejudicando sua boa formação.

Por isso, torna-se fundamental a presença de uma equipe capacitada, composta de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, que possam analisar bem a situação e o comportamento dos genitores e dos menores, realizando um estudo minucioso que demonstre a realidade e auxilie o juiz a conduzir as questões da melhor maneira possível, intervindo sempre que for necessário para resguardar as crianças e os adolescentes.

5 ENTENDIMENTO DOS JURISTAS ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA

5.1 Posição da doutrina sobre o instituto

A guarda compartilhada é um modelo de guarda recente e por essa razão ainda gera muitas controvérsias perante os operadores do direito, posicionando-se alguns favoravelmente e outros de maneira contrária ao instituto. Na verdade, muito ainda se discute a respeito desse modelo, permanecendo a doutrina e a jurisprudência própria sendo escassa sobre o assunto⁵⁹.

Entretanto, o aumento do desejo dos pais em manterem os laços afetivos com seus filhos após a separação ou divórcio do casal tem contribuído para que eles busquem meios de viabilizar essa participação mais ativa na vida da prole, o que, conseqüentemente, acaba por provocar uma maior discussão sobre a questão.

Portanto, cumpre destacar a posição dos doutrinadores sobre o tema, ressaltando alguns dos argumentos utilizados por eles para defender seu posicionamento no que tange à guarda compartilhada.

Os doutrinadores, de uma maneira geral, concordam que o modelo da guarda compartilhada é perfeitamente plausível de ser aplicado no contexto atual, acreditando ser, inclusive, a melhor solução no caso da ruptura da sociedade conjugal, uma vez que procura manter a convivência da prole com ambos os genitores, respeitando, assim, os princípios da isonomia e do melhor interesse do menor apregoados pela Constituição Federal.

Cumpre trazer a colação algumas palavras de Waldyr Grisard Filho:

⁵⁹ Waldyr Grisard Filho diz: *“Entre nós, a questão aguarda adequado tratamento legislativo, enquanto se constrói uma doutrina (tímida ainda) a seu respeito, com alguma resposta nos Tribunais, indicativa de sua presença.”* GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 186.

A continuidade das relações paterno e materno-filiais, ou seja, a manutenção do vínculo co-parental após o divórcio, a proteção dos filhos dos conflitos parentais e o respeito ao direito de estes manterem uma adequada comunicação com ambos os genitores, mais do que quem fica com eles, são os melhores prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer ao desenvolvimento da personalidade do menor (...).⁶⁰

Uma outra consideração que é feita diz respeito a união que a guarda compartilhada acaba por gerar nos pais, eis que eles necessitam de uma maior cooperação um com o outro visando o bem-estar dos filhos e isso leva a uma redução dos conflitos existentes. Ademais, com uma atuação ativa na formação e educação dos menores, os pais, por se sentirem mais presentes, acabam fornecendo maiores contribuições financeiras aos filhos e de maneira mais natural, sem pressões ou cobranças.

Sob esse prisma, Patricia Pimentel destaca:

Prioriza-se o aspecto afetivo, sentimental, em detrimento do aspecto patrimonial (...). Assim, deve-se estimular o contato dos pais com seus filhos, estimulando o pagamento dos alimentos de maneira direta e não afastar um dos pais do convívio com o filho e compensar este afastamento através do pagamento puro e simples da pensão alimentícia.⁶¹

Além disso, esses doutrinadores também alegam que a guarda compartilhada, ao conceder aos pais uma co-parentalidade, permitindo a eles um equilíbrio na tomada de decisões e nas responsabilidades assumidas perante os filhos, estaria conferindo a ambos os genitores uma maior possibilidade de se dedicarem a outras atividades, bem como de reconstruírem sua vida no aspecto emocional. Afinal, não estaria mais o encargo da criação dos filhos apenas imposto a um dos pais, mas sim dividido entre os dois.

Waldyr Grisard Filho bem coloca que “(...) Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades.”⁶²

⁶⁰ Ibidem. p. 184.

⁶¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Op. Cit., p. 90.

⁶² GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 191.

E continua o autor: "(...) Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio."⁶³

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a Desembargadora Maria Raimunda Teixeira de Azevedo ressalta:

Dados estatísticos mostram que o homem vem cada vez mais buscar assumir papéis outrora limitados as mulheres, vendo-se as voltas com questões complexas, para quais não estava preparado, algumas delas, concernentes aos cuidados a serem dispensados aos filhos. Por outro lado, a mulher liberada para buscar outros objetivos de vida, incentivada a tornar-se auto-suficiente, quando jovem e detentora de condições culturais, é impulsionada a suprir a própria subsistência, inclusive de fixação de pensão por tempo determinado nas separações, tanto mais cedo conquista o mercado de trabalho, quanto dispuser de espaço de tempo para esta conquista.⁶⁴

No que concerne aos filhos, entendem que esse modelo ameniza as divergências criadas em um ambiente de separação ou divórcio dos pais, evitando que aqueles se sintam culpados ou se sintam abandonados por seus genitores e possam, assim, obter um adequado desenvolvimento físico e emocional.

Mais uma vez, Waldyr Grisard Filho bem expõe:

Ainda do ponto de vista dos filhos, diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda única. Ajuda-lhes a diminuir os sentimentos de rejeição e lhes proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.⁶⁵

Dentro dessa percepção, os doutrinadores acreditam que a guarda compartilhada preenche todos os requisitos necessários a um bom funcionamento das relações familiares pós-separação ou divórcio do casal, uma vez que objetiva a fixação de apenas uma residência aos menores, para que se mantenha a estabilidade e segurança emocional necessárias a eles, ao mesmo tempo em que

⁶³ Ibidem. p. 193.

⁶⁴ AZEVEDO, Maria Raimunda Teixeira de. A Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro, RJ, 25 abril 2001. Disponível em: < <http://www.apase.org.br/>>. Acesso em: 28 abril 2008.

⁶⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 193.

vislumbra o compartilhamento das responsabilidades entre o homem e a mulher e o direito a ampla visitação pelo genitor não-guardião, que, dessa forma, consegue obter uma participação mais ativa na vida dos filhos. Sendo assim, apenas um genitor possuiria a guarda física (guarda material) dos filhos e ambos possuiriam a guarda jurídica, não se limitando o não-guardião a apenas fiscalizar a criação dos menores, mas efetivamente atuar na sua construção.

Sobre a questão, a advogada Sylvia Maria Mendonça do Amaral preceitua:

Na guarda compartilhada, apesar de ter uma residência fixa, o menor pode transitar livremente entre a casa de seu pai e de sua mãe, sempre dentro das possibilidades de ambos e da criança. Essa modalidade permite também que os pais acompanhem e participem mais de perto de todos os aspectos que envolvem o desenvolvimento dos filhos: o psíquico, o físico e o mental.⁶⁶

A grande divergência entre os juristas reside na hipótese dos pais não apresentarem um bom relacionamento entre si e por isso não conseguem dialogar e entrar em um consenso sobre as decisões concernentes aos filhos.

Alguns doutrinadores entendem que seria plausível a adoção do modelo da guarda compartilhada, mesmo quando há conflito entre os pais, eis que o principal aspecto a ser considerado é o princípio do melhor interesse do menor, não podendo a escolha da espécie mais adequada de guarda ficar condicionada a acordos e vontades dos genitores.

Eduardo de Oliveira Leite sustenta:

Os Tribunais devem ser suficientemente maleáveis de forma a garantir os melhores interesses da criança e também dos pais. Assim como na separação (ou divórcio), os juízes não vacilam em manter o direito de visitas do pai (quando a mãe se opõe à visita se o ex-marido já tem nova companheira), da mesma forma os juízes devem ter a liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusam sem justo motivo.⁶⁷

⁶⁶ AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Guarda Compartilhada reafirma responsabilidade dos pais. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1198613978>>. Acesso em: 02 maio 2008.

⁶⁷ 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. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 268.

Para eles, é exatamente quando há litígio entre os pais que deve haver a intervenção do Judiciário, a fim de implementar a guarda compartilhada e garantir o seu cumprimento, haja vista que nos casos de consenso entre os genitores, entendem que estes naturalmente já adotariam na prática o compartilhamento da guarda da prole.

Contudo, uma grande parte da doutrina apresenta ressalvas à guarda compartilhada, considerando que tal instituto não seria o ideal a ser aplicado no caso da existência de grandes brigas entre o casal, que, por sua vez, não conseguem separar os desentendimentos relativos à sociedade conjugal das questões que envolvem as funções parentais. Para eles, nessas hipóteses, o modelo da guarda compartilhada poderia até ser prejudicial ao menor, haja vista ser alvo dos conflitos entre os pais e das mágoas e frustrações que um acaba descontando no outro.

Algumas palavras de Waldyr Grisard Filho:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.⁶⁸

Da mesma forma, a doutora em direito Denise Damo Comel estabelece:

Ocorre que a guarda compartilhada não é solução para os casos de incompatibilidade e dissenso intransponível entre os pais. Ela pressupõe, necessariamente, como condição de viabilidade, a existência de pais que preservem algum nível de relacionamento e de entendimento, mesmo não vivendo sob o mesmo teto. Os pais devem, de alguma maneira, comungar valores e princípios e conseguir, independentemente da falência da relação pessoal, administrar juntos, com amor, responsabilidade e inteligência, a tarefa de criar e educar os filhos comuns.⁶⁹

Cumpre salientar mais uma colocação:

⁶⁸ *Ibidem*. p. 194.

⁶⁹ COMEL, Denise Damo. Guarda Compartilhada não é solução Salomônica. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-633518656>>. Acesso em: 05 maio 2008.

Não há como conceber a guarda compartilhada em ambiente de hostilidade e de intolerância, como sói acontecer nos casos de dissenso intransponível entre os pais no que tange às questões afetas ao filho. Mesmo porque, neste caso, a guarda compartilhada não seria solução fundada no melhor e superior interesse do filho, senão que seria determinada no melhor interesse e conveniência dos próprios pais. Proposta egoísta, sem a menor consideração às necessidades e bem-estar do filho. Verdadeira solução salomônica: dividir o filho entre si, um pouco para cada um, para que ninguém perca, ninguém ganhe.⁷⁰

Muitas das críticas ao modelo da guarda compartilhada também se deve a confusão que ainda é cometida com a idéia de guarda alternada, eis que vários operadores do Direito ainda não compreenderam que o primeiro modelo não importa em uma divisão igualitária do tempo que os pais devem passar com os filhos, mas sim em uma repartição das responsabilidades e dos cuidados com os menores.

Mais um destaque de Waldyr Grisard Filho:

(...) A indiscriminação entre esses dois modelos (compartilhada e alternada) tem levado a críticas e relutâncias na aplicação da guarda compartilhada, que não tem como pressuposto o compartilhamento da educação dos filhos em lares separados.⁷¹

Como bem já mencionado no presente trabalho, a guarda compartilhada visa estabelecer uma residência fixa, para gerar a estabilidade necessária às crianças e adolescentes, porém procura conservar esquemas que permitam um convívio freqüente de ambos os genitores com a prole, sempre visando garantir a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos.

Por essa razão, cabe ser realizada uma análise de cada caso concreto, observando suas particularidades, para averiguar a possibilidade de implantação do modelo de guarda mais adequado ao atendimento do primado do melhor interesse do menor, não devendo configurar os conflitos entre os pais, a princípio, como fator impeditivo para o deferimento da guarda compartilhada. Ademais, cumpre o acompanhamento de todo o processo por uma equipe estruturada com profissionais das áreas psicológica, social e jurídica, vislumbrando uma orientação de todos os

⁷⁰ Loc.Cit.

⁷¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit., p. 195.

sujeitos da relação familiar a fim de se adaptarem a nova realidade instaurada em suas vidas.

5.2 Posição da jurisprudência sobre o instituto

Assim como a doutrina ainda é recente sobre a matéria, a jurisprudência também aos poucos vem se manifestando a respeito da guarda compartilhada, uma vez que a demanda para a aplicação de um modelo de guarda mais adequado a nova realidade social, baseada no melhor interesse do menor, tem aumentado consideravelmente.

Ainda há uma grande relutância dos juízes em conceder a guarda compartilhada aos pais, pois muitos a vêem com estranheza e desconfiança, permanecendo com a idéia arcaica de um modelo de guarda exclusivo, que não favorece ninguém e só visa afastar o genitor não-guardião, normalmente o pai, do convívio e da afetividade com os filhos.

Mais algumas palavras de Sylvania Maria Mendonça do Amaral:

Hoje, o que a Justiça estabelece é a guarda uniparental, modelo “tradicional” que prevê que a guarda seja deferida a um dos genitores, cabendo ao outro o direito de visitar os filhos. Esse modelo está ultrapassado. Estabelece uma obrigação rígida, que pode contrariar os desejos do menor e, muitas vezes, compromissos inadiáveis de seus pais. Na realidade, visando sempre buscar o bem-estar da criança, o correto seria o filho ter o direito de ver seus pais e não os pais terem o direito de visitar seus filhos.⁷²

Apesar disso, já existem algumas decisões favorecendo esse instituto, até pelo crescimento da procura judicial dos pais por um modelo de guarda que não os afaste da prole, como uma forma de amenizar os efeitos negativos da ruptura da

⁷² AMARAL, Sylvania Maria Mendonça do. Guarda Compartilhada reafirma responsabilidade dos pais. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1198613978>>. Acesso em: 02 maio 2008.

sociedade conjugal e preservar o bem-estar do menor e seu bom desenvolvimento psíquico e mental.

De uma maneira geral, os Tribunais tem se posicionado igualmente a doutrina, pois acreditam que o principal é preservar o bem-estar dos menores e não os desejos dos pais. Ademais, entendem que a guarda compartilhada pode ser muito favorável para a manutenção dos laços afetivos, quando os genitores estão domiciliados próximos um do outro e saibam separar bem as questões conjugais das questões parentais, estabelecendo uma relação no mínimo respeitosa.

Caso contrário, entendem que o instituto não deve ser aplicado, uma vez que as divergências entre os pais acabam por prejudicar os filhos, que ficam no meio das confusões e não podem se defender. Além disso, a jurisprudência tem entendido que um dos requisitos essenciais para o funcionamento do compartilhamento da guarda é a existência de consenso entre o homem e a mulher, por isso acreditam ser inconcebível a implantação deste modelo quando ambos não conseguem dialogar e tentar se entender.

Nesse sentido, cabe ressaltar as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DO ACORDO RELATIVO À GUARDA, FIRMADO NA AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. GUARDA MANTIDA COM O PAI EM CARÁTER LIMINAR. ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE VISITAS.

Não mais existindo harmonia entre o casal, a guarda compartilhada, anteriormente acordada entre as partes, não deve mais subsistir. Guarda deferida ao pai, em caráter liminar, por demonstrar no momento condições mais favoráveis aos interesses do menor e por estar exercendo-a de fato. Diante da demonstração de saudável relacionamento entre mãe e filho, a fixação das visitas, mesmo em condição provisória, devem observar esse direito recíproco.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.⁷³

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO. **Não havendo mais consenso entre os genitores, de rigor a alteração da guarda compartilhada que havia sido entre eles acordada. Como é a mãe quem detém a guarda fática dos filhos, é a ela que deve ser concedida a guarda provisória deles.**

Adequada a alteração da forma de pagamento dos alimentos, de depósito

⁷³ TJRS - Sétima Câmara Cível - AG 70022891915 - Porto Alegre - Rel.: Des. André Luiz Planella Villarinho - Unânime - J. 12.03.2008.

em conta-corrente para desconto em folha-de-pagamento. Esta última é mesmo a forma mais segura e efetiva de obter a satisfação da obrigação. NEGARAM PROVIMENTO.⁷⁴ (grifo nosso)

Seguindo o mesmo entendimento, O Tribunal de Justiça de Minas Gerais se manifestou:

DIREITO À VISITA. PAI QUE NÃO DETÉM A GUARDA DE FILHO MENOR. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO ALTERNATIVO DE AMPLIAÇÃO DAS VISITAS. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE E DA VONTADE DA CRIANÇA. Sendo recomendável que se mantenha o filho menor sob a guarda da mãe, é de se reconhecer o direito do pai à visita do filho, em regime associado à realidade vivida pelos envolvidos, a fim de suprir-lhe as necessidades afetivas e contribuir para o seu desenvolvimento psicossocial, mormente se esta realidade não viabiliza o compartilhamento da guarda.⁷⁵

SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL - GUARDA COMPARTILHADA - INTERESSE DOS MENORES - AJUSTE ENTRE O CASAL - POSSIBILIDADE - Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos.⁷⁶

Cabe destacar também o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO DO ART. 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONHECIMENTO DO RECURSO. AGRAVO NÃO PROVIDO. "Não obsta o processamento do agravo de instrumento a falta de juntada nos autos principais da petição do agravo e comprovante de sua interposição, bem como relação dos documentos que o acompanham, pois o art. 526 do CPC confere uma faculdade ao agravante para o fim único de possibilitar a retratação da decisão pelo Juiz. É este o objetivo do dispositivo legal, não sendo

⁷⁴ TJRS - Oitava Câmara Cível - AI 70016827701 - Porto Alegre - Rel.: Des. Rui Portanova - Unânime - J. 19.10.2006.

⁷⁵ TJMG - Segunda Câmara Cível - AC 1.0056.01.000745-0/001 - Barbacena - Rel.: Des. Brandão Teixeira - Unânime - J. 01.03.2005.

⁷⁶ TJMG - Quarta Câmara Cível - AC 1.0024.03.887697-5/001 - Belo Horizonte - Rel.: Des. Hyarco Immesi - Unânime - J. 09.12.2004.

recomendável que o juiz alargue tal exegese sob pena de, injustificadamente, obstruir o acesso à justiça, garantido na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV)." (A. I. n. 01.017054-0, Rel. Des. Carlos Prudêncio) RAZÕES DO RECURSO. EXPRESSÕES INJURIOSAS. ART. 15 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. Sendo as expressões lançadas na peça recursal indelicadas, mas inexistindo excesso de gravidade por refletirem o estado afetivo do cônjuge varão, não há que ser tomada a providência do art. 15 do Código de Processo Civil. Ademais, somente responderá por litigância de má-fé aquele que praticar uma das ações previstas no art. 17 do Código de Processo Civil, o que não é o caso dos autos, devendo, portanto, ser afastada a preliminar suscitada. GUARDA DE FILHO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. **"Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais."** (Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.⁷⁷ (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR DE GUARDA C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS, ALIMENTOS PROVISIONAIS E ARROLAMENTO DE BENS - PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO E INÉPCIA DA INICIAL - QUESTÕES AINDA NÃO APRECIADAS PELO JUÍZO A QUO - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO EM SEDE DE AGRAVO POR SUPRESSÃO DE UM GRAU DE JURISDIÇÃO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - GUARDA ALTERNADA - IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO - INTERESSE DO INFANTE DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR EM DOZE SALÁRIOS MÍNIMOS - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DOS ALIMENTOS CONCEDIDOS À COMPANHEIRA - ALEGAÇÃO DE QUE ESTA NÃO NECESSITA DOS ALIMENTOS PARA SOBREVIVER - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO MANTIDOS - ARROLAMENTO DE BENS - POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO - REQUISITOS PRESENTES - EXEGESE DOS ART. 855 E 856 DO CPC - AGRAVO DESPROVIDO. 1. O exame de matérias ainda não apreciadas na instância singular não pode ser feito em sede de agravo de instrumento, pois importaria em supressão de um nível de jurisdição, o que é totalmente inadmissível em nosso ordenamento jurídico. 2. **A guarda de filho menor - com apenas cinco anos de idade - deve ser concedida preferencialmente à mãe, a quem a natureza melhor dotou de condições para os cuidados de que necessita a prole, se nada emerge dos autos em desabono à sua conduta. Destaque-se que a guarda compartilhada não é aconselhável na hipótese, haja vista que esta constante alternância de ambiente familiar gerará para criança certa instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal**

⁷⁷ TJSC - Primeira Câmara Cível - AG 2001.012993-0 - Laguna -Rel.: Des. Carlos Prudêncio - Unânime - J. 25.03.2003.

desenvolvimento. 3. Em sede de agravo de instrumento, o exame das provas se limita apenas ao que foi apresentado pelas partes. Não se verificando qualquer irregularidade na decisão vergastada e não comprovando o agravante os fatos noticiados no recurso, o pleito recursal, por conseguinte, não pode ser acolhido. 4. Acolhe-se a medida cautelar de arrolamento de bens quando presentes o fundado receio de extravio ou de dissipação de bens e o legítimo interesse do requerente em sua conservação.⁷⁸ (grifo nosso)

Portanto, verifica-se que os Tribunais ainda apresentam ressalvas no que tange à guarda compartilhada, agindo os juízes com um certo receio em deferir tal modelo. Porém, aos poucos o panorama vai se modificando, eis que a nova realidade social que impera exige a aplicação de uma espécie de guarda que satisfaça bem ao direito do menor em não ser prejudicado pela separação de seus pais e que permita a continuidade dos vínculos da mesma forma que prevalecia quando da constância da relação conjugal.

⁷⁸ TJSC – Segunda Câmara Cível – AG 2003.000527-7 – Laguna – Rel.: Des. José Mazoni Ferreira – Maioria dos Votos – J. 22.05.2003.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por escopo a análise da guarda compartilhada, que se apresenta como um tema recente e de grande discussão, haja vista o anseio dos genitores em manterem seus vínculos com os filhos após a ruptura da sociedade conjugal.

Procurou-se discorrer sobre as características de tal modelo e principalmente sobre as vantagens que ele traz às crianças e adolescentes, eis que busca atender ao primado do melhor interesse do menor e de sua proteção integral, tão amplamente previstos nas legislações pátrias e tão defendidos por todos os operadores do Direito. Isso se deve a necessidade da busca de meios de resguardar os menores, que são a parte mais frágil da relação familiar.

Dentro dessa conjuntura, atualmente foram formadas várias organizações de pais separados que lutam para conseguirem obter seus direitos de participarem ativamente da vida da prole, uma vez que a separação ou divórcio põe fim à relação conjugal e não a relação parental, como bem foi explicitado nesse trabalho.

Há organizações como a Associação de Pais e Mães Separados (APASE); Pai Legal; Pais Para Sempre; Associação pela participação de pais e mães na vida de seus filhos (ParticiPais); Pais por Justiça; e muitas outras que demonstram essa necessidade dos genitores de garantirem seu convívio com a prole, estando todas unidas em torno de um ideal comum, a conservação dos laços afetivos entre pais e filhos mesmo após o fim da relação conjugal.

Não se pode mais ignorar a imprescindibilidade em alterar a concepção de que a guarda exclusiva é o modelo principal a ser seguido, eis que as diversas modificações que se procederam no Direito de Família não mais admitem a priorização de uma espécie de guarda que traga diversas desvantagens para a criança e que contribua negativamente para seu bom desenvolvimento e formação.

A guarda compartilhada apresenta-se como um modelo mais apropriado, por promover a co-responsabilidade dos pais perante os filhos, ao mesmo tempo em que mantém um convívio igualitário e íntimo entre eles, permitindo, assim, que se efetue uma boa formação física e psíquica do menor.

Os Tribunais passando a entender essa necessidade de mudança, até por causa do grande aumento de demandas judiciais que exigem a aplicação de um modelo adequado de guarda, vêm procurando, timidamente, modificar o posicionamento, a fim de aderir ao instituto da guarda compartilhada como sendo o melhor para satisfazer os desejos de todos os sujeitos da relação familiar, especialmente os menores. Todavia, devido ao desconhecimento do instituto e a confusão que ainda é realizada com a guarda alternada, muitas oposições ainda surgem por parte dos juristas, permanecendo pequeno o número de decisões favoráveis à concessão do modelo.

Dessa maneira, torna-se essencial que a doutrina e a legislação abordem o assunto de maneira mais detalhada, explicando claramente suas características e objetivos, no intuito de orientar os magistrados e a sociedade, de uma forma geral, para as vantagens de sua implantação.

Dentro desse contexto e levando-se em consideração que o Direito deve acompanhar a realidade social, os legisladores começaram a formular alguns projetos de lei visando positivar o instituto da guarda compartilhada no Brasil, como meio de criar essa opção aos juízes e até fazer com que eles sintam mais seguros no momento de aplicá-la, já que estarão respaldados pela legislação.

Há o Projeto de Lei nº 7.312/2002, elaborado e proposto pelo Deputado inativo Ricardo Fiúza (PPB/PE), que objetiva a alteração de diversos artigos do Código Civil de 2002, sendo uma delas relativa à inclusão da guarda compartilhada na redação do art.1.584 (tal projeto encontra-se arquivado no momento).

Um outro Projeto de Lei elaborado foi o de nº 6.315/2002, proposto pelo Deputado inativo João Miguel Feu Rosa (ES), que tem por finalidade alterar a redação do art.1.583 do Código Civil de 2002 para instituir a guarda compartilhada no dispositivo (este projeto também se encontra arquivado).

Por fim, há o Projeto de Lei nº 6.350/2002, proposto pelo Deputado também inativo Tilden José Santiago (MG), que busca alterar os arts.1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, passando a incluir em suas redações a definição e as hipóteses plausíveis de aplicação da guarda compartilhada. Esse projeto é o que se encontra mais perto de ser aprovado, eis que na data de 23 de outubro de 2007 o substitutivo proposto pelo Senador Demóstenes Torres (DEM/GO) passou pela aprovação do Plenário do Senado, tendo sofrido algumas modificações e por isso foi retornado à Câmara dos Deputados para uma nova apreciação.

Apesar do esforço, os projetos referidos apresentam falhas e ainda não conseguiram apresentar todas as considerações necessárias ao instituto da guarda compartilhada. Isso porque é necessário que, além da definição estabelecida somente na proposta de Tilden Santiago, haja o estabelecimento de uma sanção ao genitor guardião que não cumprir o acordado e impedir o contato do filho com o outro genitor. Também não foram consideradas as hipóteses do cabimento da guarda compartilhada no divórcio litigioso, tendo sido apenas admitida a possibilidade da aplicação, sem mencionar o meio de efetivá-la.

Afinal, não basta apenas elaborar a lei e impô-la a sociedade, sem o mínimo de preparação para garantir sua implementação. Por essa razão, torna-se fundamental ser montada uma comissão de mediação familiar, composta por profissionais de outras áreas como a Psicologia e a Assistência Social, que atue juntamente ao Judiciário para garantir a efetividade da guarda compartilhada na prática.

Tudo isso objetivando uma boa condução da questão da guarda nos casos de separação ou divórcio do casal, tratando com a consideração e cautela necessárias a um aspecto tão delicado quanto o referente às relações interpessoais entre os membros de uma família com uma nova organização.

Há de se considerar, portanto, a guarda compartilhada como um instituto capaz de satisfazer as necessidades dos menores, eis que garante a eles a manutenção dos vínculos com seus pais, estando tal modelo inserido na realidade social vigente, bem como na realidade jurídica atual, por consagrar os princípios e garantias constitucionais consolidados no Direito de Família.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Guarda Compartilhada reafirma responsabilidade dos pais. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1198613978>>. Acesso em: 02 maio 2008.

ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (APASE). **Guarda Compartilhada: Aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

AZEVEDO, Maria Raimunda Teixeira de. A Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro, RJ, 25 abril 2001. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/>>. Acesso em: 28 abril 2008.

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>. Acesso em: 15 abril 2008.

BRANDÃO, Débora. Guarda Compartilhada: Só depende de nós. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/texto45.htm>>. Acesso em: 15 abril 2008.

BRASIL, Código Civil: Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L3071.htm>>. Acesso em: 04 abril 2008.

_____. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: abril 2008.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: abril/maio 2008.

_____. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1962-004121-emc/4121-62.html>. Acesso em: abril 2008.

_____. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá

outras providências. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6515.htm>>. Acesso em: abril 2008.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: abril 2008.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: abril 2008.

_____. Lei 8.408, de 13 de fevereiro de 1992. Dá nova redação aos dispositivos da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8408.htm>. Acesso em: abril 2008.

_____. Projeto de Lei nº 7.312, de 2002. Dá nova redação aos artigos 3º, 5º, 19, 20, 26, 59, 66, 156, 186, 198, 202, 206, 216, 408, 594, 604, 763, 903, 937, 938, 1242, 1361, 1572, 1.582, 1584, 1622, 1647, 1702, 1704, 1.714, 1.716, 1.720, 1.767 e 1.793, da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil" e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados, novembro de 2002.

_____. Projeto de Lei nº 6.315 de 2002. Altera dispositivo do novo Código Civil. Diário da Câmara dos Deputados, 18 de março de 2002.

_____. Projeto de Lei nº 6.350 de 2002. Define a guarda compartilhada. Diário da Câmara dos Deputados, 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70022891915, Sétima Câmara Cível, Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho, julgado em 12.03.2008, publicado no DJ de 19.03.2008. Disponível em:
<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 26 abril 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo Interno nº 70016827701, Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Rui Portanova, julgado em 19.10.2006, publicado no DJ de 30.10.2006. Disponível em:
<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 26 abril 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0056.01.000745-0/001, Segunda Câmara Cível, Relator: Desembargador Brandão Teixeira, julgado em 01.03.2005, publicado no DJ de 01.04.2005. Disponível em:

<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=guarda+compartilhada&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10>. Acesso em: 27 abril 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.03.887697-5/001, Quarta Câmara Cível, Relator: Desembargador Hyparco Immesi, julgado em 09.12.2004, publicado no DJ de 24.02.2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=guarda+compartilhada&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10>. Acesso em: 27 abril 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2001.012993-0, Primeira Câmara Cível, Relator: Desembargador Carlos Prudêncio, julgado em 25.03.2003. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/Pesquisa.do?query=guarda+compartilhada>>. Acesso em: 28 abril 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2003.000527-7, Segunda Câmara Cível, Relator: Desembargador José Mazoni Ferreira, julgado em 22.05.2003. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/Pesquisa.do?query=guarda+compartilhada>>. Acesso em: 28 abril 2008.

COMEL, Denise Damo. Guarda Compartilhada não é solução Salomônica. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-633518656>>. Acesso em: 05 maio 2008.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm#_Toc82321504>. Acesso em: 10 abril 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8690>>. Acesso em: 20 abril 2008.

EM família - Amor que exclui: Mães e pais atingidos pela Síndrome da Alienação Parental fazem de tudo para afastar os filhos dos ex-companheiros. **Correio**

Braziliense, Brasília-DF, 28 set. 2003. Disponível em:
<<http://www.apase.org.br/94005-maesepais.htm>>. Acesso em: 20 abril 2008.

GOBBI, Shaienne Mattar. **Plausibilidade da Guarda Compartilhada Face ao Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2003, 68 f. Monografia (Graduação em Direito), Centro Universitário de Vila Velha, Espírito Santo, 2003. Disponível em:
<<http://www.apase.org.br/81010-plausibilidade.htm>>. Acesso em: abril 2008.

GONÇALVES, Carol Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 3ª. ed. rev.e atual. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. A Guarda Compartilhada: Análise técnico-científica frente ao novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold=-1304726034>>. Acesso em: 18 abril 2008.

_____. **Guarda Compartilhada: Um novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 3ª ed. ver. atual., e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Vida Familiar: Guarda Compartilhada está garantida pela legislação. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/vida%20familiar.htm>>. Acesso em: 18 abril 2008.

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**. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

LEITE, Gisele. O Atual Poder Familiar (O ex-Pátrio Poder). Disponível em:
<<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=735085244>>. Acesso em: 12 abril 2008.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Guarda Conjunta de menores no Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1120598615>>. Acesso em: 12 abril 2008.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda Compartilhada. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533&p=1>>. Acesso em: 21 abril 2008.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigma do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

RIBEIRO, Leonardo. O instituto da guarda. Disponível em:
<<http://www.webartigos.com/articles/2597/1/o-instituto-da-guarda/pagina1.html>>.
Acesso em: 21 abril 2008.

SCORSIM, Jeanete. **Guarda Compartilhada: Um Efetivo Exercício da Autoridade Parental.** 2006, 60 f. Monografia (Graduação em Direito), Centro Universitário Campos de Andrade, Curitiba, 2006. Disponível em:
<<http://www.apase.org.br/81014-umefetivo.htm>>. Acesso em: abril 2008.

SILVA, Raquel Marques da. Evolução Histórica da Mulher na Legislação Civil. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-499837583>>. Acesso em: 10 abril 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v.6.

ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 7.312, DE 2002

PROJETO DE LEI Nº 7.312, DE 2002

Por Deputado Ricardo Fiuza

Dá nova redação aos artigos 3º, 5º, 19, 20, 26, 59, 66, 156, 186, 198, 202, 206, 216, 408, 594, 604, 763, 903, 937, 938, 1242, 1361, 1572, 1.582, 1584, 1622, 1647, 1702, 1704, 1.714, 1.716, 1.720, 1.767 e 1.793, da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil" e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º Os artigos 3º, 5º, 19, 20, 26, 59, 66, 156, 186, 198, 202, 206, 216, 408, 594, 604, 763, 903, 937, 938, 1242, 1361, 1572, 1.582, 1584, 1622, 1647, 1702, 1704, 1.714, 1.716, 1.720, 1.767 e 1.793, da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou o divórcio, ou ocorrendo a separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja essa possibilidade, será a guarda atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

.....”(NR)

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei pretende alterar a redação de alguns dispositivos da lei nº 10.406/02, que institui o Código Civil . O seu objetivo, à semelhança do ocorrido quando da apresentação dos projetos 6.960/02 e 7.160/02, reside precisamente na complementação de artigos, cuja modificação não foi possível fazer anteriormente, face aos impedimentos regimentais já longamente expostos, quando da votação final do PL 634/75.

A apresentação deste terceiro projeto de lei , direcionado ao aprimoramento de mais alguns dispositivos do novo Código Civil Brasileiro, cumpre e encerra o compromisso que assumimos perante a sociedade brasileira e especialmente perante o Congresso Nacional, no sentido de, após sancionado o novo Código Civil, apresentar tantos projetos quantos fossem necessários à sua plena compatibilização aos novos tempos. Muito embora, se identificarmos necessidade de novas alterações, voltaremos a apresentar novos projetos.

Não obstante já haveremos apresentado dois projetos de lei com o mesmo objetivo, julgamos necessário propor ainda novas modificações ao texto do Código Civil, face às inúmeras sugestões recebidas dos mais diversos setores da comunidade jurídica e da sociedade civil de uma maneira geral .

A partir da apresentação do projeto 6.960, seguindo-se logo após a apresentação de outro, o PL 7.160, relativo ao Direito de Empresa, o que se constatou foi uma grande mobilização da comunidade jurídica nacional, no sentido de contribuir para aprimorar ainda mais o texto do novo Código Civil Brasileiro. E o resultado dessa mobilização não poderia ter sido mais produtivo e enriquecedor. As sugestões que recebemos de renomados juristas deste País não poderiam deixar de ser consideradas por esta Casa Legislativa. Daí a necessidade de apresentarmos mais um projeto de lei, além dos dois que já apresentamos.

As novas propostas que merecem acolhida, no sentido de aprimorar o novo Código Civil e, ao mesmo tempo, complementar os Projetos de Lei N^{os} 6.960/02 e 7.160/02, são as seguintes:

(...)

Art. 1.584: Coerente com as alterações propostas no art. 1.583 pelo PL 6.960/02, estamos orientando o Juiz para, sempre que possível e considerando o interesse do menor, estabelecer preferencialmente a guarda sob a forma compartilhada.

(...)

O Congresso Nacional não pode permitir que décadas de trabalho sejam desperdiçadas. A comunidade jurídica, depois de mergulhar no exame do novo diploma e preparar-se para a sua aplicação, não aceita ser ludibriada, pela via do "tapetão".

O Código Civil é a Constituição do cidadão comum. Ele é o seu destinatário final e o povo brasileiro não perdoará os seus representantes se vierem a retardar ainda mais a entrada em vigor de tão importante diploma legislativo, verdadeiro marco na vida jurídica da Nação.

Sala das Sessões, em novembro de 2002.

Deputado RICARDO FIUZA

ANEXO B - PROJETO DE LEI. 6315 / 02

PROJETO DE LEI. 6315 / 02:

por Deputado Feu Rosa

Altera dispositivo do novo Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Art. 2.º O art. 1.583 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1583.....

Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais.

Art. 3.º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Proposição que ora apresento tem por objetivo alterar o novo Código Civil que não dispôs sobre a guarda compartilhada dos filhos pelos pais, em caso de separação judicial ou divórcio.

Minha proposta é que, obviamente, só haja possibilidade de tal tipo de guarda se a separação ou divórcio forem consensuais, caso contrário, as crianças estarão ainda mais vulneráveis em meio a discussões sobre onde e com que devem ir a algum lugar.

A guarda compartilhada gera um tipo de situação que, se bem administrada pelos pais gera lucros aos filhos, caso contrário, poderá resultar em verdadeiro caos, com prejuízos emocionais terríveis para quem não tem ainda formada a personalidade.

Sou de opinião que o Código já poderia ter aberto mais essa possibilidade aos casais que se separam, razão pela qual conto com o apoio dos ilustres Pares para a conversão deste projeto em lei.

Sala das Sessões, em 18 de Março de 2002.

Deputado FEU ROSA

ANEXO C - PROJETO DE LEI Nº 6350, DE 2002

PROJETO DE LEI Nº 6350, DE 2002
por Deputado Tilden Santiago)

Define a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

“Art. 1583

§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação , sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.”

Art. 3º O Art. 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1584 Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.”

§ 1º A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.

Art. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

JUSTIFICAÇÃO

O novo Código Civil Brasileiro, tão recentemente aprovado, no ano de sua vacância, merece ser aperfeiçoado em tudo o que for possível. No que tange ao Direito de Família, deixou de contemplar o sistema de guarda compartilhada, que ora propomos, que já vem há tempos sendo apontado como a melhor solução prática em prol das crianças e adolescentes, quando do divórcio ou separação dos pais.

Segundo o magistério da Dra. Sofia Miranda Rabelo, da UFMG e da Associação “Pais Para Sempre”, a guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade.

A justificativa para a adoção desse sistema está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

A continuidade do convívio da criança com os ambos pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável. Por isso, não se pode manter sem questionamentos, formas de solucionar problemas tão ultrapassados.

É preciso diferenciar os tipos de guarda para evitarem-se confusões na determinação daquela que parece mais adequada. São quatro modelos de guarda de filhos: guarda alternada, guarda dividida, aninhamento ou nidacção e guarda compartilhada.

A Guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. A jurisprudência a desabona, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

A Guarda dividida apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais, que contestam

e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

O Aninhamento ou nidação é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal, por isso pouco utilizada.

Finalmente, a Guarda Compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança.

É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação como pai e mãe, havendo coma co-participação em igualdade de direitos e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem estar dos filhos, são benefícios grandiosos que a nova proposta traz às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes.

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelo Estados, para proteção integral dos menores.

Enquanto a família permanece unida, o menor desfruta dos dois genitores. A ruptura cria uma nova estrutura e a responsabilidade parental de concentra em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. Na realidade social surgem cada vez mais conflitos envolvendo relações paterno-filiais, porém são escassas as normas legais a respeito. Cumpre a doutrina e jurisprudência estabelecer soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com a o Texto Constitucional.

Timidamente, alguns tribunais brasileiros passaram a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, a definição e o estudo específico do tema é de extrema importância para que os juízes possam se orientar e decidir respeitando o interesse do menor.

É o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores. O equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família.

Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreça a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procuram-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição eqüitativa da autoridade parental.

A guarda “exclusiva”, “única” cede lugar às novas modalidades de guarda alternada, dividida, e finalmente compartilhada ou conjunta.

Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada (joint custody). A idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda América do Norte. O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos. A American Bar Association – ABA criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores (Child Custody Committee). Há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987. a nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

Nosso Projeto é simples, apenas definindo a guarda compartilhada e tornando-a o sistema recomendável, sempre que possível, por avaliação do juiz.

Ao propor este Projeto, louvo a iniciativa da Associação Pais para Sempre , do Apase Brasil - Associação de pais Separados do Brasil, movimentos de cidadania para o reconhecimento dos direitos deveres daqueles pais e mães, que mesmo após o rompimento conjugal, querem manter o relacionamento com os filhos, além de poderem exercer suas responsabilidades e obrigações. A separação e o divórcio devem acontecer somente entre os pais, não entre pais e filhos.

Por ser inegável avanço, que protegerá a família brasileira, conclamo meus Ilustres Pares a aprovarem esta proposição.

Sala das Sessões, em de 2002.

Deputado TILDEN SANTIAGO.

ANEXO D - Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n° 58, de 2006 (PL n° 6.350, de 2002, na Casa de origem), que "Dispõe sobre a guarda compartilhada."

Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n° 58, de 2006 (PL n° 6.350, de 2002, na Casa de origem), que "Dispõe sobre a guarda compartilhada."

Substitua-se o Projeto pelo seguinte:

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1° Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

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

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

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

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

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

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

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

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

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Senado Federal, em 22 de maio de 2007.

Senador Tião Viana

Presidente do Senado Federal

Interino