



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FERNANDA MEDEIROS WANDERLEY

GUARDA COMPARTILHADA: SOLUÇÃO PARA O RELACIONAMENTO
ENTRE PAIS E FILHOS SEPARADOS

SOUSA - PB
2005

FERNANDA MEDEIROS WANDERLEY

GUARDA COMPARTILHADA: SOLUÇÃO PARA O RELACIONAMENTO
ENTRE PAIS E FILHOS SEPARADOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Aurélia Carla Queiroga da Silva.

SOUSA - PB
2005



W245g Wanderley, Fernanda Medeiros.
Guarda compartilhada: solução para o relacionamento entre pais e filhos separados. / Fernanda Medeiros Wanderley. - Sousa - PB: [s.n], 2005.

93 f.

Orientadora: Professora Esp. Aurélia Carla Queiroga da Silva.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Guarda compartilhada. 2. Tutela de menores. 3. Poder pátrio. 4. Filhos de pais separados. 5. Direito de Família. I. Silva, Aurélia Carla Queiroga. II. Título.

CDU: 347.642(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

FERNANDA MEDEIROS WANDERLEY

GUARDA COMPARTILHADA: SOLUÇÃO PARA O RELACIONAMENTO ENTRE
PAIS E FILHOS SEPARADOS

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Esp. Aurélia Carla Queiroga da Silva (orientadora)

Prof.

Prof.

A memória de meu pai, o Sr. Dário Rogério Wanderley, por me ter dado a oportunidade de construir minha trajetória e por ter me dedicado tanto amor, e a todos os pais que tanto lutaram para ter os filhos ao seu lado.

A minha mãe, que mesmo à distância agasalhava-me com suas bênçãos, dando-me força para seguir adiante. E à minha estimada orientadora Aurélia Carla Queiroga da Silva, por todas as lições ministradas e atenção despendida à realização deste trabalho.

Agradeço.

“Nada é imutável, a não ser o que vem de Deus. Toda obra que é dos homens está sujeita a mudanças. As leis da Natureza são as mesmas em todos os tempos e em todos os países; as leis humanas transformam-se de acordo com o tempo, com os lugares e com o progresso da inteligência. Mas, na união dos sexos, a par da lei divina material, comum a todos os seres vivos, existe uma outra lei divina, imutável como todas as leis de Deus, exclusivamente moral: é a lei do amor. Deus quis que os seres se unissem não só pelos laços da carne, mas também pelos da alma, a fim de que a afeição mútua dos esposos se transmitisse aos filhos, e que fossem dois, ao invés de um, a amá-los, a cuidar deles e fazê-los progredir.”

Allan Kardec

RESUMO

A ruptura da vida conjugal pela separação e pelo divórcio gera efeitos de ordem pessoal e patrimonial. No entanto, as questões relativas aos filhos são as que merecem maior atenção, principalmente no que concerne a regulamentação de guarda e visita. A guarda compartilhada desponta como modelo ideal acompanhando a evolução da sociedade e da própria família, baseada no princípio da igualdade entre o homem e mulher e do melhor interesse da criança. Ela vem possibilitar o exercício conjunto da autoridade parental pós-separação minorando os malefícios que a mesma acarreta na vida dos filhos, bem como na dos pais. Esse posicionamento, ressaltado pela Convenção Internacional sobre os direitos das Crianças (1989) que diz que a convivência com os pais é um direito inalienável da criança, já vem sendo consubstanciado nas legislações estrangeiras, constituindo em alguns países quase a totalidade dos casos de atribuição de guarda. No Brasil, apesar de não haver norma expressa, ela é plenamente plausível, haja vista a permissão que emana da hermenêutica. O método utilizado para abordar o assunto foi o método dedutivo, comparativo, histórico e estruturalista que partiu dos problemas existentes entre os pais e filhos após a separação, constituindo o modelo da guarda compartilhada como solução, agora como uma realidade baseada com a experiência do sujeito social. Dentro da perspectiva do Direito foi utilizada a interpretação das leis pelo método sociológico, focando a cultura e a conduta do homem para a regulamentação da sua vida social, que está em constante evolução. Para a consecução desse feito foi feita uma ampla pesquisa bibliográfica para rastrear o tema na literatura científica, com apoio em pesquisas feitas na internet, pois, por se tratar de um tema recente neste país, há muitas organizações não-governamentais que difundem sua idéia através dela, bem como pesquisa em revistas e doutrinas no ramo de conhecimento do Direito de Família, principalmente aqueles relacionados com a temática a ser desenvolvida, assim como da legislação pertinente. Os resultados foram compilados, analisados e resumidos para poder transmitir uma noção contemporânea da guarda compartilhada, suas aplicações no direito de família, as controvérsias quanto ao seu uso e as possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro. A guarda compartilhada traz a proposta de manter o diálogo entre os pais permitindo ao casal que continue agindo como pais, do mesmo modo que agiam na constância da vida em comum, dividindo as responsabilidades nas decisões sobre a vida de seus filhos. Sob esse último aspecto, o trabalho aborda o instituto da mediação, como procedimento contemporâneo à guarda compartilhada e utilizado como instrumento capaz de viabilizar o exercício desse modelo de guarda conjunta, por meio do restabelecimento do diálogo entre o casal parental. Para o melhor desenvolvimento e formação dos filhos é necessário que seus pais prossigam no desempenho integral do poder familiar, havendo uma co-participação em igualdade de direitos e deveres.

Palavras-chave: guarda. Co-responsabilidade. Mediação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 ENTIDADE FAMILIAR	13
1.1 Conceito e espécies de família	13
1.2 Dissolução	16
1.3 Consequências da separação para a vida dos filhos	19
CAPÍTULO 2 DA GUARDA	222
2.1 Definição e evolução jurídica	233
2.2 Critérios para atribuição da guarda	277
2.3 Modalidades de guarda	322
CAPÍTULO 3 DA GUARDA COMPARTILHADA	355
3.1 Noção de Guarda Compartilhada	366
3.2 Direito comparado	400
3.3 Aspectos positivos e negativos	455
3.3.1 Vantagens de aplicação da guarda compartilhada	466
3.3.2 Benefícios segundo a Psicologia	49
3.3.3 Discussão sobre a inaplicabilidade do instituto	533
3.4 Mediação interdisciplinar	566
CAPÍTULO 4 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	611
4.1 A possibilidade jurídica da guarda compartilhada no direito pátrio	622
4.2 Reflexos da guarda compartilhada	677
4.2.1 Residência	68
4.2.2 A responsabilidade civil dos pais	69
4.2.3 Pensão alimentícia e visitas	74
4.3 Importância da inclusão do instituto no ordenamento jurídico brasileiro	78
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	87
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas atualmente, na economia e na sociedade, vêm promovendo alterações nas atribuições e nos papéis paterno e materno e, sobretudo, nas relações familiares. Aquele modelo em que a mãe ficava responsável pelos filhos e o pai pela manutenção da família, fora substituído por um outro, onde as tarefas estão mais equilibradas e melhor distribuídas por ambos os genitores, que se dividem e compartilham entre si o cuidado em relação aos filhos.

E se houve mudanças na família brasileira, inclusive abarcadas pela própria Constituição Federal de 1988, também há de se estabelecer novos mecanismos de proteção à pessoa dos filhos após a separação do casal conjugal.

Conseqüência desta nova realidade e amparado pelos princípios do melhor interesse da criança e da igualdade entre homens e mulheres, passaram alguns julgados a admitir um novo modelo de guarda, a compartilhada, como resposta eficaz à continuidade das relações entre os filhos menores e ambos os genitores após o desfazimento da família, semelhante à família intacta.

Os filhos que antes perdiam contato com o genitor não guardião, que com o passar do tempo acabava se afastando, agora poderão tê-los em sua companhia, minimizando os malefícios advindos da separação, que às vezes o acompanham para o resto da vida.

Eles querem, após a separação, apenas a afeição de seus pais, e estes parecem mais preocupados em fazer o outro, ex-cônjuge, sofrer, amargar por não ter o filho em sua companhia ou por ter que pagar uma pensão alimentícia, utilizando-se de sentimentos mesquinhos, principalmente a vingança, esquecendo

que com esse comportamento, mesmo sem se dar conta, está também colocando o próprio filho contra um dos seus genitores.

O que rotineiramente acontece é a atribuição do genitor não guardião, ao que está com a guarda, de má gerência da vida do filho, responsabilizando-o por qualquer problema que venha ocorrer com o mesmo e, no verso da questão, o que detém a guarda o tacha de ausente imputando-lhe aquela responsabilidade. O filho, no meio desse embate, sente-se responsável por tantas desavenças entre seus pais e às vezes pela própria separação dos mesmos, tornando tudo isso um peso para ela, pois esta percebe e sente a insatisfação e a confusão que seus pais estão imersos e, assim, a culpa dos filhos acaba por ser alimentada.

Se o interesse da criança deve sempre prevalecer, como pretende o ECA (Lei nº 8.069/90), a guarda compartilhada preenche de forma notável aquela pretensão legislativa e favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus que a guarda unilateral, inevitavelmente, criava.

A guarda compartilhada surge, assim, como alternativa de aplicação do poder familiar no caso de fragmentação da família, estabelecendo uma co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação anterior, para proteger a criança dos sentimentos de desamparo e incertezas a que se submete com a desunião dos pais.

Destarte, a presente pesquisa científica vem com o intuito de manifestar o anseio de um grande número de cidadãos que se vêem em desvantagem na relação materno/paterno-filial e que se declaram a favor de uma revisão do instituto da guarda pós ruptura conjugal, uma vez que este não acompanhou a evolução da sociedade, atribuindo ainda, a clássica guarda única, uniparental, que não privilegia

a manutenção dos laços afetivos que vinculam os pais a seus filhos, enquanto rompe com a convivência, essencial para boa formação moral dos filhos menores.

Trata-se de uma nova família na qual os pais separados partilham a educação dos filhos mesmo estando em lares diferentes, cooperando um com o outro nas decisões atinentes à pessoa dos filhos. Faz-se mister discriminar o casal conjugal, que se desfaz com a separação, do casal parental, que ficará unido pela pessoa dos seus filhos em comum, que necessitarão das figuras paterna e materna para seu crescimento e desenvolvimento sadio, não fazendo distinção quanto ao grau de importância de cada um.

A justificativa central deste trabalho, em última análise, é trazer aos operadores do direito, subsídios para alteração de regras antigas e superadas, vez que as inovações na jurisprudência e legislação se iniciam nesse primeiro contato do judiciário com o litígio levado à sua apreciação.

O Direito, para alcançar a evolução da família e da sociedade, também deve evoluir no mesmo compasso, não se limitando a técnicas jurídicas repetitivas. É tarefa primordial a adequação da norma jurídica aos anseios da sociedade moderna, a fim de brotarem soluções mais próximas possível do justo e do adequado para a vida do homem, que segue caminhos mutáveis e em constante desenvolvimento.

Para atingir este objetivo realizou-se uma ampla pesquisa bibliográfica para rastrear o tema na literatura científica, com apoio em pesquisas feitas na internet, em revistas e doutrinas no ramo de conhecimento do Direito de Família, principalmente aqueles relacionados com a temática a ser desenvolvida, assim como da legislação pertinente.

Para desenvolver a estrutura da pesquisa científica, dentro da linha de raciocínio lógico, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se da idéia geral da

atribuição da guarda para se chegar à guarda compartilhada, ainda empregou-se o método de procedimento comparativo e histórico. Como método próprio do Direito, utilizou-se também, do método interpretativo sociológico, uma vez que foi feita uma interpretação das leis levando em consideração o fenômeno cultural, a conduta do homem para regulamentação da sua vida social, em constante mutação devido a fatores exógenos e endógenos.

Os resultados foram compilados, analisados e resumidos para poder transmitir uma noção contemporânea da guarda compartilhada, suas aplicações no direito de família, as controvérsias quanto ao seu uso e as possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro.

Para tanto, buscar-se-á, no primeiro capítulo, elucidar a questão da família no contexto atual, elencando as diversas formas de entidades familiares surgidas com a Constituição Federal de 1988, bem como a sua formação, quando se unem um homem e uma mulher, carregados tanto de direitos como deveres, e a liberdade que é dada a ambos para romperem o vínculo conjugal ou a união estável, e por fim as conseqüências que essa dissolução acarretará para a vida dos filhos, como condição formadora de sua personalidade e comportamento.

No segundo capítulo será abordado o problema que surge com a separação dos pais, qual seja a guarda dos filhos, o que acontecerá com eles após essa ruptura, e com quem irão ficar se menores. Tratar-se-á da evolução do instituto, seu conceito, identificando os critérios de atribuição do mesmo, culminando com as possíveis modalidades de guarda e suas conseqüências e seu exercício nas diversas situações de desunião dos genitores.

O terceiro capítulo tratará de estabelecer a noção do novo modelo, a guarda compartilhada, seus precedentes internacionais e no contexto de diversos sistemas

estrangeiros, na seqüência iremos analisar seus efeitos positivos e negativos frente à relação parental entre pais e filhos, após a dissolução da relação conjugal, apontando suas vantagens e seus benefícios segundo a psicologia, bem como observando os casos em que não seria de bom alvitre aplicá-la, e por fim será feita uma abordagem sobre mediação familiar como importante instrumento de pacificação social, muito utilizado em Tribunais Internacionais para conscientização sobre a importância da guarda compartilhada para o bem-estar psicoemocional da criança.

O capítulo final demonstrará a possibilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, e seus reflexos na vida tanto dos filhos como dos pais, abordando assuntos como residência, pensão alimentícia, visitas e responsabilidade civil, através do exame da lei atual, da doutrina e da jurisprudência. Termina a pesquisa científica por apresentar as importantes contribuições da inclusão do instituto em nosso ordenamento jurídico.

Esse novo modelo de guarda prioriza a manutenção do vínculo afetivo, o contato regular e ininterrupto entre o genitor não guardião e seu filho, como valores primordiais na família contemporânea, que transpõem a barreira do simples direito de visita, pois pais e filhos não se visitam, convivem.

CAPÍTULO 1 ENTIDADE FAMILIAR

A vida moderna exige certas mudanças no comportamento da sociedade sob todos os aspectos inclusive no âmbito familiar. Hoje a estrutura familiar é outra e deve acompanhar as exigências do século vigente, ela sofreu profundas mudanças quanto à natureza, função, composição e concepção nas últimas décadas no Brasil e no mundo inteiro. Com muita propriedade explica Venosa (2004, p. 20):

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família [...]. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se no mercado de trabalho. Na maioria das legislações a mulher alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos. Estes passam mais tempo na escola e em atividades fora do lar.

A família deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser um espaço do amor, companheirismo e de afeto. E é neste interim que se torna importante analisar como a entidade familiar é constituída e como a união que envolve duas pessoas, um homem e uma mulher, que assumiram direitos e deveres, mas que permaneceram com a liberdade de romper o contrato que elaboraram em conjunto pode ser dissolvida quando o dito contrato não mais os satisfizer e, ainda, as conseqüências que essa dissolução acarretará para a formação dos filhos.

1.1 Conceito e espécies de família

A família indica um grupo de pessoas, ligadas por vínculo consangüíneo ou afetivo, dentre as quais existe partilha e comunhão de vida; é o espaço social, lugar de relações intensas, de proximidade e compromisso. Conforme ensinamento da doutrinadora Maria Helena Diniz (2002, p. 09) existe três significados para o vocábulo família: o amplíssimo, o lato e restrito. O amplíssimo abrangeria todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consangüinidade e afinidade, incluindo até estranhos, como as pessoas do serviço doméstico. O significado lato seria a família formada não só pelos cônjuges e filhos, mas também os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins. Finalmente a significação restrita que abrangeria os cônjuges e a prole ou também a comunidade formada por apenas um dos pais e descendentes, independentemente de existir o vínculo conjugal que a originou.

O paradigma família, em profunda transição, dominou a nossa cultura por décadas, modelou a sociedade ocidental e influenciou o resto do mundo, rompendo com os valores e as idéias do período medieval. A alteração desse paradigma envolve mudanças de pensamento e de valores formadores da realidade. A família patriarcal, que a nossa legislação tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988 e no Novo Código Civil de 2002 como as novas formas de família, de conjugalidade, de parentalidade e de reprodução.

Como a crise quase sempre ocasiona perda de fundamentos, a família atual está alicerçada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade. Assim enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada.

Fundada em bases aparentemente frágeis, a família atual passou a ter especial proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e a sociedade. Proteção que abarca não só a família regularmente constituída pelo matrimônio, como também a entidade familiar decorrente da União Estável entre um homem e uma mulher e a família monoparental, ou seja, as famílias constituídas por apenas um dos pais e seus descendentes.

Tais entidades foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, no qual consta: "é assegurada à família especial proteção do Estado", envolvendo o termo "família" em sentido amplo, abrangendo não só aquela formada pelo casamento, como também a oriunda da união estável, expresso no parágrafo 3º: "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar (...)". E a monoparental encontra-se manifesta no parágrafo 4º: "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seu descendentes". Além de a Constituição de 1988 consagrar a união estável ela estendeu esta proteção aos filhos que dessa união se originassem, proteção esta expressa no parágrafo 6º do art. 227:

E dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida [...] e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

Parágrafo 6º - Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Entende-se que a família encontra sua proteção na Constituição de 1988, independente de sua formação, e que a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Percebe-se, também, que essa proteção, mais precisamente em relação aos filhos, seja por parte do Estado, seja por parte dos pais, não acaba com a dissolubilidade do vínculo matrimonial ou por qualquer outro motivo.

1.2 Dissolução

Na sociedade contemporânea vislumbram-se várias formas de família, onde os pais seguem caminhos diversos que não devem dissolver o núcleo de afeto entre pais e filhos. E na ruptura da convivência conjugal que se constitui na separação (de fato ou conjugal) ou no divórcio, que a lei determina que o exercício da guarda dos filhos seja confiado a um dos cônjuges.

A dissolução conjugal pode ocorrer pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial como pelo divórcio. Ocorrendo a morte de um dos cônjuges, tanto a sociedade como o vínculo conjugal são dissolvidos; é de fator natural e os direitos e deveres, que durante a união perduraram, deixam de vigorar. E preciso esclarecer que a dissolução do casamento não só se opera com a morte real ou efetiva, mas também com justificação admitida pelos juizes togados, no caso do art. 88 e parágrafo único da Lei nº 6.015/73 e com

a declaração judicial de ausência, aproveitando-se a presunção de morte do ausente estabelecida no art. 6º, 2ª parte, do Código Civil de 2002.

A sentença de nulidade do casamento torna-o sem efeito desde o momento de sua celebração, não sendo causa de dissolução da sociedade conjugal, pois tão-somente declara que tal sociedade nunca existiu. A anulabilidade do matrimônio também não pode ser tecnicamente considerada como causa de dissolução do vínculo conjugal, uma vez que a sentença de anulação não apaga todos os efeitos produzidos, não destrói o casamento com efeito retroativo. Nulo ou anulável, o casamento produz efeitos civis válidos em relação aos consortes e à prole se um deles ou ambos o contraírem de boa fé (art. 1.561, CC).

Quanto às separações dos casais, sem que haja morte de um dos cônjuges, sabe-se que estão se tornando cada vez mais constantes. Observa-se que o casal separado, apresenta um grande alívio pelo desfazimento de uma relação que só trazia insatisfação, mas, ao mesmo tempo, demonstra um luto gerado pelo prejuízo moral e material, pois um projeto de vida foi desfeito. Eles optam ou pela separação judicial consensual ou a litigiosa.

A separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal, não rompendo o vínculo matrimonial, é uma medida preparatória da ação do divórcio, salvo quando o casal já está separado de fato há mais de dois anos.

A separação consensual, conforme art. 1.574, CC de 2002, é a que decorre do mútuo consentimento dos cônjuges casados há mais de um ano, cujo acordo não precisa de motivação, mas que precisa ser homologado pelo juiz, depois de ouvido o Ministério Público para que tenha eficácia jurídica.

A petição deve preencher certos requisitos como a descrição dos bens, pensão alimentícia, declaração a respeito do nome do cônjuge, acordo relativo à

guarda e agora, introduzido pela Lei nº 11.112 de 13 de maio de 2005, acordo entre os cônjuges relativo ao "regime de visitas" dos filhos menores, ajustando a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição de férias escolares e dias festivos, melhor identificando o exercício do poder familiar, nos fins do artigo 1.634, incisos I e II, do Código Civil de 2002.

Quando não existir possibilidade de acordo entre os cônjuges, será encaminhada ao juiz uma proposta de separação judicial litigiosa, por um dos cônjuges, que pode ser precedida ou não por uma separação de corpos, o qual impute motivo relevante perante a lei, qualquer que seja o tempo de casamento.

A separação judicial deixa intacto o vínculo de filiação, ficando os filhos menores e os maiores incapazes com o cônjuge que apresentar melhores condições de exercer a guarda, se impossível for a guarda compartilhada e se não houver acordo entre as partes. Há também a possibilidade de reconciliação por ato regular em juízo, desde que não prejudique direitos de terceiros, adquiridos antes e depois da separação, seja qual for o regime de bens, segundo o art. 1.577 e parágrafo único, CC.

Já o divórcio é a dissolução de um casamento válido, extinguindo o vínculo matrimonial, mediante uma sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias. São admitidas duas formas de divórcio em nosso ordenamento: o divórcio indireto, que pode ser consensual ou litigioso (art. 1.580 e § 1º, CC) e o divórcio direto que se apresenta atualmente na forma consensual e litigiosa (art. 1.580, § 2º, CC).

O divórcio consensual indireto ocorre quando um dos cônjuges com o consenso do outro pede a conversão da prévia separação judicial (consensual ou

litigiosa) em divórcio, desde que tal separação tenha mais de um ano. O divórcio litigioso indireto é o obtido mediante sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, em que um dos consortes, judicialmente separado há mais de um ano, havendo recusa do outro, pede ao juiz que converta a separação judicial em divórcio.

O divórcio direto consensual decorre do mútuo consentimento dos cônjuges que se encontram separados de fato há mais de dois anos. O litigioso é o que se apresenta quando pedido por apenas um dos consortes separados de fato há mais de dois anos.

O casal sofre com o fracasso do seu projeto de vida em comum, deste sofrimento brotam os mais variados sentimentos como a angústia, a ansiedade, a tristeza, a raiva, a vingança dentre outros tormentos. Há uma grande transformação na vida dos integrantes da família quando ocorre o efetivo rompimento da convivência conjugal e a cisão da guarda, exigindo de todos os membros, em especial dos filhos, uma grande adaptação.

1.3 Conseqüências da separação para a vida dos filhos

As relações conjugais tornaram-se menos estáveis aos longos dos anos no Brasil, sendo bastante comum para muitas crianças viver o período de transição correspondente à separação e/ou divórcio dos pais. Embora cada vez mais freqüentes, estas modificações na estrutura familiar não são, normalmente, previstas (nem desejadas) pelas crianças e acabam por conduzir à necessidade de

reorganização a diferentes níveis (familiar, econômico e, fundamentalmente, de relações interpessoais).

Tudo dependerá do modo como os pais viveram antes da separação, como se separaram (o clima da separação) e como mantiveram o contato com os filhos depois disso tudo. É fácil de perceber que idealmente, tanto os filhos como os pais, prefeririam poder viver todos juntos. A família, ainda, é uma instituição desejável. Quando há uma separação a frustração é geral para pais e filhos, pois ela impede que uma série de sentimentos e vivências de relacionamento ocorra já que o contexto "lar" está definitivamente desfeito. "Lar" é, para todos os seres vivos, o núcleo, a segurança, o lugar onde o afeto acontece mais plenamente.

O divórcio representa uma transição prolongada nas vidas de pais e filhos e, para estes últimos, a situação de divórcio pode tornar-se, particularmente, difícil devido às capacidades parentais dos progenitores se encontrarem habitualmente diminuídas em muitas das suas dimensões tais como: disciplina, tempo de brincar e apoio emocional. Algumas crianças lidam melhor com esta situação do que outras.

É consensual a idéia que, a maior parte das crianças filhas de pais separados/divorciados passam por uma fase inicial em que a separação parental é considerada como um fator causador de grande stress. No entanto o mesmo consenso não existe relativamente às conseqüências da separação parental para o desenvolvimento infantil. Estudos apresentados pela psicóloga Emery (1982) sugerem que:

As crianças filhas de pais divorciados apresentam níveis de perturbação mais elevados do que as crianças filhas de famílias intactas [...], outros referem que as crianças recuperam da situação de divórcio parental sem seqüelas negativas significativas para o seu

equilíbrio emocional [...]. De um modo geral, os conflitos conjugais e a separação parental estão associados a problemas de controlo comportamental nos rapazes, enquanto que as raparigas parecem apresentar mais problemas de depressão e ansiedade.

Vários estudos mencionam também que os conflitos conjugais e/ou a conseqüente separação estão associados a situações de depressão, desinvestimento, competência social baixa, problemas de saúde e baixo rendimento académico dos filhos.

Depois de uma longa pesquisa com filhos de pais divorciados nos Estados Unidos, as psicanalistas americanas Leif Terdal e Patrícia Kennedy, autoras de "Produção independente - Criando meninos sem a presença do pai", constataram que metade das crianças nascidas após 1975 vive longe do pai e, nestes casos, os meninos apresentaram mais transtornos do que as meninas: baixo rendimento escolar, agressividade com a família e com os colegas, uso de drogas, depressão e angústia.

É importante que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos e devem ter a consciência de que a relação conjugal que se dissolveu é diversa da relação existente de cada um deles com os filhos que tiveram em comum.

CAPÍTULO 2 DA GUARDA

Neste instante da reflexão científica é fundamental destacar um dos aspectos mais delicados que ocorre no momento da separação do casal, o qual se refere aos filhos que foram gerados e as condições de sua guarda.

A união entre um homem e uma mulher, seja decorrente de casamento, união estável ou concubinato, em nossos dias, raramente tem sido duradoura. Os desencantos, os desentendimentos, se sobrepõem aos compromissos gerados e assumidos pelos que a união formam, os quais em épocas passadas, faziam com que a mesma prevalecesse, mesmo quando a célula enferma na relação surgisse, sem cura se demonstrasse, prejudicasse o ambiente familiar e se transmitisse à coletividade, demonstrando a perturbação na ligação existente.

Rompida essa união e, tendo sido geradora de filhos, perguntas cruciais surgem: o que acontecerá com os filhos? Se menores, quem ficará com os mesmos? Sabe-se que na separação, o caminho a ser trilhado para decidir sobre os filhos é o mais complexo, pois, em regra, a mesma gera efeitos prejudiciais na criação e formação dos menores e, por isso, deve ser a preocupação maior dos pais e daquele que, se for o caso, participar ou tiver que tomar a decisão.

A questão da guarda do filho, na justiça brasileira, tem em regra geral, sua base em preconceitos e teorias ultrapassadas, não considerando a evolução da mulher e do homem para seres mais completos, iguais e capazes e, quase sempre, analisando os direitos da mãe e do pai sobre os filhos, esquecendo que o direito maior é do filho, pela presença dos pais, para que seus desejos e necessidades emocionais e afetivas sejam satisfeitos.

Ressalta-se que a matéria envolvendo guarda de filhos é aplicável não somente às ações de separação judicial, mas, também, às ações de dissolução de sociedade de fato, pois diz respeito ao poder familiar e não ao vínculo existente entre os pais.

2.1 Definição e evolução jurídica

A guarda é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira diferenciada, conforme a particular situação. O novo Código Civil de 2002, dispõe sobre ela nos arts. 1.583 e seguintes. Esta guarda estabelece a quem caberá a permanência da criança ou adolescente após a dissolução da sociedade conjugal ou divórcio dos genitores.

A guarda dos filhos oriundos da união estável é prevista no art. 1.724, do Código Civil de 2002, mas a ela serão aplicados, por analogia, os artigos pertinentes à guarda proveniente do fim da sociedade conjugal ou divórcio. Há, ainda, a guarda para colocação da criança ou adolescente em família substituta, elencada nos artigos 33 a 35 do ECA.

A guarda de que trata o Estatuto é a decorrente de criança ou adolescente que, por abandono dos pais ou orfandade, necessitam de colocação em família substituta. Essa guarda diz respeito ao menor em situação irregular, isto é, separado da família, por morte ou por abandono dos pais, cuidando, como primeira providência, de ampará-lo de alguma forma. Wilson Donizete Liberati (1993, p. 37), com precisão, indica as funções das famílias natural e substituta ao entender que:

A família natural é a comunidade primeira da criança. Lá ela deve ser mantida, sempre que possível, mesmo apresentando carência financeira. Lá é lugar onde devem ser cultivados e fortalecidos os sentimentos básicos de um crescimento sadio e harmonioso. Quando essa família, por algum motivo, desintegra-se, colocando em risco a situação de crianças e adolescentes, surge, então, a família substituta, que, supletivamente, tornará possível sua integração social, evitando a institucionalização.

Cabe, aqui, a observação de que o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) não foi revogado, eis que o novo diploma não cuidou da colocação em família substituta.

Desta forma, a pesquisa científica visa à análise da guarda sob o ponto de vista do rompimento da relação matrimonial ou convivencial, adotando-se o modelo compartilhado.

Para Maria Helena Diniz (2002, p. 253) a guarda:

É um conjunto de relações jurídicas existentes entre o genitor e o filho menor, decorrente do fato de estar este sob o poder e companhia daquele e da responsabilidade daquele relativamente a este, quanto à sua criação, educação e vigilância.

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram, como o poder familiar, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Numa separação, quem perde a guarda não perde o poder familiar, o exercício efetivo, na prática, é do genitor-guardião, aquele, no caso, fica sendo o detentor do direito de visita, tendo uma guarda descontínua, visto que a visita se opera em intervalos de tempo.

A primeira regra que regulou o destino dos filhos de pais separados no Brasil foi o Dec. nº 181 de 1890, que no artigo 90 estipulava: “a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles [...]”.

O Código Civil de 1916, cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial e determinava, através do artigo 325, observar, na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos” e, na última, pelo artigo 326, distintamente, conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, observar o sexo e a idade dos filhos.

O esquema a ser seguido e respeitado, ocorrendo a separação, seria o seguinte: havendo cônjuge inocente, com ele os filhos menores ficariam; sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas menores e os filhos até os seis anos, os quais, após essa idade, passariam à guarda do pai; havendo motivo grave o juiz, a bem dos filhos, poderia regular a guarda de forma diversa.

Em 1941 surgiu o Decreto-Lei nº 3.200 que, em seu artigo 16, regulou a guarda de filho natural, impondo que o mesmo ficasse com o progenitor que o reconheceu e, sob o poder do pai, caso ambos o tivessem reconhecido, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor. Esse decreto teve seu artigo 16 modificado pela Lei nº 5.582/70, a qual determinou que o filho natural, quando reconhecido pelo pai ou pela mãe, ficasse sob a guarda da mãe, não mais do pai, a não ser que fosse prejudicial ao menor ou, caso necessário, deveria ocorrer a colocação do menor sob a guarda de alguém idôneo da família de qualquer um dos pais.

O surgimento do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, veio abolir, no caso de culpa de ambos os cônjuges, os critérios de sexo e idade, ficando os filhos menores com a mãe, no caso de desquite litigioso.

Em 1977 entra em vigor a Lei nº 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, que instituiu o divórcio e regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, combinando o princípio do desfazimento por culpa com hipóteses de dissolução sem culpa, revogando disposições atinentes ao Código Civil de 1916, entretanto, repetiu virtualmente os seus dispositivos, com adaptações.

A Constituição Federal de 1988, através do artigo 227, assegurou à criança, como dever, primeiro, da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90), que regula entre outras coisas a guarda, como posse de fato do menor.

O novo Código Civil de 2002 estabelece as determinações sobre a guarda de filhos nos artigos 1583 a 1590, abolindo, no artigo 1583, o critério da culpa pela separação, que impedia o genitor, que deu causa à separação, de ficar com a guarda dos filhos. Em caso de acordo entre os pais a eles pertence a decisão sobre a guarda dos filhos.

Se os pais não estiverem de acordo em relação à guarda, esta deve ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la, conforme artigo 1584 do CCB/2002. Esse dispositivo não poderá ser aplicado sob a ótica prioritária da capacidade econômica dos genitores, pelo perigo de beneficiar o pai ou a mãe em melhor condição financeira, em detrimento do outro mais pobre.

Cabe ao genitor, que não estiver com a guarda dos filhos, visitá-los e tê-los em sua companhia segundo o que acordar com o outro genitor ou da maneira como

o juiz determinar na sentença. Permanecendo com o direito de fiscalizar a manutenção e educação do filho.

2.2 Critérios para atribuição da guarda

Na constância do casamento, ou nas outras manifestações de famílias recepcionadas pela Constituição de 1988, o exercício da guarda é comum. Domina a idéia de que a decisão tomada por um dos pais é naturalmente aceita pelo outro. Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente. Caso não haja acordo entre os progenitores, ou se houver, e não for o melhor para o filho, a guarda poderá ser decidida pelo juiz que irá amparar a *prole*, levando em consideração o seu bem estar e o *interesse do menor*. Assim, se manifesta Waldyr Grisard Filho (2000, p. 61):

E desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que *cada caso é um caso*, o da máxima singularidade.

Torna-se imprescindível que os magistrados, utilizando-se do seu arbítrio e vasta cultura jurídica, destacadamente nos processos de ruptura da união conjugal, tenham ciência das novas tendências doutrinárias e jurisprudenciais que devem acompanhar a constante evolução da sociedade e, em especial, da própria família.

Assim, o juiz irá dispor da guarda da maneira que julgar mais conveniente para os filhos. Esse critério tem como fundamento o caráter de sujeito de direito que tem o menor, que não é objeto de direitos dos pais, senão uma pessoa que tem direito à educação, proteção e assistência. Essa faculdade vem sendo repetidamente confirmada pela jurisprudência:

50020870 – AGRADO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA – FILHOS MENORES IMPÚBERES – LIMINAR CONCEDIDA EM PROL DA MÃE – PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR – DECISÃO MANTIDA – Em se tratando de ação de alteração de guarda de menores, esta deve ser deferida com vistas ao bem-estar das crianças, atendendo-se ao seu interesse moral e material, e não aos dos pais, que por desavenças ou até mesmo, em muitos casos, por vendita, têm pretensões à guarda. (TJMT – AI 28263/2002 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Márcio Vidal – J. 19.11.2002).

Há que se distinguir o interesse moral e o interesse material para a determinação da guarda. Evidentemente, aquele prevalece sobre este, referido por uma completa e eficiente formação sociológica, ambiental, afetiva, espiritual, psicológica e educacional. O interesse material não se pode considerar independente do moral, nem priorizá-lo. O genitor que disponha de mais recursos estará obrigado a transferi-lo aos filhos na forma de alimentos, independentemente de qual dos pais esteja no exercício da guarda.

Ainda outros aspectos merecem acolhida para que seja aferido o interesse do menor na atribuição da guarda, como a idade da criança. Sabe-se que na tenra idade a criança tem mais vinculação com a mãe e dependência dela especialmente pelo aleitamento materno, e a guarda é definida pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores esses mais implícitos na maternidade.

Essa regra não se torna tão absoluta quando o filho ingressa na vida escolar, já compreendendo e podendo julgar as atitudes de seus genitores. O juiz deverá então pesquisar sobre a capacidade educativa dos pais, o ambiente familiar e cultural em que vivem e o tempo disponível à dedicação de seus filhos.

A legislação atual não leva em conta o gênero dos filhos como critério determinante da guarda, repetindo aqui que o que interessa é o bem estar da criança, independente de seu sexo. Assim, é pertinente o comentário de Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 200):

O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referencia ao papel tradicional da mãe naturalmente boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, como afirmou Decorét, 'as mulheres são muito mais mães do que os homens pais'.

A idéia subjacente parece ser a de que a mãe é figura imprescindível, enquanto o pai é dispensável na criação dos filhos. No entanto, pode-se dizer que um dos determinantes do ajustamento da criança à separação dos pais e à vida em geral é o envolvimento ininterrupto dela com ambos os genitores.

Quanto a casais que possuem vários filhos, evidentemente que não se deve separá-los, atribuindo a guarda desses dividida entre os pais. É importante manter unido o que resta da família. Quando for impossível mantê-los unidos, recomenda-se um amplo e geral regime de visitas.

Outro aspecto a ser avaliado é no tocante à oitiva do menor para a atribuição da guarda, quando este já tiver idade de maior compreensão. A Convenção dos Direitos das Crianças da ONU, em seu artigo 12, ressalta o direito do menor de expressar sua opinião e de ser ouvido nos temas de seu próprio interesse. Ressalte-se que a criança deve ser ouvida, mas não inquirida a escolher entre um dos genitores. No seu mundo interno seria o mesmo que perguntá-la: você ama mais seu pai ou sua mãe? Ela não quer responder a esta pergunta, porque o que ela realmente gostaria era que seus pais permanecessem unidos.

Assim também expõe a psicóloga Gabriela Bessa (2005):

Quando se pergunta para uma criança: Quem ela escolhe? (ficar com a mamãe ou com o papai?) De quem ela gosta mais, do papai ou da mamãe? Cria-se uma situação altamente ansiogênica para a criança. Esta sente que deve escolher entre um e outro exclusivamente, como se ao escolher ficar com um, não ficará mais com o outro não só em relação a morar, mas também quanto a abdicar da relação pai/filho ou mãe/filho, do sentimento, da intimidade, do amor. E como se fosse algo definitivo.

Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e do discernimento da criança, nada impeça sua participação no processo, não obrigatoriamente, porém, nem vinculante para o juiz, mas como elemento investigatório sobre o ambiente social, moral e afetivo vivenciado pela mesma, evitando-se sentenças distantes da realidade e que possam resultar de impossível execução.

Também são levadas em consideração, além do interesse da criança, as condições que cercam os pais, sejam materiais (profissão, renda mensal, habitação), sejam morais (ambiente social, idoneidade, retidão de caráter), considerando que não podem ser investidos nem mantidos na guarda da criança o

pai ou mãe de comportamento irregular ou censurável. A conduta irregular dos genitores tem sido objeto de freqüente análise pela jurisprudência, conforme a visão mais aprofundada da questão fática, como demonstra a presente decisão:

2022930 – APELAÇÃO CÍVEL – BUSCA E APREENSÃO DE MENOR – GUARDA CONCEDIDA AO PAI E À AVÓ PATERNA – AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES MORAIS POR PARTE DA MÃE PARA TER A GUARDA DA FILHA – COMPORTAMENTO DESEQUILIBRADO E AGRESSIVO – MENOR DE TENRA IDADE – RELATÓRIO PSICOSSOCIAL – RECURSO IMPROVIDO – Deve ser mantida ao genitor e à avó paterna a guarda e responsabilidade de menor, se estes propiciam melhores condições morais, psicológicas, educacionais, materiais e dignas para o regular desenvolvimento da criança, além de suprirem toda a carência afetiva necessária. Correta a decisão que indefere pedido de busca e apreensão requerido pela mãe de menor, quando constatado que esta possui comportamento desequilibrado e agressivo, o que influenciará negativamente na criação e educação da infante. (TJMS – AC 2001.002723-5/0000-00 – Campo Grande – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli – J. 23.06.2003).

Merece destaque o pensamento do escritor Françoise Dolto (*apud* Diniz, 2002, p. 275) que elucida:

A guarda deve atender a três referenciais de continuidade: a) o *continuum* de afetividade, segundo o qual o menor deve ficar sob a guarda do genitor em cuja companhia se sentir mais feliz e seguro; b) o *continuum* social, considerando-se o ambiente vivido pelo menor no instante da separação dos pais; e c) o *continuum* espacial, preservando seu espaço, porque a personalidade do menor nele se constrói e desenvolve, pois quando há mudança do local onde vive, da escola onde estuda, a criança perde seu referencial de espaço, ou melhor, o envoltório espacial de sua segurança.

Quando o interesse da criança for soberano e as circunstâncias indicarem a necessidade de alteração, o juiz poderá rever sua decisão, assim como as partes podem solicitar alteração daquilo que haviam previamente acordado, conforme artigo 1586 do código Civil de 2002. O projeto de Lei nº 6.960/2002 sugere acrescentar a este dispositivo a observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos para alteração da guarda, a qualquer tempo e sempre que houver motivo justo e, não mais, motivo grave.

Pode-se afirmar, portanto, que não há regra absoluta no caso do deferimento da guarda, devendo o juiz buscar sempre atender os interesses do menor. A sentença que a determina a um dos genitores pode ser a qualquer tempo revista, reformada ou revogada.

2.3 Modalidades de guarda

Com o vínculo matrimonial ou a união estável e a decorrência da maternidade e da paternidade surge o primeiro modelo de guarda, conhecido como *guarda comum* ou originária, o qual não é judicial, mas sim natural, em que ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes do poder familiar, não existindo, portanto, a figura do não guardião.

A atribuição judicial da guarda se opera em situações de conflito, quando os pais não convivem, fazendo o juiz uso de suas faculdades jurisdicionais. O magistrado, levando em consideração o melhor interesse do menor, sempre que não houver acordo, poderá em tese escolher uma das cinco diretrizes doutrinárias no

momento de fundamentar a sua sentença, a saber: optar pela guarda única, alternada, compartilhada, dividida ou nidação. Vale salientar que, nem todas estas diretrizes foram recepcionadas pela legislação brasileira.

O atual sistema jurídico não estabelece, ao contrário de algumas legislações alienígenas, um modelo de guarda que o magistrado deve primeiro adotar, o que acaba, por muitas vezes, levando o mesmo a optar pelo deferimento da **guarda única**, no qual um dos genitores será nomeado guardião, detentor da guarda material e jurídica, que é a que detém a proximidade diária com o filho, enquanto o outro será considerado não guardião, detentor apenas da guarda jurídica, sendo o titular do direito de visita e fiscalizatório, aonde poderá constatar se o guardião vem corretamente prestando assistência moral, material e educacional a criança ou adolescente.

Caso o magistrado adote o modelo de **guarda alternada**, estará possibilitando a cada um dos genitores ter a posse do menor de forma alternada, segundo um esquema pré-estabelecido, onde o tempo pode ser um ano escolar, em mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia. Os papéis se invertem de acordo com a inversão da guarda, ficando o menor ora com um ora com outro dos pais, o qual em seu período assume todos os atributos próprios da guarda.

Esse tipo de guarda raramente é concedido, além de não está previsto em nosso ordenamento jurídico, e é geralmente por escolha dos pais. A vantagem oferecida por este modelo, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos,

provocando no menor instabilidade emocional e psíquica. Para Ana Maria Milano (2005, p. 62) esse modelo de guarda não é aceito por ser uma “caricata divisão pela metade, em que os pais são obrigados a dividir pela metade o tempo passado com os filhos”.

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 detém a guarda. Esse sistema 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 penúltimo modelo de guarda é a **nidação**, também conhecida como aninhamento, 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 e rara, por isso pouco utilizada.

Por fim temos a **guarda compartilhada**, instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento ou privilégio de nenhuma das partes.

CAPÍTULO 3 DA GUARDA COMPARTILHADA

Através da análise de dados fornecidos pela história antiga, percebe-se que, era atributo do pai deter a guarda e o Pátrio Poder dos filhos, enquanto a mãe se submetia às suas determinações. Com o advento da era moderna a mãe passou a ser aquela a quem é destinada a guarda dos filhos de pais divorciados e/ou separados, salvadas poucas exceções. Conseqüência disso é o afastamento do pai do convívio dos seus filhos, fruto de uma ideologia muito difundida desde o início do século passado e ainda muito influente em nosso meio, de que a mãe é a figura mais importante para a criança.

Esta, porém, não é a realidade prática atual. O envolvimento dos pais na criação dos filhos, leva-os a lutar mais pela guarda, e a aceitar o compartilhamento com a genitora da criança. Sabe-se que as visitas quinzenais típicas dos arranjos jurídicos, ainda hoje utilizados, na maioria das vezes, têm efeito nocivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, o que acarreta angústias e sofrimentos frente aos encontros e separações, levando os pais a um interesse defensivo de estabelecer contato com as crianças.

As constantes disputas sobre os filhos, reforçadas pelo atual sistema jurídico, têm levado os cientistas estudiosos da matéria, a encontrar um modelo de guarda que mais se coadune com a realidade e que considere não o interesse dos pais, mas sim o interesse dos filhos, contribuindo para o aperfeiçoamento do direito. Por isso, a necessidade de se adaptar as leis que atendem a crescente demanda de pais separados.

É nesse contexto que a guarda compartilhada tem algo a oferecer de satisfatório, possibilitando um sistema jurídico capaz de unir os pais, ou ao menos, de não aumentar as diferenças e desavenças tão comuns na vida moderna. Para isso, faz-se mister que os juristas estejam munidos do que há de mais moderno e avançado na teoria que estuda a família e de leis que lhe permitam agir de conformidade com cada caso concreto.

3.1 Noção de Guarda Compartilhada

A noção de 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 Estado, 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 se 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

estabelecerem soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com o texto da Constituição Federal de 1988.

Quanto à doutrina pertinente à guarda compartilhada, Waldyr Grisard Filho (2000, p. 111) elucida:

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.

Para o Desembargador Sérgio Gischkow (1986), a guarda compartilhada é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados. Seguindo a mesma linha de pensamento a Desembargadora Maria Raimunda Teixeira de Azevedo (2001), em seu artigo publicado, define a guarda compartilhada como:

A possibilidade de que os filhos de pais separados, continuem assistidos por ambos os pais, após a separação, devendo ter efetiva e equivalente autoridade legal, para tomarem decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos, e frequentemente, ter uma paridade maior no cuidado a eles.

Esses três modelos expostos acima seguem tendência de que a guarda compartilhada tem a finalidade de que ambos os pais dividam a responsabilidade e

as principais decisões relativas aos filhos, como educação, instrução, religiosidade, lazer, ou seja, defendem a guarda compartilhada jurídica.

Para esse grupo de estudiosos o primordial é que o filho tenha uma residência fixa; seja ela na casa da mãe, do pai ou de terceiro; ficando apenas compartilhado as responsabilidades e decisões, mas devendo os mesmos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento, continuando a residência sendo única.

Contudo, é importante lembrar que a principal perda do genitor não guardião é com relação à guarda física e não à jurídica, uma vez que no nosso ordenamento jurídico o mesmo não perde a guarda jurídica, já que não deixa de ser pai ou a mãe, mas o que ele perde é a sua imediatidade, ou seja, uma decisão tomada pelo guardião só poderá ser modificada pelo não guardião pelo poder judiciário. Portanto, a principal reivindicação dessa corrente é que a guarda jurídica seja de ambos os pais, sem existir a figura da fiscalização ou da imediatidade.

Existe uma outra corrente que além de defender a guarda compartilhada jurídica vai mais longe, defendendo a guarda compartilhada física, ou seja, aquela em que ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando, em curtos períodos, sua posse.

Assim se manifestam Judith S. Wallerstein e Sandra Blakeslee (*apud* Grisard Filho, 2000, p. 112):

A custódia física, ou custódia partilhada, é uma nova forma de ra: na qual os pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar um com o outro na tomada das decisões.

Para que esse tipo de guarda compartilhada seja efetivado será necessário que os pais tenham domicílios próximos, que os períodos de alternância de lares não sejam longos e que possuam os mesmos valores, levando sempre em consideração o melhor interesse dos filhos.

Deve-se distinguir a alternância de lares na guarda compartilhada da guarda alternada, uma vez que nesta, a criança possui dois lares em períodos normalmente longos, quebrando assim a continuidade das relações, enquanto naquela são períodos curtos, outro fator que as distingue é que na alternância de lares a guarda jurídica sempre será de ambos e na guarda alternada haverá alteração da guarda jurídica dependendo com quem esteja a posse do filho.

No Brasil não existe previsão legal, ou seja, o Código Civil de 2002 não descreve o conceito, no entanto, não proíbe a prática que pode ser acordada pelo casal ou por uma decisão judicial. Há um Projeto de Lei tramitando na Comissão de constituição e Justiça de nº 6350/2002 (anexo), de autoria do deputado Tilden Santiago de Minas Gerais, cuja pretensão é alterar o novo Código Civil de 2002, bem como os artigos 9 e 10 da Lei nº 6.515/77 (Lei do divórcio) definindo e acrescentando a guarda compartilhada, que, assim, seria um sistema de co-responsabilização dos pais, garantindo aos mesmos a guarda material, educacional, social e de bem estar dos filhos, decorrente, esses direitos e deveres, do poder familiar a eles inerentes.

Esse novo modelo de guarda 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. Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, mantendo os dois genitores envolvidos na criação de sua prole, em caráter

ininterrupto e permanente, acabando com o que até o momento atual a sociedade conhece como os chamados pais de fim de semana ou mães de feriados.

3.2 Direito comparado

Embora o Direito comparado seja útil como fonte de soluções possíveis, é importante constar que as experiências vivenciadas na realidade familiar são intransferíveis de país para país, em seus costumes e em suas práticas.

As soluções arbitradas são influenciadas por diversos fatores sociais próprios de cada Estado; as ideologias políticas, porém, servem como parâmetro para tomar-se informações a respeito dos esforços que se realizam para resguardar o processo formativo da personalidade da criança ou adolescente.

O instituto surgiu na Inglaterra, na década de sessenta, quando houve a primeira decisão sobre guarda compartilhada fracionando a guarda entre os genitores. Enquanto a mãe se encarregava dos cuidados cotidianos da criança, o *care end control*, o pai poderia dirigir-lhe a vida, era a *custody*.

Da Inglaterra o instituto ganhou força na Europa Continental, desenvolvendo-se principalmente na França. Sendo instituída, posteriormente, no Canadá e Estados Unidos, onde, hoje, a noção de guarda compartilhada é aplicada na maioria dos seus Estados, colimando o equilíbrio dos direitos entre pais e mães. Nos dias atuais desenvolve-se também na Argentina e no Uruguai.

O Direito português admitia a guarda conjunta em certas circunstâncias, sem previsão legal, recomendando-a como a mais adequada ao interesse do menor, em

face das transformações sentidas nas relações familiares tradicionais. Com a entrada em vigor da Lei nº. 84/95 alterou-se o artigo 1906 do Código Civil Português, facultando aos pais o poder de acordar sobre o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas aos filhos em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do casamento.

Segundo a advogada e professora Ana Maria Milano (2005), dados estatísticos revelaram que em 86% dos divórcios ocorridos em Portugal os filhos foram confiados à mãe, apesar da lei portuguesa prever a possibilidade da guarda conjunta das crianças pelos dois pais, demonstrando, assim, como esta oportunidade foi pouco utilizada.

No Direito Espanhol os pais são co-titulares do exercício do poder familiar, cabendo-lhes a faculdade de ter os filhos menores em sua companhia. A Constituição espanhola apregoa claramente a igualdade jurídica entre os cônjuges, da qual segue inúmeras conseqüências, dentre elas a guarda conjunta do pai e da mãe. No caso de separação, em princípio, a guarda corresponderá àquele dos pais com quem conviva o filho, podendo o juiz se solicitado pelo outro genitor, e no interesse do filho, atribuir ao solicitante o exercício conjunto, através do artigo 156, § 5º, do Código Civil Espanhol.

A questão da guarda no Direito alemão até 1982 era atribuída à apenas um dos cônjuges. Essa regra, submetida à apreciação da Corte Européia dos Direitos Humanos foi considerada inconstitucional, por entender que o Estado não pode intervir, quando os pais são capazes e estão dispostos à guarda conjunta dos filhos e quando tal arranjo não se mostra prejudicial a eles.

Como conseqüência, o direito de guarda pode ser atribuído aos dois ex-cônjuges conjuntamente, suprimindo a necessidade de uma decisão sobre a guarda

em caso de divórcio. O Tribunal só se manifesta se um dos pais apresenta um pedido para ser só ele o detentor da guarda, tendo então de aferir os motivos desse pedido, sempre avaliando, em prioridade, os interesses dos menores.

Foi na França que surgiu a primeira lei sobre guarda compartilhada, que harmonizou o Código Civil com a jurisprudência existente desde 1976, foi a chamada Lei Malhuret, sob o número 87.570 de 1987, que possibilitou o exercício da guarda conjunta, ou como eles preferem, autoridade parental conjunta, como dispõe o artigo 373-2 do CC Francês sob a égide da nova lei:

Se o pai e mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, quer por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou a criança, salvo, neste último caso, o direito de visita e do controle do outro.

A citada lei, enfim, permite aos genitores organizarem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio, efetivando o princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família.

A legislação argentina adotou como regime básico, o exercício compartilhado da guarda, correspondendo-o ao pai e à mãe conjuntamente, sejam os filhos matrimoniais ou não, contanto que os pais convivam. Também condiciona esse exercício ao melhor interesse do menor, devendo o juiz analisar, sob esse ângulo, qualquer conflito que seja levado à sua decisão.

O Direito americano absorveu a tendência da guarda compartilhada e a desenvolveu largamente, exemplo disso é que pelo menos trinta e três estados norte-americanos dão preferência a ela ou a permitem como opção.

Como cada Estado dita sua própria lei civil, no tema em debate criam-se sérias dificuldades de aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os Tribunais estaduais, com danosos efeitos ao bem-estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito. O resultado deste intento é a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, adotada por um crescente número de Estados (Arizona, Colorado, Califórnia, Geórgia, Louisiana, Minnessota, Ohio, Virgínia, dentre outros) que procura promover a cooperação entre os respectivos Tribunais, intervindo o que esteja em melhores condições de decidir sobre a questão da guarda, tomando em consideração, em primeiro lugar, o interesse da criança.

A guarda compartilhada nos Estados Unidos é intensamente discutida, debatida e pesquisada, com o objetivo de munir os juristas do que há de mais atual no estudo da família. Para isso, a *American Bar Association* – ABA (órgão similar a nossa OAB) criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores. De acordo com esse órgão, existem cerca de quatrocentos programas de educação para os pais em quarenta estados americanos.

Dados fornecidos pelo professor Waldyr Grisard Filho (2000) demonstra como esse tipo de guarda é aceito nos Estados Unidos, só para citar, no estado do Colorado a guarda compartilhada é conferida de 90% a 95% dos casos e na Califórnia esse número é de 80%. Demonstram-se, assim, as estatísticas, que os pais são a ela francamente favoráveis, levando-se em conta vários aspectos, tais como: auto-estima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psicoemocional, paciência. Enfim, o tema é intensamente pesquisado e discutido, o que traduz a sua relevância.

A APASE – Associação de Pais Separados, ONG com sede em Florianópolis, não deixa de se relacionar com o Direito Comparado, pois o objetivo principal da

mesma é promover participação efetiva de ambos os pais no desenvolvimento de seus filhos. A vinculação às entidades de outros países tem como finalidade primordial fazer com que predomine a guarda que beneficie o menor.

A associação destaca as seguintes vinculações: vinculação ao Conselho dos Direitos da Criança (*Children's Rights Council*) sediada nos Estados Unidos da América do norte; à Equideho – Equiparação dos Direitos do Homem (*Equiparación de los Derechos del Hombre*), sediada na Argentina; membro da FIP – Federação Ibero-americana de Pais (*Federación Ibero-americana de Padres*), que agrupa várias entidades semelhantes na América do Sul e na Europa, sediada em Porto Rico, dentre outros.

Enfatiza a APASE que:

[...] na maioria dos países integrantes do movimento, o poder judiciário é um dos principais fomentadores dos conflitos que ocorrem na separação conjugal, devido à falta de adaptação às mudanças sócias, baseando até hoje suas decisões no pressuposto de que uma criança é propriedade de um de seus genitores. [...] Grande parte dos magistrados, dos países onde se desenvolve o movimento, necessitam adotar uma postura mais simples e participativa nas suas comunidades, para visualizar com mais clareza as razões dos conflitos e as conseqüências de seus atos nas crianças.

No Direito Comparado prevalece, então, o sistema de exercício conjunto, como princípio geral, tanto em países da Europa, como nos países latino-americanos, demonstrando as profundas alterações sociais e familiares que aconteceram nestes últimos anos, reequilibrando os direitos parentais e colocando o

menor no centro das atenções, com o fim de que conquiste uma boa formação intelectual, moral e um bom relacionamento com seus genitores.

3.3 Aspectos positivos e negativos

Embora, no Brasil, não se tenha atingido uma evolução no Direito de Família, adaptada a velocidade das mudanças sociais, as quais criam condutas e fatos novos, está-se encaminhando à construção de mecanismos de igualdade e justiça, dentre as quais, pode-se destacar o instituto da guarda compartilhada que se mostra oportuna e salutar ao respeito e proteção do interesse dos filhos menores, na ocorrência de dissolução conjugal.

É necessário que os pais se adaptem, bem como os filhos, juízes, advogados, e toda a sociedade, para que todos os envolvidos tenham consciência dos seus direitos e deveres, não só na guarda compartilhada, mas em qualquer tipo de guarda. Dúvidas não deixam de surgir e o fato de desvantagens se apresentarem não deve inibir debates que possam gerar atenuação nas perdas, inevitáveis, decorrentes de um rompimento conjugal. Diante desse contexto adverte Maria Lúcia Luz Leiria (2001, p. 226):

A guarda compartilhada não está imune a uma profunda e, às vezes, longa conscientização daqueles que trabalham na área. Ao longo desta necessária maturação do processo de acolhimento do que é novo, necessária é a constatação principal dos sinais internos e externos de cada caso, a subjetividade e a objetividade de todas as nuances precisam ser exorcizadas, para que possa a citada guarda ser incluída entre as práticas da determinação da guarda. A

passagem da teoria à prática só será efetiva após profundos estudos e, só a formação firme, o aporte de condições humanas e materiais poderão fazer com que o juiz de família tenha condições de, passando da teoria à prática, utilizar-se deste novo instituto.

O exame de tal instituto, para que se torne aceitável e de correta aplicação, deve conter uma análise de seus aspectos benéficos e também de seus possíveis prejuízos, devendo ser avaliado e ponderado, em cada caso concreto, os seus efeitos positivos e negativos.

3.3.1 Vantagens de aplicação da guarda compartilhada

Um dos principais motivos para a grande repercussão da guarda compartilhada em torno de todo o mundo se deve ao fato da continuidade da relação da criança ou adolescente com seus genitores após a separação ou divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor.

Com a guarda compartilhada, a posição do genitor não guardião frente à prole é totalmente modificada. De mero visitante volta a ser, efetivamente, pai ou mãe, pois quando ocorre a dissolução conjugal ele passar a ser considerado visita, com horários marcados e fim de semanas pré-estabelecidos, resultando com o afastamento daquele em relação aos filhos, como uma forma mesmo de se preservar das conseqüências lesivas decorrentes da separação ou divórcio. Assim, se manifesta a psicóloga Maria Antonieta Motta (2002, p. 90):

[...] Os pais que não detinham a guarda sofriam muito mais depressão e ansiedade e tinham maiores problemas de ajustamento do que aqueles pais que detinham a guarda ou que eram recasados. Greif verificou que os homens frequentemente expressavam grande tristeza e depressão a respeito da perda de seus filhos e sentiam que afastar-se era a única maneira de conseguirem lidar com esses sentimentos.

Resulta disso que, sem participar das decisões importantes da vida dos filhos, os pais que não convivem com eles acabam se afastando, e este afastamento é sentido pelos filhos como rejeição e sobre eles tem um impacto altamente prejudicial.

Por isso, muitos países erigiram a guarda compartilhada no âmbito de princípio geral, com o fim de reequilibrar as relações entre pais e filhos, à sombra do princípio da isonomia conjugal, proporcionando aos genitores tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, e principalmente, mantendo a intimidade e o afeto indispensáveis à vida de ambos. Tudo isso contribui para a diminuição dos sentimentos de culpa e frustração, por parte dos pais, por não cuidar de seus filhos, ajudando-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole, perpetuando sua herança cultural e familiar.

Outro aspecto em relação aos pais é que quando compartilham os cuidados aos filhos concedem a si mesmos mais espaço para suas outras atividades, tendo mais tempo livre para organizarem sua vida pessoal, profissional, social e psicológica. Eduardo Leite citando Dontigny esclarece (*apud* Grisard Filho, 2000, p. 172) que “as estatísticas comprovam que somente 25% das mães com guarda única constituem novas famílias, enquanto 45% delas do grupo da guarda compartilhada formam novas uniões”.

Ainda sob este prisma deve-se ressaltar que a guarda compartilhada oferece a possibilidade de se buscar um sistema jurídico capaz de unir os pais, ou se assim não for, capaz de reduzir as desavenças. A cooperação entre os pais a fim de preservar o interesse maior do filho, zelando pelo seu bem-estar, minimiza os desajustes e a probabilidade de os mesmos desenvolverem problemas psicológicos e de adaptação social decorrentes da ruptura e do constante conflito que a acompanha.

Agora, analisando a guarda compartilhada levando em consideração o maior interessado, quais sejam os filhos, pode-se dizer que com a continuidade das relações pais-filhos e a não exposição do menor aos conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.

Além disso, favoravelmente à guarda compartilhada, evidencia-se o fato de a criança ou adolescente não ficar privado da convivência com o grupo familiar e social de cada um dos seus genitores. Esta convivência, prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, é absolutamente saudável, especialmente quando se tratam de tios, avós e primos.

A guarda compartilhada também elimina os conflitos de lealdade, evitando que o filho escolha entre seus dois pais. O jurista Waldyr Grisard Filho (2000, p. 169) posiciona-se no sentido de que a “a guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles”.

E direito dos menores poder conviver com ambos os genitores, não sendo admissível retirar-lhes essa prerrogativa somente pelo fato de seus pais estarem se

separando, podendo causar-lhes traumas, sofrimentos e angústia pela espera e pela incerteza da companhia daquele que é o responsável por sua existência em certo fim de semana.

Portanto, o que a guarda compartilhada almeja é, principalmente, assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam freqüentemente na criança, ampliando o seu desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social.

3.3.2 Benefícios segundo a Psicologia

A guarda compartilhada encontra amplo fundamento psicológico. Com efeito, o divórcio dos pais acarreta uma série de perdas para os filhos. O compartilhamento da guarda visa, precipuamente, amenizar tais perdas, beneficiando a criança à medida que ambos os pais estejam igualmente envolvidos em sua criação e educação. Cuida-se da tentativa de diminuir os nefastos efeitos da saída de um dos genitores da vida diária dos filhos. Logo, não pode olvidar o aplicador do Direito as informações e os conhecimentos trazidos por outras fontes ou ciências, como a Psicologia.

O tipo de guarda mais utilizada no Brasil é aquela derivada da antiga cultura familiar machista que segue a jurisprudência dominante, ou seja, guarda exclusiva quase sempre da mãe e visitas quinzenais do pai em finais de semana alternados.

Na medida em que a guarda é sistematicamente atribuída à mãe, os pais tornam-se progressivamente menos disponíveis a seus filhos. Inversamente, quando se compartilham as responsabilidades parentais os resultados são altamente positivos para toda a família, mesmo após o divórcio. Faz-se necessário pesquisar maneiras de garantir um relacionamento harmonioso da co-parentalidade e que minimizem as perturbações psicoemocionais que emergem do divórcio.

É através de uma pesquisa realizada por uma equipe interprofissional que o juiz coleta elementos informativos para a determinação do melhor interesse do menor e, por conseguinte, para a outorga da guarda àquele que for mais adequado às necessidades da criança ou mesmo a sua atribuição a ambos, escolhendo pela guarda compartilhada. Nesse sentido, optando pelo deferimento da guarda compartilhada como sendo a mais adequada à saúde psíquica da criança, posiciona-se o psicanalista Evandro Luiz Silva (2003):

Por diminuir o tempo de ausência tanto de um quanto do outro progenitor, esse tipo de guarda garante a presença de ambos os pais na sua vida, impedindo assim a sensação de abandono e o desapego na qual se originam os sintomas.

É importante que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divórcio suscita na criança que é o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.

Existem estudos científicos que indicam ser a guarda compartilhada mais saudável que a monoparental, porque a presença do pai e da mãe, em igualdade de condições, proporciona maior equilíbrio emocional aos filhos. Assim, informa o citado psicanalista:

Uma pesquisa feita nos Estado Unidos revela que "mais de ¼ das crianças americanas – aproximadamente 17 milhões – não vivem com os pais. Meninas sem um dos genitores em suas vidas, têm 2 ½ vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um dos pais em suas vidas têm 63% mais de chances de fugir de casa e 37% mais de chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem um dos pais tem duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.

A guarda compartilhada surgiria para aumentar o tempo dos pais com os filhos, havendo maior intercâmbio entre o homem e a mulher, intensificando o adimplemento da pensão alimentícia, o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhes permitiria discutir os detalhes diários das vidas dos filhos, fazendo com que os problemas acima citados não ocorressem ou fossem minorados, visto que os filhos iriam receber mais atenção e afeto, não abrindo brechas para subterfúgios fáceis, como por exemplo, as drogas.

Psicólogos vêm contrariando a corrente daqueles que argumentam que a guarda única seja a melhor opção para a criança, devido ela não se adaptar a duas casas, como propõe a guarda compartilhada física, e da necessidade de que ela tenha apenas um referencial de lar.

Evandro Luiz Silva citando Armina Aberastury afirma:

[...] a importância de o bebê ou de a criança ir se acostumando com as necessidades dos pais. [...] Se os pais agora terão casas separadas, também os filhos, conseqüentemente, terão duas casas, pois não é por causa da separação que se deixou de ser pai ou mãe. Por ser inevitável que cada um tenha uma casa, temos que permitir que a criança se adapte a essa nova situação. [...] Uma criança não é um cristal que pode partir-se por um descuido qualquer. A rotina de uma criança pode variar sim, de acordo com as exigências externas, pois ela precisa viver a realidade do seu meio. Se os pais estiverem seguros, passarão segurança aos filhos, e a adaptação à nova situação será tranqüila.

A guarda compartilhada diminui o tempo de ausência dos pais. Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir à criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono. O que deve ser levado em consideração, neste caso, é a proximidade ou não dos lares, pois se forem domicílios distantes tornar-se-ia inviável a guarda compartilhada física.

Os pais precisam continuar a se entender para que a criança entenda a fase pela qual está passando, e possa estar a par da sua situação, para que saiba que seus pais, embora divorciados, se sentem ambos responsáveis por ela. Se assim não for, a criança poderá interpretar a visita do genitor não guardião erroneamente, pois a própria palavra visita já é por si só restritiva, e na sua cabeça o genitor que detém a guarda já seria considerado legalmente mais importante, podendo essa

situação induzi-la ao afastamento do outro, já que é aquele quem tomaria as decisões na sua vida.

Nessa perspectiva, é incontestável a importância do pai e da mãe na vida dos filhos, provocar a ausência de um deles é traçar o pior dos prognósticos para uma criança. Logo, é primordial manter a criança em contato com ambos os progenitores, e possibilitar-lhe adaptação à realidade do seu mundo externo, das necessidades dos pais, da escola, enfim, da possibilidade que o momento apresentar.

Contudo, para o sucesso deste modelo, aliás, como o de qualquer outro modelo de guarda, e para o conseqüente bem-estar da criança, os pais devem aprender a discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.

3.3.3 Discussão sobre a inaplicabilidade do instituto

Para que se vislumbre a possível aplicação da guarda compartilhada, deve ser analisado o caso concreto, pois, em determinadas situações pode não atender o melhor interesse do menor.

Uma hipótese em que não é aconselhável a aplicação desse instituto, segundo a psicóloga Eliana Riberti Nazareth (*apud* Grisard Filho, 2000, p. 175) é quando as crianças são muito pequenas, momento em que precisam de um contexto mais estável para boa formação de sua personalidade, pois conviver “em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas”.

Nessa mesma linha de oposição à guarda compartilhada, o advogado militante no Direito de Família Segismundo Gontijo (*apud* Grisard Filho, 2002, p. 174), contra-indica esse modelo dizendo que a guarda compartilhada “resulta em verdadeiras tragédias [...] que transforma os filhos em iô-iôs, ora com a mãe, ora com o pai”.

À vista das ponderações acima descritas, percebe-se que há um erro de percepção, pois as críticas direcionadas à guarda compartilhada se direcionam, com certeza, à guarda alternada, modelo diverso desse tema e que realmente transforma os filhos em iô-iôs. Interessante notar, como observa Waldyr Grisard Filho (2000, p. 175) que:

A guarda compartilhada [...] tem como pressuposto uma residência fixa (única e não alternada) do menor, que gera para ele a estabilidade que o Direito e a Psicologia desejam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina. [...] Essas críticas à instabilidade, assegura Eduardo de Oliveira Leite, não procedem [...] Estabelecida uma residência habitual, única, um centro de apoio, um ponto de referencia (contínuo espacial), um lugar de cumprimento dos direitos e obrigações do menor, que não se altera quando passa um período com a mãe o outro com o pai, tal deslocamento não inibe a guarda compartilhada, já que não estabelece um sistema rígido de residência alternada, pois continua única.

Não seria aplicável, também, quando um dos cônjuges apresentar algum distúrbio ou vício que possa pôr em risco a vida do filho. Neste caso, a guarda seria exclusiva àquele que tivesse melhores condições de fornecer ao filho um ambiente favorável para seu crescimento e desenvolvimento sadio.

A guarda compartilhada funciona bem para a maioria dos pais participativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os mesmos não é bom, hipótese que

só acontece quando eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos. Mas esse sistema tem sido frequentemente adotado de forma equivocada por casais em conflito, o que leva ao fracasso do instituto.

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e prejudicam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, a jurisprudência é pacífica no sentido de afastar a aplicação da guarda compartilhada, conforme se aduz da leitura dos seguinte julgados:

ALTERAÇÃO DE GUARDA. DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITIGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. Quando o litígio é constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (TJRS - Apelação Cível nº 70 005760673 – 7ª Câmara Cível – rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcelos Chaves – j. 12.03.03).

GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação da guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido. (TJRS – Apelação Cível nº 70007133382 – 7ª Câmara Cível – rel. Des. Maria Berenice Dias – j. 29.10.03).

Nesses casos, a criança ou adolescente é usada para atingir o outro genitor, que não é mais visto pelo ex-cônjuge como pai ou mãe de seu filho, e sim como inimigo, devendo ser derrotado custe o que custar, ainda que seja prejudicial à saúde emocional de seu filho.

A guarda compartilhada está sendo alvo de inúmeras pesquisas e estudos a respeito de sua melhor aplicabilidade, tanto por juristas como por psicólogos e

psicanalistas. Os aspectos positivos e os negativos que a doutrina e a jurisprudência trazem não esgotam as circunstâncias que podem levar o juiz a decidir sobre a sua conveniência. As críticas que se faz a esse novo modelo, porém, não podem ser tidas como absolutas, quando se tem presente que o interesse do menor não mais se prossegue com a guarda única.

Para que a guarda compartilhada obtenha sucesso faz-se mister a cooperação de todos os envolvidos em amenizar os conflitos decorrentes da seara familiar. A experiência de outros países demonstra a contribuição da mediação para a crescente implementação deste modelo, possibilitando o aporte de meios para uma maior comunicação e o encontro de soluções mais exeqüíveis.

Com base na análise criteriosa dos posicionamentos contrários e dos favoráveis à guarda compartilhada, entende-se ser este um instituto passível de aplicação, dependendo a sua aplicabilidade de cada caso específico, ficando sempre ao critério sensível do juiz sua adoção ou não.

3.4 Mediação interdisciplinar

Vários estudos apontam a desestruturação da família após a separação ou o divórcio como fator desencadeante de inúmeros sintomas tanto nos filhos como nos ex-consortes. Daí a importância de se restabelecer na mente deles a capacidade de pensar, onde as emoções possam ser contidas no sentido de não mais levar a turbulências emocionais destrutivas.

Uma das formas que podem bem se adaptar às nossas normas e procedimentos jurídicos é a mediação, que ensejaria um maior intercâmbio de idéias, maior discussão dos pontos de conflito, e a possibilidade de elaboração da nova estrutura de vida a ser construída.

A utilização da mediação em processos de separação familiar é um instrumento que muitas vezes se faz necessário para manejar determinadas situações de conflito entre casais. Com a mediação, o juiz terá a possibilidade de propor a busca de entendimento em torno de certos assuntos comuns aos cônjuges em conflito, e, com isso, minorar o impacto deste na prole e nos próprios genitores. Com ela, há a possibilidade de se sair do modelo onde os cônjuges são adversários, para um modelo que privilegia a cooperação entre eles com vistas a atingir um bom plano de cuidado às crianças.

A mediação é um método do qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, ajuda as partes envolvidas em um conflito a restabelecer a comunicação, para que possam construir um acordo reciprocamente satisfatório pondo fim às suas divergências.

Para a psicóloga e psicanalista Giselle Groeninga Almeida (2000, p. 19):

~ Mediação é uma teoria e um método para lidar com a complexidade, integrando os conhecimentos trazidos pelas várias disciplinas, ampliando a compreensão a respeito dos conflitos; é um instrumento da interdisciplina.

O terceiro, referido na noção, neutro e imparcial, é o mediador, pessoa que, além de sua formação de base, como psicólogo, assistente social, advogado, possui

uma formação específica em mediação, cuja função é a de facilitar a definição e a resolução de problemas, através do uso de uma variedade de técnicas de comunicação, sem entrar no âmbito próprio da terapia de casais, da advocacia, nem buscando tomar decisões pelo casal.

Essa técnica surgiu na década de setenta, nos Estados Unidos, na modalidade de resolução extrajudicial de conflitos matrimoniais, evoluindo para a regulação das questões de guarda, visitas e suporte aos filhos menores e demais questões decorrentes da ruptura conjugal. Posteriormente expandiu-se para o Canadá, atingiu a Europa e passou a ocupar espaço considerável na França, Alemanha, Espanha e outros países. Na América do Sul está presente na Colômbia, Bolívia e Argentina, embora só nesta exista legislação específica sobre o tema.

No Brasil, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.827/98 (anexo), subscrito pela deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, composto de sete artigos que contemplam os princípios fundamentais do processo de mediação. Entende o acordo dela advindo produzirá os efeitos jurídicos próprios de sua matéria e poderá ser reduzido a termo e homologado por sentença caso as partes assim o desejem. Admite como mediador qualquer pessoa capaz, escolhida ou aceita pelas partes, que tenha formação técnica ou experiência adequada à natureza do conflito e que proceda, no exercício da função, com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

O projeto reconhece a prática judicial e extrajudicial e a ocorrência prévia ou concomitante ao processo judicial em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Assinala que o processo de Mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele e que sua instalação não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Para a advogada e mediadora Águida Arruda Barbosa (2000, p. 19):

○ modelo que vem se desenhando como modelo brasileiro é a adoção da Mediação Familiar Interdisciplinar, fundamentada no dever de assistência à pessoa em situação de perigo, ponto fundamental da moral universal, sobre o qual se funda a "Declaração dos Direitos dos Homens", fixando a responsabilidade de cada um por seu semelhante, princípio fundamental da preservação da espécie, objetivo primordial de todas as ciências. [...] Enfim, mediação é a aplicação do princípio ético da responsabilidade pelo próximo, e no Direito Pátrio, encontra-se acolhido pela lei penal que tipifica o crime de omissão de socorro.

Enquanto não há previsão legal para o instituto, as melhores e mais justas soluções, encontradas pelos mediandos e que lhes permita manter a continuidade das relações, será buscar a solução legal do Judiciário, o que deixará de lado um conjunto de problemas que poderão repercutir por longos anos. Pois, muitas vezes, como observa Eduardo Sérgio Nick (1996), a batalha judicial só começa anos após o divórcio, em seguida ao casamento de um dos cônjuges ou em casos de mudança de residência.

É importante também distinguir o exercício de conciliação que integra algumas práticas no Brasil da mediação. A conciliação visa realizar um acordo, sem enfrentar nem prevenir as causas de desacordos anteriores, pois como os litigantes estão fragilizados pelo embate judicial, não desejam trazê-las à tona.

No tocante à mediação, o seu ponto de partida não é o conflito. Trata-se de uma postura de responsabilidade pelo projeto de futuro que vai nortear a vida daquelas pessoas vinculadas por relações de afeto e familiares, fazendo com que essas pessoas resgatem a autoria da própria vida, tornando-se capazes e

independentes para projetar o seu futuro. Por esse motivo, é importante que o mediador tenha algumas qualidades, pois ele difere muito da figura do conciliador. Este conduz as partes a um acordo, enquanto aquele deve deixar que os mediandos cheguem por si próprios, a uma composição.

Para avaliar a disponibilidade dos pais para a guarda compartilhada, alguns parâmetros devem ser vistos pelo profissional mediador tais como avaliação da habilidade dos pais em cooperarem de forma amigável e o nível de bem-estar da criança, bem como sua condição de lidar com dois lares diferentes e separados. Esta avaliação deve incluir também a identidade dos papéis parentais assumidos, a clareza que cada um tem desses papéis, a qualidade do relacionamento com a criança, e a importância dada ao papel de cuidador.

A mediação é um complemento ideal de auxílio à Justiça, principalmente na área de Direito de Família, em que se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social, fazendo com que haja um programa de prevenção primária de distúrbios mentais e psicossomáticos da maior importância e relevância.

Assim, para melhor aplicação da guarda compartilhada sugere-se a utilização da mediação, objetivando-se suscitar a realização de acordos, juridicamente reconhecidos, com a participação direta de ambos os cônjuges, diminuindo o atrito entre os mesmos e aumentando a responsabilidade de comprometimento pelos filhos.

CAPÍTULO 4 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A questão da guarda dos filhos, na justiça brasileira, esteve arraigada, durante muito tempo, em preconceitos e teorias ultrapassadas, não considerando a evolução da mulher e do homem para seres mais completos, iguais e capazes, analisando quase sempre apenas os direitos da mãe e do pai sobre os filhos, esquecendo que o direito maior é o do filho, pela presença dos pais, para que seus desejos e necessidades emocionais e afetivas sejam satisfeitos.

A velocidade das mudanças sociológicas, como a dessacralização do casamento, surgindo novas formas de família, a situação endêmica do divórcio e o liberalismo feminino ocasionaram reflexos no direito de família brasileiro, impulsionando a intervenção da doutrina e da jurisprudência, que trataram de ampliar as hipóteses de fixação do regime de guarda de filhos.

A guarda compartilhada apresentou-se como uma dessas hipóteses, por ser, atualmente, considerada a forma mais benéfica ao crescimento do menor e proporcionar, ao mesmo, minimizações nos traumas que o atingem, na ocorrência do divórcio de seus pais.

Não há no direito positivo brasileiro norma expressa que autorize a aplicação do modelo em tela, na seara do Direito de Família. No entanto, tal adoção não é vedada, ao contrário, deve ser estimulada, para melhor atender a seus princípios.

Estas ponderações são suficientes para identificar no plano técnico-jurídico nacional a existência de dispositivos que autorizam a aplicação do modelo compartilhado quando se cogita de determinar sobre a guarda de filhos menores.

4.1 A possibilidade jurídica da guarda compartilhada no direito pátrio

Muito embora os tribunais brasileiros camuflem o exercício da guarda compartilhada utilizando-se do termo “visitação ampla”, permanecendo como cláusula de separação consensual a guarda única, quase sempre materna, e cabendo ao pai a visitação quinzenal, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso direito e pode-se argumentar para sua aplicação, *a priori*, a Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º prevê a absoluta igualdade entre homem e mulher, bem como a mesma igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, estampada no parágrafo 5º do artigo 226 e a devida proteção à criança e adolescente, elevada em absoluta prioridade pelo artigo 227. Em consonância, o artigo 229 confere a ambos os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

O Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº. 8.060/90) confirma o preceito da Lei Maior em seu artigo 4º, transmitindo o mesmo regramento do artigo 227 da Constituição. E no artigo 6º da referida lei impõe-se a interpretação da mesma levando em consideração a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. O artigo 16, inciso V, expressa o direito à liberdade da criança que compreende o direito a participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. E, finalmente, o artigo 22 transmite: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Pelo exposto percebe-se a importância que o Estatuto dá ao convívio das crianças com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento. O que

chama atenção é a clara opção pela não discriminação da criança, na busca de protegê-la de abusos e maus tratos, e de assegurar-lhe todo o tipo de apoio disponível. Estas disposições convergem aos postulados da Convenção sobre os Direitos da Criança, que lhe proclama uma proteção especial e o pleno direito de ser cuidada por seus pais, propiciando um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil.

Já com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26.12.1977), em seu artigo 13, verificava-se a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, pois quando houvesse motivo grave, poderia o juiz, a bem dos filhos, regular diferentemente a guarda destes em relação aos pais. Esta regra, hoje inserta no artigo 1586 do novo Código Civil brasileiro de 2002, confere ao juiz liberdade para resolver sobre a guarda de filhos menores e por tal prerrogativa pode aquele determinar a guarda compartilhada, mais proveitosa ao desenvolvimento da personalidade do menor.

A Lei nº. 9.278/96 (regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988) em seu artigo 2º, *caput*, e inciso III, coloca que “são direitos e deveres iguais dos conviventes [...] guarda, sustento e educação dos filhos comuns”.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1583 a 1590, referente à proteção da pessoa dos filhos, nenhuma modificação significativa apresenta ao existente sistema legislativo em vigor.

No artigo 1583, do Código Civil de 2002, está contida a regra que possibilita aos cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos quando a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal se operar pela separação ou divórcio consensual. Dessa forma, não resta dúvida que, em se tratando dessas hipóteses, o magistrado deverá sempre obedecer ao que os cônjuges decidirem, sendo possível a opção pela guarda compartilhada em detrimento da única, porém é importante mencionar

que esse acordo referente à guarda de filhos deverá sempre estar em consonância com o interesse do menor, sob pena de não ser ratificado pelo magistrado.

Contudo, mesmo que a maioria dos estudiosos de direito tenham o posicionamento da possibilidade da guarda compartilhada no atual ordenamento jurídico, existe sempre alguns que defendem o pensamento oposto. E foi pensando em dirimir este impasse que o Centro de Estudos Judiciário do Conselho da Justiça Federal, aprovou na Jornada de Direito Civil, o Enunciado 101 (anexo), referente ao artigo 1583 do novo Código Civil, no qual a Corte Suprema analisando tal dispositivo declarou que o termo “guarda de filhos” contido neste artigo, refere-se tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao melhor interesse da criança. É importante ressaltar que o Enunciado ainda seguirá para a Comissão, órgão este que lhe dará a redação final.

Ao disciplinar o poder familiar, o novo Código Civil de 2002 manteve o mesmo conteúdo do anterior, com pequenas modificações na redação de alguns dispositivos. A alteração mais significativa ficou por conta da separação tópica entre a disciplina do exercício do poder familiar quanto à pessoa dos filhos menores (Título I – do Direito Pessoal) e a do exercício do poder familiar quanto aos bens de filhos menores (Título II – do Direito Patrimonial), que ao tempo do Código de 1916 constituíam seções (II e III) de um mesmo capítulo, o relativo ao Pátrio Poder. Para o advogado Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 60):

O Código Civil de 2002, apesar de apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao direito pessoal.

Embora topograficamente em territórios distintos, direito pessoal de família e direito patrimonial de família, a matéria continua sendo relativa ao exercício do poder familiar, ônus que ao pai e a mãe, incumbem em virtude da parentalidade, no interesse dos filhos.

De outra forma não poderia ser, já que o parágrafo único do artigo 1690 do Código Civil de 2002 diz que "Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária". Como efeito da conjunção aditiva que une as duas orações compete, assim, aos pais decidirem conjuntamente as questões relativas à pessoa dos filhos, como por exemplo, criação, educação, companhia e guarda, e também decidirem em comum as questões relativas aos bens de filhos como o usufruto e administração. Waldyr Grisard Filho (2003) assim se manifesta:

Os pais, dever jurídico comum dos pais, encargo que a lei lhes atribui, decidirem sobre a vida e o patrimônio de seus filhos, tanto durante como depois da separação, cabendo ao juiz cobrar-lhes o exercício do *munus* desta forma, compartilhadamente. Eis aí o fundamento normativo da guarda compartilhada no novo Código Civil.

Ademais, as sentenças judiciais que venham a determinar a guarda compartilhada podem, segundo que o dispõe o artigo 471, I, do Código de Processo Civil, caso sobrevenham modificações de fato ou de direito da nova relação jurídica atribuída pela referida decisão judicial, serem modificadas por ações revisionais, pois nas questões atinentes à guarda dos filhos há variações dos elementos que a fundamentam quantitativa e qualitativamente.

Isto porque, se a guarda compartilhada, em determinados casos, não atender aos melhores interesses do menor, ela poderá ser revertida em guarda exclusiva a pedido de quaisquer dos genitores e, também, do Ministério Público.

Pode-se analisar, por fim, os fundamentos jurídicos da guarda compartilhada sob três aspectos: a) o vínculo parental, e os direitos e deveres dele decorrentes, não se extinguem com a extinção do vínculo conjugal, pois ainda persistirá o poder familiar; b) a guarda conjunta pode ser aplicada quando os pais a indicarem, verificando o juiz que os filhos se beneficiarão com esse modelo, mesmo que ainda não haja expresso dispositivo legal a seu respeito; e c) a guarda de filhos pode ser aceita pelos pais depois de esclarecido pelo juiz, quando afere que há possibilidade de ambos em assumi-la.

Destarte, conclui-se que, embora o Direito Positivo Brasileiro não contenha norma expressa a respeito, como ocorre em inúmeros ordenamentos, não há, tampouco, vedação, o que enseja possibilidade da ocorrência legal do tipo de guarda *sub examine*, e como acrescenta a advogada já citada Ana Maria Milano Silva (2005, p. 106) “ainda mais em decorrência da pequena jurisprudência a respeito, que ressalta ser ela o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos”.

Entretanto, como já exposto, existem projetos de lei para a alteração dos artigos 1583 e 1584, que tratam da guarda de filhos nos casos de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, acrescentando parágrafos que instituem a guarda compartilhada.

4.2 Reflexos da guarda compartilhada

Com a ruptura do vínculo conjugal ou da união estável surge uma nova situação fática, tanto aos filhos como a cada um dos genitores. A decisão sobre a guarda resultará em benefício de toda a família, desde que considere os filhos e os pais, a fim de que nenhum deles se furte da criação e da educação daqueles.

A evolução da sociedade mostrou a indispensabilidade do pai e da mãe na formação dos filhos menores em detrimento da guarda exclusiva, que atendia exclusivamente às expectativas dos genitores. Para Waldyr Grisard Filho (2000, p. 143) essa nova postura “que privilegia e envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, ainda é pouco utilizada entre nós, mais pela ausência de Doutrina e Jurisprudência próprias do que por sua possibilidade jurídica”.

Nesse contexto, busca a guarda compartilhada reorganizar as relações entre os pais e os filhos, no interior da família desfeita, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda única não atendia. É importante que os pais passem para os filhos que o que se dissolveu foi a sociedade conjugal e não a parental, entre pais e filhos, pois os laços de afeto, direitos e deveres recíprocos persistem, só que modificados.

A guarda compartilhada privilegia a continuidade do exercício comum da autoridade parental, tal como ocorria na constância do casamento ou da união estável, conservando, mesmo que decomposta a família biparental. Assim, os genitores mais tranquilamente assumirão em conjunto a tarefa de permanecerem

como pai e mãe, no pleno exercício do poder familiar, tomando as decisões a respeito da vida de seus filhos.

4.2.1 Residência

Um aspecto a considerar na operacionalização deste modelo é sobre a residência da criança ou do adolescente, uma vez que a determinação desta é essencial para a estabilidade da criança, que terá assim um ponto de referência “de onde irradiam todos seus contatos com o mundo exterior”, como elucida Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 271).

Deve-se neste modelo fixar a residência do menor, única e não alternada, a fim de gerar a estabilidade que o direito deseja para a criança, atendendo-se sempre o seu melhor interesse. Fixada a residência habitual, onde o menor encontra-se juridicamente domiciliado, define-se o espaço dos genitores ao exercício de suas obrigações. O genitor que mora com o menor terá a guarda física, também chamada de material, imediata, próxima e ambos terão a guarda jurídica.

A situação dos pais, como critério de determinação da guarda, definirá o local de residência da criança, atendendo-se, sempre, ao seu melhor interesse, e alerta Waldyr Grisard Filho (2000, p. 146):

Cada caso é um caso à discricionariedade do juiz, que deve evitar as fórmulas estereotipadas, utilizadas automática, invariável e tradicionalmente. Tais são preconceituosas, na medida em que desatendem a necessidade do menor e dispensam a presença

permanente, conjunta e ininterrupta do pai e da mãe na sua formação para a vida.

Cabe ressaltar que a guarda compartilhada pretende reequilibrar os papéis parentais na tomada de decisões importantes relativas aos filhos, tais como o colégio a ser escolhido, as atividades de lazer a serem desenvolvidas, a orientação religiosa, etc., e incentivar o contato freqüente e contínuo destes com seus dois pais; porém, não significa que seja uma divisão pela metade, em que os genitores sejam obrigados a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos, como ocorre na guarda alternada.

Na guarda compartilhada podem e devem os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Em verdade, portanto, o que ocorre nesse modelo é a plena participação de ambos os genitores em todos os aspectos da formação dos filhos, independentemente destes permanecerem na companhia de um deles apenas nos finais de semana e feriados.

O importante é que esses períodos de deslocamento não interrompam a situação escolar das crianças, sendo preferível que os pais residam dentro da mesma área escolar, ou razoavelmente perto, e que elas mantenham contato com seus amigos, vizinhos, companheiros de jogos para que elas finquem suas raízes físicas e sócias, propiciada pela continuidade espacial, além da afetiva.

4.2.2 A responsabilidade civil dos pais

Questão relevante é a que diz respeito à responsabilidade civil dos pais pelos danos causados a terceiros pelos filhos menores. Responsabilidade esta prevista no artigo 932, inciso I e artigo 933 do novo Código Civil.

Trata-se de responsabilidade objetiva, pois quem exerce poder familiar responderá objetivamente pelos atos do filho menor que estiver sob sua autoridade e companhia. É o que também observa Sourdat (*apud* Diniz, 2002, p. 465) quanto ao assunto:

O poder familiar dá aos pais o direito e o dever de velar constantemente pelos filhos enquanto são incapazes de dirigir suas ações; de prevenir-lhes as faltas, seja pela vigilância atual, seja pela educação intelectual e moral que estão incumbidos de lhes dar.

Os pais têm o dever de prestar assistência ao filho, ou seja, criar, educar, alimentar e satisfazer suas necessidades. Devem, com seus recursos, propiciar ao menor, ao lado da prestação de conhecimento compatíveis com suas aptidões e situação social, um adequado ambiente para seu desenvolvimento moral. Assim, o dever de vigilância dos pais é complemento da obra educativa, de onde se presume sua responsabilidade.

Não importa que os pais sejam negligentes na vigilância, isto é, incorram em culpa *in vigilando*, que antigamente incumbia aos pais provar que cumpriram o dever de vigilância para se livrarem da responsabilidade. Com o novo Código Civil de 2002 não há mais que se falar em presunção de culpa dos pais, pois, em razão do disposto no artigo 933, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão objetivamente pelos atos danosos de seus filhos menores, não tendo ação

regressiva do que houver pago ao lesado, em razão do princípio da solidariedade familiar.

Na guarda única, com a separação dos pais, a responsabilidade civil passa ao genitor guardião, pois não é suficiente que o menor esteja sob o poder familiar dos pais, é preciso que viva em sua companhia, para que haja responsabilidade paterna ou materna. Se a criança ou adolescente estava sob a guarda e companhia da mãe, em razão da separação ou de divórcio, esta responderá pelo ato ilícito de seu filho e não o pai. Nesse sentido é a lição de Mário Aguiar Moura (*apud* Milano Silva, 2005, p. 125):

Se a guarda de filho está confiada a um dos genitores, a responsabilidade patrimonial decorrente da prática de atos ilícitos contra terceiros é imputável tão-somente ao detentor da guarda, ainda que o outro continue com o pátrio poder. O fundamento jurídico é este: falta de vigilância cria a culpa *in vigilando*. E a vigilância é consequência da guarda e não do pátrio poder.

Todavia esse posicionamento, apesar de ser maioria, não é unânime, pois há jurisprudência que se inclina exclusivamente pelos atributos do pátrio poder, hoje poder familiar, como referencial à responsabilização, como é o caso dos seguintes julgados:

16147261 – CIVIL E PROCESSUAL – ACÓRDÃO – OMISSÃO NÃO CONFIGURADA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS CAUSADOS POR AGRESSÃO FEITA POR MENOR PÚBERE (19 ANOS) AO AUTOR – RESPONSABILIDADE DOS PAIS – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – PRECLUSÃO – RECURSO ESPECIAL – FUNDAMENTO INATACADO – SÚMULA

Nº 283-STF – PÁTRIO PODER – EXERCÍCIO TAMBÉM PELO PAI – MATÉRIA DE FATO – REEXAME – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7-STJ – Não se configura nulidade no acórdão se o propósito dos aclaratórios oferecidos ao Tribunal estadual eram de caráter meramente infringente. Concluído pela decisão a quo que a questão alusiva à legitimidade passiva ad causam dos pais do menor se achava preclusa em face de decisão proferida em despacho saneador, tal fundamento, inatacado no especial, atrai a incidência do óbice previsto na Súmula nº 283 do C. STF. Caso, ademais, em que restou fixado pelas instâncias ordinárias que o pátrio poder era exercido pelos pais conjuntamente, de sorte que a controvérsia implica no reexame da prova, vedado pela Súmula nº 7 do STJ. IV. De toda sorte, a mera separação do casal, passando os filhos a residir com a mãe, não constitui, salvo em hipóteses excepcionais, fator de isenção da responsabilidade paterna pela criação e orientação da sua prole. V. Recurso especial não conhecido. (STJ – Resp – 299048 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 03.09.2001 – p. 00227)

RESPONSABILIDADE CIVIL – ATO ILICITO – Responsabilidade do pai pelos filhos menores sem seu poder e em sua companhia, podendo a vítima ajuizar ação contra cada um deles ou contra ambos – ilegitimidade de parte rejeitada. (1º TACPSP, Ap. nº 433.632/90, São José dos Campos, 2ª Câmara, j. 04/04/1990, rel. Sena Rebouças).

Assim, a decisão de responsabilizar os pais em decorrência do poder familiar e não em virtude da guarda é direcionada para uma efetiva reparação do dano causado à vítima e para que não reste assim irressarcida.

Nesta questão de responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos que causem danos a terceiros resta ainda uma polêmica, que é a que diz respeito à emancipação. Os pais não responderão pelos atos lesivos do filho emancipado, uma vez que a emancipação equivale à maioridade, tornando-se o filho habilitado para a prática dos atos da vida civil, pois com essa cessa o poder familiar. Todavia, há entendimento no sentido de ampliar a responsabilidade dos pais, mesmo nesse caso, estendendo-a mesmo que o filho seja emancipado.

Alguns doutrinadores defendem a responsabilidade solidária dos pais pelos atos ilícitos de seu filho somente quando se trata de emancipação voluntária,

tornando-se ineficaz o ato da emancipação em face dos danos a terceiros, pois prejudicial na obrigação de indenizar. Esse é o entendimento de Maria Helena Diniz (2002, p. 465):

Entendemos que só se poderia admitir a responsabilidade solidária do pai se se tratasse de emancipação voluntária (CC, art. 5º, parágrafo único, inc. I; RT, 494: 92; RTJ, 62: 108); logo, o genitor não responderia por ato ilícito de filho emancipado pelo casamento ou por outras causas arroladas no art. 5º, parágrafo único, II a V, do Código Civil).

Já outros doutrinadores entendem afastada a responsabilidade solidária dos pais quando o filho esteve emancipado, é essa a opinião de Orlando Gomes (*apud* Silva, M., 2005, p. 129):

[...] mais estranhável ainda a opinião de que o pai responde pelos atos ilícitos do filho emancipado. Para todos os efeitos, a emancipação equivale à maioridade. E apenas o processo de emancipá-la. Não é possível, assim, sustentar que persiste a responsabilidade do pai. Até porque tal opinião esbarra com um obstáculo que é a lei.

Entretanto, a maioria dos doutrinadores entende que somente a emancipação legal exonera os pais do dever de indenizar terceiros pelos atos ilícitos de seus filhos. A emancipação voluntária não os libera, porque um ato de vontade não pode revogar ordem proveniente de lei.

Do exposto, ressalta-se que na guarda compartilhada essas questões se tornam menos problemáticas, onde pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação serão tomadas em comum, ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores, pois na guarda compartilhada há efetivamente a continuidade do exercício do poder familiar para os mesmos.

Em todo caso deve o magistrado, em seu prudente arbítrio, analisar todo o contexto para poder atribuir ou não a responsabilidade aos pais, ou a um deles, pela reparação civil, devendo apreciar como bem explanou Maria Milano Silva (2005, p. 132) “se o menor agiu por si mesmo, se os pais poderiam lhe ter dado outra educação [...] se a falha na educação é atribuível somente aos pais, ou também a outras figuras, como representantes da escola, por exemplo”.

4.2.3 Pensão alimentícia e visitas

Uma outra questão a considerar é a obrigação alimentar dos pais para com os filhos, que está prevista no artigo 1566, inciso VI do novo Código Civil, no qual fala do dever de sustento dos filhos por ambos os cônjuges e no artigo 1696 também do novo Código Civil, que diz serem os alimentos recíprocos entre pais e filhos e extensivos a todos os ascendentes, em compasso com o que reza o artigo 229 da Constituição Federal de 1988.

O termo alimentos para a doutrinadora Maria Helena Diniz (2002, p.466) compreende:

O que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação [...]. O fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade familiar, pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco que o liga ao alimentado.

O fundamento da obrigação alimentar é, sem dúvida, o dever de solidariedade entre os homens, sendo mais acentuado entre pais e filhos, pessoas que se encontram em grau extremo de proximidade, e muito mais presente quando dissociada a família. Assim, a obrigação de contribuir para a manutenção dos filhos, também pesa para ambos os genitores, independente da guarda ser exercida exclusivamente ou não.

A Lei nº 6.515/77, Lei do Divórcio, também traz um dispositivo genérico sobre alimentos, em seu artigo 20, que diz que os cônjuges separados judicialmente contribuirão para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos. Nesse caso, a Lei não estabelece uma igualdade numérica de contribuição econômica, podendo os pais formular vários arranjos, como por exemplo, apenas um dos genitores ficar com a obrigação, ou ambos contribuem, ou ainda um contribuir com mais recurso que o outro, etc.

O descumprimento desse dever alimentar, que frequentemente leva os pais aos Tribunais e, às vezes, à prisão, acabam por aumentar ainda mais os conflitos

parentais, produzindo efeitos devastadores sobre os filhos, pois de um lado há o afastamento progressivo entre pais e filhos e por outro a constante cobrança, quase sempre da mãe, relacionada ao efetivo e correto pagamento dos alimentos.

Se na família unida, ambos os genitores concorriam, na proporção de seus recursos, para a necessidade de todos, na família decomposta o mesmo proceder é de ser exigido. Aqui reside a grande vantagem da guarda compartilhada, pois por ser um meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos. Isso acontece porque quanto mais o genitor se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão.

Neste novo modelo de guarda pai e mãe decidem, de comum acordo, o montante da pensão, conforme as possibilidades de cada um e a necessidade da criança. Salientando Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 276) que quanto maior o entendimento entre os ex-cônjuges, melhor a solução encontrada em matéria de alimentos.

O mesmo se pode dizer a respeito das visitas, já que o que prevalece para decidir a respeito é o concreto entendimento entre os genitores. Os pais possuem, pois, o direito de visitar os filhos, regra contida no artigo 1589 do novo Código Civil, na medida do acordado ou decidido pelo juiz. Essa providência assegura a permanência dos laços afetivos entre os pais e filhos, fragilizados pela separação.

Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 222) ao conceituar o instituto explica que:

O direito de visita não é um direito dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei

impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho.

Desse modo, deduz-se que o direito de visita constitui um poder-dever, tendo por finalidade amparar em toda a sua extensão as necessidades afetivas e educativas dos filhos, argumento que encontra respaldo na guarda compartilhada, que visa atribuir 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.

Um recente acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, por sua 7ª Câmara Cível, reconheceu ao filho o direito a ter reparados os danos morais decorrentes do abandono paterno, fixando indenização correspondente a 200 salários mínimos. A decisão ficou assim ementada:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004).

Tratava-se de caso em que o genitor, após a separação judicial do casal, embora continuasse a prestar regularmente alimentos ao filho que, então com seis anos de idade, permaneceu sob a guarda materna, abandonou-o afetivamente, deixando de ter com ele qualquer contato, não atendendo à suas súplicas.

Reconhecido o dano psíquico sofrido pelo filho, foi fixada em seu favor uma indenização correspondente a 200 salários mínimos.

Entretanto é essa uma questão ainda em fase embrionária de decisões, da qual não tem jurisprudência a respeito, quer pela dificuldade da prova dos danos, quer pela definição da própria atribuição do ônus da prova. Além do mais, a concessão de indenização em casos como esses representa excessivo alargamento do conceito de danos indenizáveis, e acabam por incentivar a monetarização do afeto.

Nesses casos, ressaltam-se, ainda mais, as vantagens advindas da guarda compartilhada que seria a melhor solução para evitar-se o distanciamento dos filhos em relação aos pais, vindo a preservar a criança, no que diz respeito à convivência com os pais, de tal sorte que não ficasse privada da atenção, carinho e amor que tem direito de receber de ambos os pais.

4.3 Importância da inclusão do instituto no ordenamento jurídico brasileiro

Dentro da idéia da interdisciplinaridade que permeia esse modelo de guarda, busca-se também um novo modelo de relacionamento familiar que possa abarcar as novas transformações ocorridas nos últimos tempos, e, porque não dizer, das que estão por vir.

A contribuição do conceito de guarda compartilhada pode ser analisada sob três ângulos: o legislativo, o social e o psicológico. Dentro do plano legislativo, a guarda compartilhada permite ao juiz ter em mãos um dispositivo legal para propor

um máximo de união dos pais em torno do cuidado aos filhos, além de remetê-los à importância que ambos têm para suas crianças. Socialmente, é inegável a contribuição da ordem jurídica na mudança dos costumes. Já do ponto de vista psicológico, tem-se que a guarda conjunta, uma vez aceita, ensejaria um incremento do relacionamento pais e filhos, reforçando o desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda.

A guarda compartilhada almeja minorar as repercussões negativas nos filhos quando da separação ou divórcio de seus pais e, qualquer norma que veicule essa idéia terá a perspectiva de dar aos pais essa visão que privilegia as crianças e o relacionamento com elas.

Pode parecer ingênuo imaginar que essa é uma forma de estimular a relação pais-filhos, mas não é; sabe-se hoje do poder da comunicação e de quantas mudanças são obtidas a partir da discussão de idéias novas. Além disso, deve ser reconhecida a força que figuras como a do juiz e do advogado de família tem sobre os cônjuges em crise. Na medida em que estão mais abertos a receber apoio deles, esses pais podem se abrir a novas concepções do trato à prole e serem agentes dessa mudança de mentalidade tão importante àqueles que militam na área infantil.

Outro aspecto que pode ser destacado é o fato de que a guarda compartilhada daria uma outra conotação ao instituto do poder familiar, na medida em que rompe com a idéia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar. Nesse mesmo contexto, tira da idéia da guarda a sua conotação de posse, privilegiando a idéia de estar com alguém, de compartilhar, sempre no sentido de uma nova concepção de família, voltada para o melhor interesse das crianças, e, por conseqüência, dos pais.

A falência do antigo modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo fez surgir um novo modelo relacional para o casal que repercutiu também nos casais separados, porque é algo que se atém ao íntimo das pessoas envolvidas e que segue sendo parte de seu comportamento. Nesse novo modelo cada ex-cônjuge respeita o outro, aceita seu papel de genitor dos filhos havidos em comum, e luta para manter uma unidade no que se refere ao cuidar dos filhos.

Tudo isso converge para uma nova perspectiva ética onde o respeito mútuo, a colaboração, a liberdade, e a verdade são privilegiadas, dentro de um prisma onde a criança só tem a ganhar, uma vez que crescerá em um ambiente mais propício à troca e à liberdade de ser.

Nesse sentido, a adoção da guarda compartilhada se reveste de uma importância extraordinária, pois é o veículo através do qual se pode incentivar os pais a dividir o cuidado aos filhos, acabando com a praxe de conceder a guarda à mãe, buscando caminhos alternativos que contemplem também o genitor, que reforcem a frequência de visitação e o convívio pais-filhos, e que induzam os genitores a pensar no melhor interesse das crianças.

Cabe agora, introduzir junto com a lei, programas de governo que incentivem a nova prática e auxiliem aos casais a elaborarem esquemas que efetivamente funcionem como é o caso da mediação. Tais programas deviam revestir-se na ideologia propugnada pelo Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8069/90) e com amparo na abordagem interdisciplinar, para fornecer aos pais informações sobre as necessidades das crianças, a adaptação ao divórcio e de como permanecer genitor após a separação. O psicólogo clínico e também bacharel em Direito Haim Grunspun dá a idéia de como a mediação é importante:

O processo de separação é sempre doloroso, para o casal para os filhos e até para os magistrados que gostariam determinar cada tragédia de separação o mais rápido possível. [...] No processo judicial as emoções humanas mais intensas são exibidas e procuram envolver os profissionais. Medo, hostilidade, ódio, vingança, depressão e ansiedade, fazem os elencos das emoções geralmente experimentadas por pessoas que enfrentam a separação. O mediador usa de estratégia e técnica que procuram evitar a exteriorização dessas emoções entre as partes, fazendo um projeto e um plano familiar onde os filhos são os centralizadores do processo. Não significa que a mediação é mágica na resolução das separações. Precisamos mais difundir entre o público a mediação e seus benefícios para ser procurada voluntariamente com consenso entre as partes.

Vale salientar que a disponibilidade para atender a programas de apoio a casais divorciados deve ser avaliada em cada caso, bem como o grau de conflito entre os ex-cônjuges, o nível cultural e o desejo de estar na companhia dos filhos.

Com isso, fica claro que a guarda compartilhada deve ser sempre cogitada entre outras opções, dentro da perspectiva e disponibilidade de cada casal. Se ao juiz é dada a opção de oferecê-la aos dois genitores e isso for o melhor para eles e para os filhos, ele pode homologar um acordo com um plano previamente traçado de como esses pais irão criar suas crianças. A maneira como ele vai ser feito também pode ser fruto de uma elaboração conjunta, onde ambos os genitores participam, com a acessoria dos profissionais necessários, e, eventualmente, com a participação dos filhos.

CONCLUSÃO

O instituto da guarda compartilhada foi favorecido por um contexto histórico, onde a inserção da mulher no mercado de trabalho, a consolidação da igualdade entre homem e mulher, e o maior aprofundamento trazido pelas contribuições de vários campos do saber, exigiu um novo entendimento acerca do que abrange o melhor interesse da criança, quando da separação de seus pais.

Observou-se que é na ruptura da convivência conjugal que a lei determina a atribuição da guarda a um dos genitores, exigindo de todos os membros da família, em especial dos filhos, uma grande adaptação para não passarem por situações de depressão, baixa auto-estima, problemas de saúde e baixo rendimento escolar dentre outros malefícios.

A guarda, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda arraigada por teorias ultrapassadas e preconceituosas é atribuída quase sempre à mãe, desconsiderando a isonomia entre homens e mulheres prevista na Constituição Federal de 1988, dispensando a figura paterna na criação dos filhos, esquecendo os magistrados que um dos fatores determinantes para o ajustamento da criança após a separação e em geral para sua vida é o envolvimento ininterrupto dela com ambos os genitores.

Apesar da guarda exclusiva ser o modelo de guarda mais adotado no Brasil, modelo este que atribui a um dos pais (guardião) a guarda física e jurídica, enquanto ao outro cônjuge (não guardião) será atribuída apenas a guarda física, existem outros, dentre os quais destacou-se a guarda compartilhada que veio para oferecer algo a mais ao nosso ordenamento acabando com as visitas quinzenais típicas dos

arranjos jurídicos ainda hoje utilizados e que na maioria das vezes tem efeito nocivo sobre o relacionamento entre pais e filhos.

Começou-se a perceber que a guarda única não priorizava o interesse da criança, uma vez que com o tempo o não guardião acaba se afastando do filho, em virtude não conseguir participar de sua vida, seja por causa do guardião dificultar o acesso ao seu filho ou pelo pouco tempo de contato que tem com ele, normalmente finais e semana alternados, tornando-se, assim, um mero pagador de pensão alimentícia.

Dentro desta óptica, a guarda compartilhada busca propiciar a convivência dos filhos em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma co-participação em igualdade de direitos e deveres, equilibrando os papéis parentais e, acima de tudo, visando o bem estar dos filhos menores.

Observou-se também que há duas correntes que permeiam o instituto, atualmente, uma defendendo apenas a guarda compartilhada jurídica e outra a guarda compartilhada jurídica e física. A partir desse ponto passou-se a ser analisado os dois posicionamentos com suas possíveis conseqüências, verificando-se que a guarda compartilhada jurídica acompanhada de um amplo regime de visitas seria o melhor para o interesse da criança, devido à preocupação de se evitarem prejuízos à saúde emocional e mental da mesma.

O importante é que o filho tenha residência fixa, seja na casa do pai ou da mãe, ficando apenas compartilhado as responsabilidades e as decisões relativas aos filhos, como educação, lazer, religiosidade, etc., sem existir a figura da fiscalização ou da imediatidade. Isso já seria bastante para que o genitor que não tivesse a guarda física se tornasse mais presente na vida do seu filho, havendo um

incremento da visitação e do convívio, pois teria sempre que acompanhar de perto o desenvolver de sua *prole* para poder tomar suas decisões acerca dos mesmos.

Compartilhar o cuidado aos filhos significa dividir o trabalho e a responsabilidade, dando aos pais mais espaço para outras atividades, bem como diminuindo os sentimentos de culpa e frustração que podem sentir aqueles que não cuidam de seus filhos.

Este modelo de guarda já vem conquistando espaço no cenário jurídico internacional, tal como na França, Canadá, Inglaterra e, principalmente, nos Estados Unidos, onde já se admite o modelo da guarda compartilhada quase por unanimidade, reequilibrando os papéis parentais e colocando a criança no centro a questão, não importando o interesse dos pais.

Sua aplicação em nosso ordenamento jurídico, apesar de ainda não haver tratamento legislativo específico, é plenamente plausível, haja vista a permissão que emana da hermenêutica. Evidenciou-se ser este o mais compatível instituto com os princípios constitucionais, principalmente o da isonomia e o da proteção ao melhor interesse da criança. Ademais, encontra respaldo nos artigos nove e 13 da Lei nº 6515/77 (Lei do Divórcio), pelo novo Código Civil de 2002 nos artigos 1583 e 1586 e pelo Enunciado 101 do STJ, aprovado na Jornada de Direito Civil, o qual ainda seguirá para a Comissão, órgão que lhe dará a redação final.

Alguns tribunais brasileiros passaram, ainda que timidamente, a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, faz-se imprescindível, o desenvolvimento de estudos específicos sobre o tema para que os magistrados possam se orientar e decidir, respeitando sempre o melhor interesse da criança, cabendo agora a boa hermenêutica, a doutrina e

jurisprudência, enquanto ausente uma norma positiva específica, estabelecer soluções que privilegiem esses laços familiares.

Os juristas perceberam as vantagens que a guarda compartilhada proporciona para as crianças, ajudados por estudos científicos que demonstraram que o desenvolvimento psicoemocional das crianças que desfrutam deste modelo é de grau mais elevado, são mais pacientes, pois possuem escores similares às de crianças de famílias felizes, além de ser um fator encorajador da cooperação entre os pais e desencorajador de atividades egoístas.

Para que o novel instituto possa ser adotado é necessário que haja concordância dos genitores, pois se juridicamente são responsáveis pelos atos de seus filhos, circunstâncias civis surgirão onde, inúmeras vezes, terão ambos que suprir ou complementar a vontade do menor, logo, se o relacionamento pós-conjugal for belicoso, os prejuízos serão maiores com a guarda compartilhada do que os benefícios.

Dentro deste entendimento, constatou-se que a mediação familiar é um instrumento rico a ser experimentado no atendimento a casais que se separam, uma vez que possibilita o aporte de meios para uma maior comunicação e o encontro de soluções mais exeqüíveis, focando itens fundamentais como: pensão alimentícia, visitação (incluindo férias, possibilidades de alteração de horários, e opções para que o genitor que não detém a guarda possa ver mais os filhos), tomada de decisões importantes quanto à criança (escola, problemas de saúde, religião, etc.), e previsão de situações de mudanças na vida dos ex-cônjuges que alterem significativamente alguns dos itens acima (inclusive com uma nova reunião com o mediador, caso seja necessário).

Havendo, então, a possibilidade de dar guarida para um novo sistema de guarda, no caso a compartilhada, no direito brasileiro, através dos instrumentos legais apontados neste trabalho, não se vê por que continuar mitigando, através de sistemas que já se mostraram insatisfatórios, um problema cuja solução só viria acarretar vantagens aos filhos menores, ao seu direito de conviver com ambos os pais, após a ruptura do vínculo conjugal.

Do exposto, conclui-se que é primordial que o Poder Público procure cada vez mais fórmulas seguras, objetivando a estruturação do modelo ideal, para que se aperfeiçoe a correta orientação a ser dada às crianças, futuro da nação, oferecendo-lhes uma estrutura adequada para a formação de seu caráter e de sua personalidade no âmbito familiar, podendo a guarda compartilhada provocar um melhor vínculo entre os componentes das famílias transformadas, fazendo justiça aos filhos de pais que não mais convivem, aumentando a responsabilidade parental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA Giselle Groeninga; BARBOSA, Águida Arruda; NAZARETH Eliana Riberti. *Mediação: Além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no Direito de Família - A experiência brasileira*. Publicada na Revista Brasileira de Direito de Família nº 07 - out-nov-dez /2000.

AZEVEDO, Maria Raimunda Teixeira. *A guarda compartilhada*. Realizada em 25 de abril de 2001, no clube dos advogados/RJ. Disponível em: <http://www.rj.apase.org.br/14002-aguardacompartilhada.htm>. Acesso em: 03 out. 2005.

BESSA, Gabriela. *Pais Separados: Como Lidar Com Seus Filhos?* 2005. Disponível em: <http://www.existencialismo.org.br/psicoterapeuta/gabriela.html>. Acesso em: 14 out. 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 18 ed. aum. e atual. com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

EMERY, R. (1982). *Interparental conflict and the children of discord and divorce*. Psychological Bulletin, 92, p. 310-330. Disponível em: <http://fs-morente.filos.ucm.es/publicaciones/iberpsicologia/indiceip2.htm>. Acesso em: 15 ago. 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. *A guarda compartilhada no novo Código Civil*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 108, 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4285>. Acesso em: 03 jul. 2005.

GRUNSPUN, Haim. *Mediação Familiar - o mediador e a separação de casais com filhos*. Revista Catharsis. Disponível em: <http://www.revistapsicologia.com.br>. Acesso em: 27 out. 2005.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Guarda Compartilhada: A Difícil Passagem da Teoria à Prática-doutrina*. São Paulo: editora de direito, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada. Novas soluções para novos tempos. Direito de Família e Ciências Humanas. Cadernos de Estudos Brasileiros*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *A repersonalização das relações de família*. Revista Jurídica Consulex – Ano VIII – Nº. 180, 15 de julho/2004.

NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda Compartilhada: um novo enfoque aos filhos de pais separados ou divorciados*. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <http://www.rj.apase.org.br>. Acesso em: 21 ago. 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. V. 36. Porto Alegre: *Ajuris*, 1986.

SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

SILVA, Evandro Luiz. *Guarda Compartilhada: A importância de ambos os pais na vida dos filhos*. Florianópolis, 2003. Disponível <http://www.apaserj.com.br>. Acesso em: 10 out. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ANEXOS



A Madrasta

Guarda dos Filhos

Pensão e Alimentos

Mediação

Pro-Criando

Homem & Pai

Sexo e Sexualidade

PROJETO DE LEI Nº 6350, DE 2002 Guarda Compartilhada dos Filhos

Deputado Tilden Santiago

PROJETO DE LEI Nº 6350, DE 2002
(Do Sr. 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.

imprimir

VOLTAR
enviar texto

APASE - Associação de Pais e Mães Separados
www.apase.org.br

Projeto de Lei instituindo a mediação no Brasil, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra.

PROJETO DE LEI NÚMERO 4.827, DE 1998.

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O Congresso Nacional decreta:

ART. 1º. – Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo primeiro: É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

ART. 2º. – Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

Parágrafo 1º. – Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam as exigências deste artigo.

Parágrafo 2º. – No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

ART. 3º. – A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

ART. 4º. – Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único: O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º. – Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos próprios de sua matéria.

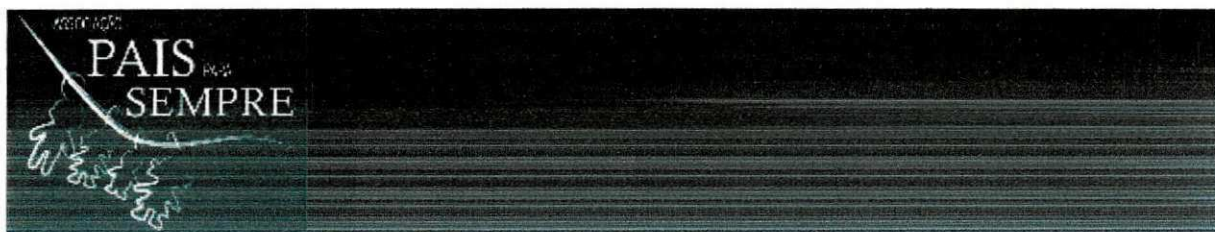
ART. 6º. – Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

ART. 7º. – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

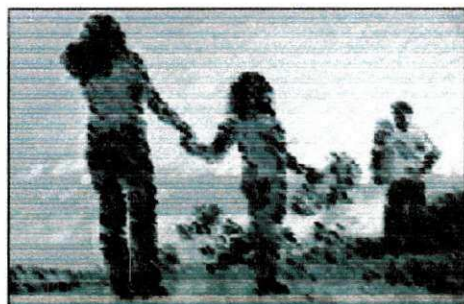
ZULAIÊ COBRA RIBEIRO

Deputada Federal PSDB/SP

Fonte: www.camara.gov.br



Guarda Compartilhada no STJ



Enunciado do STJ interpretando que o termo "guarda de filhos" compreende a guarda compartilhada ou unilateral

Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ.

101 – Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

102 – Art. 1.584: a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança.

Analise os artigos 1583 e 1584 do novo Código Civil.

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.

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

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