



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

GIOVANNA PEREIRA VIANA

GUARDA COMPARTILHADA: SUA INVIABILIDADE NA SEPARAÇÃO
LITIGIOSA

SOUSA - PB
2009

GIOVANNA PEREIRA VIANA

GUARDA COMPARTILHADA: SUA INVIABILIDADE NA SEPARAÇÃO
LITIGIOSA

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.

Orientador: Professor Esp. João de Deus Quirino Filho.

SOUSA - PB
2009

GIOVANNA PEREIRA VIANA

GUARDA COMPARTIHADA:
SUA INVIABILIDADE NA SEPARAÇÃO LITIGIOSA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^o João de Deus Quirino Filho

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof^o João de Deus Quirino Filho
Orientador

Examinador interno

Examinador externo

Ao meu filho.
Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, Ele que conduziu a minha vida de uma forma tão sublime e me guiou na escolha do curso certo, no qual, eu não me arrependi em nenhum momento. Agradeço a Sua fidelidade em minha vida por não ter deixado que eu desistisse dessa árdua e prazerosa graduação. Sou grata por Ele ter sido a todo o tempo muito bom para mim, pelo dom da vida e pela conquista de mais uma vitória: a conclusão do curso de Direito.

Ao meu filho Francisco, que neste momento em que escrevo essas linhas está a mais de doze dias sem minha presença, tempo máximo que ficamos separados, tempo cruel que despedaça meu coração de saudade, mas que ao mesmo tempo me encoraja para que eu continue firme e forte, foi justamente pensando nele que segui em frente e a ele que dedico essa vitória.

Ao meu pai Giovane Abílio Viana, pois sem ele jamais estaria realizando este tão esperado sonho. Obrigada pelo esforço, apoio, carinho e por ter sido o meu exemplo de perseverança de vida. A você, a minha inteira gratidão, o meu total respeito e amor.

À minha mãe, Maria do Socorro Pereira Viana, por ter sido não só a melhor mãe, mas a minha melhor companheira. Obrigada pelo seu amor, pelos conselhos sempre tão preciosos e certos, pelo apoio em todas as minhas decisões e por compartilhar comigo os sonhos e principalmente, obrigada por tantas renúncias pessoais que fizeste ao longo da vida por mim. Obrigada por ser a minha maior inspiração e exemplo de mãe.

A minhas irmãs, Lorena e Larissa, pelo carinho e momentos de cumplicidade. A Tia Ló que tanto me ajuda com Francisco, minha mais sincera gratidão, por ter sempre me ajudado no que eu precisei. A gorda porque eu sei que ela é minha fã.

A uma pessoa muito especial que não se faz presente fisicamente, Francisco de Assis Paulo Junior (Juninho), mas tenho certeza que, onde ele estiver estará vibrando comigo em pensamento.

À minha família, por todo o afeto e dedicação. A minha avó Anália, por ser tão maravilhosa e presente na minha vida, obrigada por tudo. A minha avó Chiquinha que mesmo na ausência sei que ela reza pela minha felicidade. Ao meu tio Didi, que nunca se esquivou nos momentos que precisei, meu muito obrigada. Aos meus padrinhos Narciso e Dalila pelo incentivo e por desejarem o meu sucesso. A minha tia Isaura pó seu carinho e atenção. Aos meus tios Alcelinda e Renê , por estarem sempre presentes em minhas conquistas. À minha tia Marúzia por sei singelo amor.

Aos meus eternos sogros, Assis e Koka, pelo carinho, e dedicação que tem a Francisco na minha ausência, por me ajudarem tanto em sua educação por toda a sabedoria e ensinamentos compartilhados comigo. A eles agradeço a amizade e o afeto.

A minha prima Anne e ao amigo Gustavo Lyra que me servem como expiração de profissionais e família linda que são. Obrigado pelo apoio moral que mesmo de longe vocês me dão.

Aos colegas de turma que se tornaram amigos para uma vida inteira, em especial à Mayara Meneses, Felipe Batista, Jéssica Medeiros Marília Rufino, Marilda Perazzo, Jullyanne Rocha. Agradeço não só os momentos de alegria, mas os de tristeza. E de apoio quando precisamos de um favorzinho aqui outro ali.

Aos meus eternos amigos, Hamanda, Felipe, Alice, Clarissa, Jaliese, Meryelle, Janduí, por tantos momentos agradáveis e por toda a amizade verdadeira.

Ao professor e orientador, João de Deus Quirino Filho, pela dedicação, atenção, disponibilidade, confiança, por todo conhecimento transmitido e pelo exemplo de profissional

Aos meus queridos amigos do G8 – Dany, Margela, Jamilla Oliveira (Babila), Joseph, Renato, Talissa, e Tiago Lacerda pelos melhores momentos já vividos nesse fim de curso, sei que ainda não vivemos o que temos pra viver juntos, mas não encaremos isso com tristeza porque certamente levarei vocês pra vida toda.

A minha companheira de apartamento Ana Laura que tanto me dá trabalho, afinal eu que to terminado de criá-la, mas que não deixou de me ensinar muita coisa, e de me arrancar muitos sorrisos nos momentos de depressão.

Enfim, a todos àqueles que contribuíram direto e indiretamente para essa realização conjunta. Agradeço àqueles que apostaram e aos que desacreditaram, agradeço aos que investiram e torceram, a soma dos seus desejos e sentimentos me manteve forte e impulsionada a VENCER!

Os pais podem dar alegria e satisfação a um filho, mas não há como lhe dar
felicidade.
Os pais podem aliviar sofrimentos enchendo-o de presentes, mas não há como lhe
comprar a felicidade.
Os pais podem ser muito bem sucedidos e felizes, mas não há como lhe emprestar
a felicidade.

Mas ao pais podem aos filhos
Dar muito, amor carinho, respeito,
Ensinar tolerância, solidariedade e cidadania,
Exigir reciprocidade, disputa e religiosidade,
Reforçar a ética e a preservação da Terra.

Pois é de tudo isso que se compõem a auto-estima.
É sobre a auto-estima que repousa alma,
E é nessa paz que reside a felicidade.

Içami Tiba

RESUMO

Esse estudo científico expõe à apresentação da inviabilidade da guarda compartilhada na separação litigiosa. Abordará o que seja o instituto da guarda de, maneira geral, no Direito de Família, esmiuçando suas modalidades e os critérios para sua determinação, além de verificar as transformações no decorrer da história devido ao fato, principalmente, da mulher ter conquistado seu espaço profissional, será analisado nesse estudo para se entender como deve ser deferida a guarda nos processos atuais. Faz-se uma análise detalhada do que vem a ser a guarda compartilhada, como se chegou a tal solução, como era possível e aceita no ordenamento pátrio antes da promulgação de sua lei nº 11.698 de junho de 2008, examinando também suas vantagens e desvantagens. Por fim, mostra-se a hipótese vantajosa da guarda conjunta nos casos de separação consensual e sua ineficácia nos casos litigiosos porque os fundamentos psicológicos dão base para tal dedução. Ainda aponta suas conseqüências como mudança de domicílio, formação educacional, alimentos, visitas e responsabilidade civil. Foram usados os métodos exegético-jurídico, para a análise interpretativa das prerrogativas legais referentes ao tema; e o histórico evolutivo, que busca apresentar a evolução do Instituto da Guarda Compartilhada. Busca-se-á por meio do presente trabalho científico fundado em uma generosa pesquisa bibliográfica, recolher argumentos, levantar sugestões para o enriquecimento dos debates acerca do tema.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Separação Consensual; Separação Litigiosa.

ABSTRACT

This scientific study it displays to the presentation of the unfeasibility of the guard shared in the contentious separation. Explana what it is the institute of the guard of, general way, in the Family law, esmiuçando its modalities and the criteria for its determination. The guard suffered mutations in elapsing of history due to the fact, mainly, of the woman to have conquered its professional space, is analyzed in this study to understand itself as it must be granted the guard in the current processes. A detailed analysis becomes of what it comes to be the shared guard, as was arrived at such solution, as was possible and accepted in the native order before the promulgation of its law n ° 11,698 of June of 2008, also approaching its advantages and disadvantages. Finally, advantageous hypothesis of the joint guard in the amicable separation cases reveals to it and its inefficacy in the litigious cases because the psychological beddings give base for such deduction. Still it points its consequences as change of domicile, educational formation, foods, visits and civil liability. The methods had been used exegetic-legal, for the interpretative analysis of the referring legal prerogatives to the subject; e the evolutive description, that it searches to present the evolution of the Institute of Shared Guarda One searches by means of the present scientific work established in a generous research bibliography, to collect arguments, to raise suggestions for the enrichment of the debates concerning the subject.

Word-key: It keeps Shared; Amicable separation; Contentious separation

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMASEP – Associação de Mães e Pais Separados do Brasil

APASE – Associação de Pais Separados

IBGE – Instituto Brasileiro

PARTICIPAIS - Participação do Pai na Vida de Seu Filho

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DO INSTITUTO DA GUARDA	16
2.1 MODALIDADES DE GUARDA.....	19
2.2 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA.....	21
3 DA GUARDA COMPARTILHADA	26
3.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA PROMULGAÇÃO LEI N° 11.698/2008	28
3.2 A LEI 11.698/2008 E SUAS INOVAÇÕES	30
3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	33
4 GUARDA COMPARTILHADA X SEPARAÇÃO LITIGIOSA	38
4.1 FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS	42
4.2 CONSEQÜÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS DA GUARDA COMPARTILHADA	44
4.2.1 Mudança de domicílio	45
4.2.2 Formação educacional.....	46
4.2.3 Do direito a alimentos e visitas.....	48
4.2.4 Responsabilidade civil.....	50
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Onde está a sociedade, aí está o direito, isso traduz a imprescindibilidade do direito ainda mais na instituição familiar. Havendo um único homem, não há o que se falar em direitos e muito menos em obrigações; porém se há relação entre homens, mínima que seja, aí surge o Direito, limitando direitos e estabelecendo obrigações, até nas relações mais íntimas como as familiares, ele não deixa de dá sua contribuição.

A Guarda, de modo geral, é uma fonte inesgotável de novas teses e discussões jurídicas, seja no seu modo de guarda única, seja na modalidade compartilhada, é sempre tema polêmico, uma vez que está diretamente ligado ao seio da família, quer seja pelo casamento, quer seja pela união estável. Afinal é a proteção dos filhos, figuras de maior relevância na vida de um casal, que está em pauta.

Essa importante instituição sofreu na legislação brasileira várias mudanças ao longo dos anos, ao passo que a família sofreu significativas alterações de acordo com a modernização do mundo globalizado e com a conquista feminina do espaço no mercado de trabalho, foi inevitável as transformações ocorridas no instituto da guarda. Teve, por fim, seu caráter fundamental reconhecido desde a Lei do Divórcio de nº Lei nº 6.515/77, passando pela Constituição de 1988, pelo Código Civil de 2002 e finalmente pela que instituiu da lei da guarda compartilhada.

Foi a partir da inafastável necessidade de se questionar os efeitos, os resultados, a eficácia, a eficiência, ou ineficiência, aplicabilidade e inaplicabilidade da guarda compartilhada, que foi dado encaminhamento a esse estudo.

Especificamente, tendo sobre a guarda compartilhada uma visão crítica e realista, não adstrita apenas aos lindes jurídicos, mas a tudo aquilo que busque amenizar a situação de consternação, de delicadeza que se encontra os filhos quando se deparam com a separação de seus pais, sob o enfoque da inaplicabilidade da guarda compartilhada na separação litigiosa, que chega-se aos objetivos dessa pesquisa.

Para tanto, foram usados os métodos exegético-jurídico, para a análise interpretativa das prerrogativas legais referentes ao tema; e o histórico evolutivo, que busca apresentar a evolução do Instituto da Guarda Compartilhada, a fim de

demonstrar, pois, seu valor prático, sua aplicabilidade de separação consensual, sua inutilidade nos casos de litígios e seu alcance em épocas distintas.

Quando fala-se em Guarda, é imprescindível que se faça uma comparação com o poder familiar para buscar-se maior compreensão do seu conceito e significado. Igualmente uma viagem pela sua evolução histórica, faz-se também uma menção a estrutura da mesma, abordando suas modalidades e especificando os critérios para a sua determinação. É no primeiro capítulo monográfico deste trabalho monográfico que vislumbra-se esta questão.

Mais adiante, no capítulo posterior, sobre a guarda compartilhada pormenorizadamente, será interpelado a efetiva possibilidade da modalidade no direito brasileiro antes da promulgação da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, para que se possa entender como se deu a publicação da mesma e o que ela veio oficializar, pois a mesma passou muito tempo sem norma expressa que o fundamentasse, no entanto, não havia lei alguma que a vedasse expressamente. Fala-se dos artigos. a Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente que possibilidade para esse novo modo de guarda fosse deferido pelos Tribunais.

Em seguida, faz-se alocução, as vantagens e desvantagens da guarda conjunta, mostrando que ela quando bem aplicada coloca realmente o princípio da isonomia conjugal em prática porque todas as responsabilidades para com os filhos devem ser tomadas em conjunto mesmo após a dissolução matrimonial, ressalta a importância da continuidade da relação entre pais e filhos depois da separação. Observa-se, entretanto, que para isso há que se existir uma convivência amigável entres os genitores, uma vez que, é de fundamental importância para o conflito emocional vivido pela prole nessa fase.

A análise sobre as divergências entre os estudos da guarda compartilhada, que envolve o cerne desse trabalho, no que diz respeito à separação litigiosa, mostra-se imperiosa, face aos argumentos opositores e prosélitos, a respeito do tema, trazendo a tona à questão: é possível sua aplicação na guarda litigiosa?

Desperta entre os jurista, profissionais do direito, psicólogos, psicanalistas, estudiosos, as mais diversas opiniões, confirmando-lhe a natureza polêmica, posto que se trata de assunto por demais delicado. Aqui serão explicitados argumentos a favor e contra a possibilidade da guarda conjunta nas separações de difícil acordo, e diferentes pontos de vista.

Por fim, tenta-se mostrar que a guarda compartilhada dos filhos é uma nova solução na área do Direito de Família, mas que só funciona quando adotada por casais que se separam e demonstram preocupação como desenvolvimento saudável e equilibrado dos seus filhos, numa verdadeira demonstração de amor e respeito pela prole enfatizando assim no terceiro e último capítulo os fundamentos psicológicos a ser feito por uma equipe interdisciplinar para que possa o juiz tomar a melhor decisão sobre a guarda do menor.

E ainda, foi de suma importância, devido ao fato de gerar uma nova realidade na vida da família, como um todo, esclarecer a conseqüências advindas da guarda compartilhada, tais como mudança de domicílio, desmistificando a idéia de que guarda conjunta é a mesma coisa que guarda alternada; formação educacional, que é uma das vantagens desse tipo de guarda, os pais poderem continuar na formação moral e intelectual dos filhos; alimentos e visitas, que se constitui mais em um direito-dever dos genitores e finalmente a responsabilidade civil dos pais por qualquer dano causado aos menores resultado de uma negligência de algum dos dois.

2 DO INSTITUTO DA GUARDA

O poder familiar torna-se efetivo através do direito de guarda dos pais para com os filhos menores, pois o mesmo compreende o dever de cuidado e vigilância sobre a prole, busca atender os interesses dos filhos que se encontra em condições peculiares de desenvolvimento.

O instituto da guarda, embora muito comparado com o poder familiar, não deve com ele ser confundido, uma vez que constitui-se um direito autônomo. O poder familiar é remetido à noção de poder-função, de um dever na verdade. Constitui-se um *múnus-público* imposto aos pais através da guarda dos filhos.

De Plácido e Silva *apud* Grisard Filho (2005, p. 53) ensina que o vocábulo guarda: “é derivado do alemão *wargen* (guarda, espera) é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância ou administração”.

O conceito de guarda é trazido pelo dicionário Aurélio da língua portuguesa (2000, p. 410) da seguinte forma:

Ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, guardamento; proteção, amparo, favor, benevolência; serviço de vigilância desempenhado por uma ou mais pessoas; homem encarregado de vigiar ou guardar alguma coisa, vigia, vigiador, sentinela [...]

O dicionário jurídico (2006, p. 339), por sua vez, traz um conceito um pouco mais específico, mais técnico, obviamente, qual seja:

Ato ou efeito de guardar; amparo e vigilância. Pessoa encarregada da função de guardar ou proteger. A Lei nº 6.515/1977 trata da guarda dos filhos no caso de dissolução da sociedade conjugal por separação judicial consensual: aos pais compete a guarda dos filhos. A Lei nº 8.069/1990 estabelece dispositivos para a guarda de menores, que poderá ser revogada a qualquer tempo (C.C., arts. 1.586 a 1.590; Lei nº 6.515/1977-Lei do Divórcio, arts. 9º e 16; Leis nº 8.069/1990-Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 33 a 45).

Tentando conceituar o instituto, Grisard Filho dissertou (2005, p. 52): “a guarda se refere se não como um dever comum, mútuo e simultâneo cometido aos genitores como efeito principal do casamento igualmente aos filhos extramatrimoniais reconhecidos”.

Para Borba (2005, p. 54) citado pelo autor supra mencionado: "o estudo da guarda compreende a vigilância, o direito de reter consigo os filhos menores, correlatamente a obrigação de estes viverem na casa de seus pais e a responsabilidade por danos causados"

E ainda, de acordo Moura (1993 p.15): "guarda em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico."

Em outras palavras, a partir do momento que nasce um filho, surge aí o direito-dever de guarda, então, ela corresponde a responsabilidade que os pais tem sobre os filhos independentemente de estarem casados ou não, os filhos tem o direito de ter uma assistência, moral, material, de conviverem com os seus genitores. Logo, a guarda vai garantir todos esses direitos aos infantes.

A estrutura matrimonial nos dias atuais está organizada de acordo com os interesses individuais de cada um, o casal divide suas tarefas conforme suas disponibilidades, isso é em relação a tudo no casamento; ao número de filhos, as despesas domésticas, a vida em comum, ao trabalho, o sexo; eles se organizam individualmente independente de qualquer razão. Talvez esse seja o motivo no qual a durabilidade nas uniões vem se tornando efêmeras. O casamento não tem mais o condão de garantir a união!

Inevitável, porém, é a dissolução do matrimônio em alguns casos, não existe lei humana alguma que faça com que duas pessoas se mantenham unidas sem terem mais o mínimo de afinidade, mesmo que na relação existam os seres a quem lhes deram a vida, nem estes são capazes de evitar o fim da sociedade conjugal.

O instituto da guarda é um dos ramos do direito que há tempos vive em constante mudança. Assim como todas as relações jurídicas do direito de família, logicamente não poderia ser diferente, pois, é a parte jurídica que trata do núcleo familiar. Questão por demais polêmica ao ponto de ser regido pelo direito público juntamente com o direito privado.

Dois são os modos de guarda que os pais podem vir a adotar com a desunião do casal, tanto judicial como consensualmente, a legislação vem, reiteradamente, tomando decisões no sentido de tentar dirimir o sofrimento que a separação e o divórcio causam, consoante, qualquer das medidas adotadas "são

meros paliativos diante de uma realidade inexorável” LEITE (apud WAMBIER;LAZZARINI,p.66,1996).

O Código Civil de 1916 já tivera a preocupação de discorrer no seu texto alguns artigos sobre guarda quando tratou da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos.

No início do século vinte quem detinha o poder econômico eram os homens, daí, como o critério primordial da época era financeiro, sendo assim, a guarda dos filhos após a ruptura conjugal sempre se encaminhava para o lado masculino.

Após a Revolução Industrial, que por sinal trouxe ânsia de igualdade para o mundo, foi que o contexto histórico começou a mudar, uma vez que, o homem saiu para o trabalho não tendo mais tempo suficiente para ficar responsável pela guarda do menor depois da dissolução do matrimônio. Passando essa tarefa para a figura feminina.

A Lei nº 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, continuou nessa mesma linha, quando em seu art. 10 afirmou que se ambos os pais fossem considerados culpados, os filhos ficariam com a mãe. Contrariamente esta lei trouxe outros dispositivos com significativas mudanças. Como por exemplo na dissolução consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (art. 9º), os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda educação (art. 5º § 2º), e um dos mais importantes, que diz que ocorrendo motivos graves, em benefício dos filhos, o juiz poderá sempre regular de maneira diferente (art. 13).

A Constituição Federal de 1988 foi que veio sustentar realmente o Direito de Família, quando consagrou o Princípio da Dignidade Humana, protegendo com isso os vínculos familiares, garantindo assim, o desenvolvimento da comunidade familiar.

O Código Civilista Pátrio também obedeceu às regras da Declaração Universal da Criança e seguiu veemente, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, princípio este, que orienta o juiz a determinar a guarda de acordo com os interesses dos filhos. Sendo assim: “decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revela melhores condições para exercê-la” (art. 1.584, CC).

Importante lembrar, que o Código Civil de 2002 não só tratou da guarda em decorrência da separação ou divórcio, como também da guarda do Estatuto da

Criança e do Adolescente, sendo esta decorrente do abandono e da orfandade, que não será objeto desse estudo.

Portanto, a guarda consiste no conjunto de direito e deveres impostos pelo ordenamento jurídico, de modo geral, em relação às pessoas e aos bens dos filhos, surgindo com o pátrio poder e tem caráter pessoal.

2.1 MODALIDADES DE GUARDA

A partir do momento que aparece a figura do filho no vínculo matrimonial ou na união estável surge o primeiro modelo de guarda, conhecida como guarda comum ou originária. Se os pais vivem juntos, a guarda dos filhos menores é exercida em iguais condições. Assim fundamenta o art. 226, § 5º da Carta Magna disserta que: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". E a respeito ensina Grisad Filho (2005, p. 80):

Consiste na convivência e comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada assim ao poder familiar não corresponde aos pais por concessão do Estado ou Lei, se não preexistente ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício.

Com a dissolução dos laços familiares surgem os processos de separação e divórcio, onde, inevitavelmente, inicia-se uma disputa para ver qual cônjuge vai ficar com a guarda dos filhos, tendo estes a que se submeter a uma guarda provisória até que o mérito da ação seja julgado, somente depois dessa fase do processo é que a guarda torna-se definitiva.

Entretanto, conforme o autor alhures mencionado (2005, p. 82):

A guarda nunca é definitiva, pois seu regime há de seguir a evolução das circunstâncias que evoluem a vida dos personagens. O interesse do menos há de ser satisfeito sempre e primordialmente. A cláusula *rebus sic stantibus* subordina, nessas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática mantiver a mesma

Outra situação muito delicada é a da guarda por terceiros ou por instituições, na qual tem relação com o poder discricionário do juiz, que dependendo da situação de fato, se for muito grave, pode ele entregar os filhos a terceiros, que pode ou não ser parente e que tenham real afinidade e condições para educar o menor. Sobre o assunto referente, o Supremo Tribunal Federal se posicionou em Recurso Especial nº 105.993-1:

O interesse prevalente da prole pode autorizar o magistrado a dispor no sentido de assegurar um conforto mínimo aos filhos do casal, indispensável a sua formação moral. Poderá o magistrado sobrepor a razão aos sentimentos em benefício dos menores, atento às circunstâncias de fato do processo.

É por esse motivo que o magistrado deve ter muita cautela para não se deixar envolver emocionalmente com o caso, deve analisar cada caso concreto porque sempre deverá priorizar o bem estar do menor, mesmo que para isso ele tenha que ficar sob a guarda de terceiros.

Não existindo parentes que abarque tais características, quais sejam, moral, educacional, material e sentimental será a criança entregue para uma instituição governamental. Assim garante o art. 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente (2009, p. 1046): "A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial".

A cisão do matrimônio não pode deixar que destrua a relação entre pais e filhos, uma vez que, o poder familiar não pode ser afetado pelas discórdias de uma separação. Para isso que existe a guarda judicial e material, como Gomes ensina (2005, p. 85):

A primeira consiste em ter o filho em sua companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. A segunda implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda for atribuída.

Uma das modalidades mais criticadas pelos juristas é a guarda alternada, visto que, ela vai de encontro ao Princípio da Continuidade, importantíssimo na

formação da personalidade e dos valores do infante. Ela é adotada de maneira que os filhos passam temporadas nas respectivas casas de seus pais, podendo ser uma semana, um mês, um ano, dependendo do que os pais acordarem sobre a situação. Ressaltando, porém, que a obrigações referentes à guarda é de dever de quem está com a posse do menor, cabendo ao não guardião o direito-dever de vigilância.

Ainda existe um modelo mais destrutivo ao relacionamento entre pais e filhos que é o da guarda dividida, nesse sistema a criança permanece em um lar fixo recebendo visitas periódicas dos genitores que não tem sua guarda. Aos poucos, gradativamente o afeto da relação vai desaparecendo porque o mínimo de convivência é preciso em qualquer relação de afeto.

Outra situação que parece irreal, talvez por isso não perdure muito tempo, é o do aninhamento ou nidação, essa espécie de guarda é de custo muito alto, pois os pais terão que manter três residências, funciona do seguinte modo, os menores vivem em uma casa separada dos pais, aonde estes se revezam mudando-se para a casa onde se encontra a prole por períodos alternados de tempo.

A última modalidade de guarda, que é a guarda compartilhada, será melhor apreciada nesse trabalho, posteriormente, nesse plano de guarda os pais dividem toda a responsabilidade legal e material em relação aos filhos, conjunta e igualmente, ou seja, os dois terão os mesmos direitos e deveres para com os filhos nas tomadas de decisões que os afetem de qualquer forma.

Motta (1998,p. 85) adverte que:

Tal modelo aproxima-se da chamada guarda alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempos alternados, porém diferencia-se daquela, pois a guarda legal conjunta implica que os guardiões legais sejam ambos os pais.

Nessa realidade os pais são flexíveis dividindo-se temporariamente de acordo com a conveniência dos filhos.

2.2 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA

Claro está que a legislação atual como um todo, não adota mais o critério culpa, nem tão pouco a preferência materna na escolha da guarda. O juiz de família será obrigado a obedecer algumas determinações para escolha de tal instituto, priorizando sempre o bem estar do menor que não tem culpa absolutamente de nada.

Seria muito simples se ao desfazimento conjugal os cônjuges resolvessem, entre si, qual o melhor modelo de guarda para os seus filhos, infelizmente a realidade é outra. A partir do momento que chega a real ruptura os sentimentos ficam a flor da pele, longos e dolorosos são os processo judiciais quando as partes não conseguem entrar em uma acordo que beneficie principalmente os filhos, que são as únicas vítimas. Por isso, importante se faz lembrar, que a família não deixa de existir, apenas passa a existir de outra maneira, mas "os filhos seguem sendo filhos e os pais sendo pais" (GRISARD FILHO, 2005, p. 69).

A principal regra a ser observada pelo magistrado é o interesse do menor, regra esta, de delicada observância, pois se quer existe conceituação dessa expressão, tratando-se apenas de critério discricionário do juiz, é ele que irá resguardar interesse morais, matérias, emocionais e espirituais do menor. Tamanha é sua responsabilidade que deverá analisar caso a caso, literalmente. Corroborando sobre o tema a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro::

17021696 - GUARDA E RESPONSABILIDADE - Quando a verdade da razão se apresenta, em sintonia com a verdade dos fatos é de se concluir pela verdade da justiça, assim é que há que ser reconhecido de direito o que já existe de fato, ou seja, a guarda compartilhada dos menores pelos conviventes. (art. 5º da LICC). Provimento do recurso para a concessão da guarda como requerida. (TJRJ - AC 3347/2001 - 1º C.Cív. - Rel. Des. Antônio Felipe Neves - J. 03.09.2001)

Segundo Oliveira Leite (2001, p. 72) a jurisprudência vem tentando conceituar o vocábulo que é de suma relevância para determinação da guarda como *in verbis*:

O desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a diferença manifestada pela criança a um de seus pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são encaminhados ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o interesse do menor.

Note-se que, o interesse moral e o material estão interligados entre si, óbvio que aquele se sobressai-se sobre este devido a toda uma formação ética e cultural. Nunca deverá ser priorizado o interesse material somente, até porque o genitor com maiores condições econômicas deverá dispor de tal na forma de alimentos obrigatórios aos filhos, independente de guarda.

Sendo assim, tratando-se de proteção a pessoa dos filhos, expõe Bittencourt (1984, p. 70-71) o interesse da criança é questão de puro fato: “ao juiz cabe aplicar o direito, flexível certamente, mas que impõe uns tantos limites de constrangimentos.”

Uma questão que deve ser apreciada, mas não determinante para o estabelecimento da guarda é a idade. Devendo certamente ela ser levada a pauta quando se tratar da primeira infância, que corresponde aos primeiros dois anos de vida, fase em que a criança necessita fisiologicamente dos cuidados maternal. Psicologicamente é provado isso como demonstra as psicólogas e psicanalistas Marraccini e Motta (1998, p. 346-357):

Do nascimento até por volta dos 18/19/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe, da qual não se discrimina e da qual depende quase que completamente para própria sobrevivência física e psicológica. A respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período.

O critério etário incide sobre as necessidades do menor, como no fator sexo, em que a momentos da vida que é importante e mais fácil que se discuta um problema com o genitor do mesmo sexo. A mãe tem mais aptidão para determinado conflito em que a filha possa vir a passar, assim como o pai com os respectivos filhos. Todavia, tanto a idade quanto o sexo não podem determinar o destino de uma guarda.

Um ponto de muito problemático é quando existem irmãos o litígio, porque toda a doutrina, jurisprudência e legislação aconselham que não se separem irmão nas separações judiciais, seria uma quebra no laço familiar muito forte, os irmãos perderiam com o tempo o afeto e o companheirismo. Claro que, excepcionalmente, quando existir um irmão, que, por exemplo, necessite estudar em uma escola especial que só tenha na cidade em que um dos pais reside, aí é, justificadamente, aceitável. Caso contrário, a regra é clara, não se separa irmãos.

A legislação pátria foi omissa no que diz respeito à ouvida do menor na "disputa". Outrora a tendência nos tribunais é que o magistrado escute o infante para que a sentença seja coerente com a realidade. De fato, se faz necessário o depoimento da criança quando esta já tem maturidade suficiente para tal, isso ocorre por volta dos 12 anos de idade, mas nada impede que uma criança com menos idade que seja precocemente madura seja ouvida.

A esse favor expressa Oliveira Leite (2001, p 206) "Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento da criança, nada impeça sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem."

Inadmissível, porém que se pergunte a criança com quem ela deseja ficar é uma situação muito melindrosa em que a ela se encontra, os filhos não se sentirão a vontade em fazer essa escolha. A não ser que (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 611, p. 98):

Uma vez que o menor tenha manifestado vontade no sentido de se ver-se custodiado por sua genitora, sendo o alvitre da assistente social, que acompanhou o caso, precisamente em apoio a tal deliberação, é de se dar procedência a ação de alteração de guarda movida pela mãe, cuja índole e temperamento a faz mais ternamente o infante.

Dentre estes critérios para a determinação da guarda, também está o comportamento dos pais, tanto moral quanto materialmente falando. É de suma importância essa observância, uma vez que, condutas reprováveis cometidas pelos pais devem ser sanadas da vida do jovem em formação. É mais do que justo que não se conceda a guarda a um pai ou a uma mãe que tenha comportamento imoral e censurável.

Assim sustenta Bittencourt (1984, p. 73):

Os pronunciamentos judiciais sobre guarda de menor devem tender a tender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfeixados nos seguintes pontos: o interesse da criança, as condições e os comportamentos dos pretendentes à guarda e a alterabilidade desta a qualquer tempo.

Hodiernamente, vem se implantando a pesquisa social, instrumento que muito tem ajudado nas decisões proferidas pelos magistrados, de origem francesa,

que aos poucos ingressou no processo familiar brasileiro. A investigação é feita por uma assistente social que penetra no seio da família e capta todas as informações possíveis para que seja prolatada uma justa decisão. A pesquisa abarca os aspectos objetivos e os psicológicos da situação LEITE (apud WAMBIER;LAZZARINI,p.82,1996).

A prática tem revelado a tendência de se fazer prevalecerem os fatores morais, afetivos e educativos sobre os dados materiais e estritamente econômicos, e entre estes fatores os tribunais tem levado em consideração elementos relativos à criança (idade, saúde, sentimentos do filho, necessidade de estabilidade), elementos relativos aos pais (disponibilidade educativa e afetiva, equilíbrio psicológico, moralidade de vida, condições matérias, etc.), e ao ambiente circundante (presença dos avós, novo casamento, concubinato).[O Direito (não sagrado) de Visita, Eduardo de Oliveira Leite, por Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini, p. 82]

Pode-se concluir que, para a atribuição da guarda sempre deve prevalecer o interesse da prole em detrimento de qualquer outra circunstância, obedecendo também o art. 227 da Constituição Federal, onde assegura que a família, a sociedade e o Estado devem priorizar a criança e o adolescente.

3 DA GUARDA COMPARTILHADA

Sábias as palavras de Clóvis Beviláqua quando dissertou “ao pai e a mãe incumbe, por natural afeição, por dever mora e obrigação jurídica, sustentar, guardar e educar aqueles a quem deram a vida; velar cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los, e prepará-los para a vida” apud (GRISARD FILHO; 2005 p.142). Estas responsabilidades atribuídas aos pais independem de relação existente entre os mesmos, os filhos necessitam do apoio moral, psicológico, afetivo dos pais independente deles conviverem entre si.

A separação dos pais, além de trazer sofrimento em razão da ruptura do vínculo conjugal, traz instabilidade emocional para os filhos, pelo afastamento físico dos genitores.

A guarda compartilhada surgiu para tentar dirimir as perdas advindas de uma separação judicial, a separação carnal dos pais não implica necessariamente, que um dos cônjuges tenha que se afastar dos seus filhos, o objetivo desse modo de guarda é diminuir o impacto negativo que a dissolução conjugal trás aos relacionamentos dos pais para com os filhos, por isso ela tenta manter os pais envolvidos na educação da prole mesmo após a ruptura.

Para o psicanalista Nick (1997, p.135) definiu:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores ('joint custody', em inglês) refere-se a possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüentemente tem uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês).

Por sua vez a desembargadora Maria Raimunda Texeira de Azedo, em artigo publicado (2001) definiu guarda compartilhada:

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 freqüentemente, ter uma paridade maior no cuidado a eles.

Todas as definições sobre guarda compartilhada versam em torno do mesmo paradigma, qual seja, a responsabilidade de ambos os pais nas decisões relativas aos filhos. Resume-se ao convite dos genitores separados para exercerem a autoridade parental em relação aos filhos, de forma conjunta e participativa, assim fortalecendo os laços afetivos desfeitos com o rompimento da relação conjugal, proporcionando aos pais a oportunidade de continuarem a exercer conjuntamente o poder familiar.

Entretanto, se faz necessário, para que a guarda conjunta atinja seu efeito principal, que os ex-casais tenham um bom relacionamento, caso contrário, fica muito difícil funcionar com ex-casais que não se entendem. Visto que, proporciona uma tarefa multidisciplinar para os dois na missão de zelar pela educação dos filhos, atendendo a alguns requisitos básicos, tais como, respeito mútuo, capacidade colaborativa, flexibilidade, disponibilidade física e afetiva, e, se possível, proximidade residencial.

A guarda compartilhada veio a calhar a partir do momento que a guarda única mostrou-se ineficaz e não satisfatória da defesa da harmonia familiar, claramente por privilegiar um dos pais na criação do filho, afastando conseqüentemente o não guardião do convívio diário. Uma vez que, torna-se inegável a evolução dos costumes e hábitos familiares, com as intensas modificações sofridas pelo direito de família, a proteção da pessoa dos filhos não poderia ficar impune a tais mudanças. Havia-se necessidade de uma solução para os pais que se separaram consensualmente e desejavam continuar participando da vida dos filhos.

Essa é a visão atual no que tange a guarda na separação consensual porque a possibilidade da guarda compartilhada na separação litigiosa pode trazer, ainda mais, pontos negativos ao psicológico da criança, a discórdia entre os pais nesse tipo de separação não comporta essa modalidade de guarda podendo ser muito prejudicial ao desenvolvimento emocional do infante, acarretando problemas como intimidações, perda de referencial, duplicidade de autoridade e problema de ajustamento.

3.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA PROMULGAÇÃO LEI N° 11.698/2008

O Direito Civil como um todo sofreu as mudanças ocorridas na realidade social do novo século, o sistema familiar conservador não foi diferente, também suportou as alterações advindas da revolução da tecnologia, dos costumes que modificou os velhos hábitos clássicos.

Esse sistema sofreu na legislação brasileira imposições no modo de se relacionar, daí buscou-se na ruptura conjugal um modo que os pais pudessem substituir a guarda única para serem atendidas as necessidades da realidade atual. Surgindo assim a possibilidade do compartilhamento dos pais no cuidado com os filhos menores.

A guarda conjunta passou a ser mais uma opção alternativa de guarda no direito brasileiro, assumindo um papel de extrema relevância, pois valoriza a convivência dos pais com os filhos menores. Assim, o Brasil seguiu as legislações estrangeiras e passou a adotar a guarda conjunta no direito pátrio para diminuir os impactos negativos que os conflitos familiares provocam em uma criança.

Ensina Grisard Filho (2005, p.156) que foi em 1986 o primeiro estudo realizado no país sobre guarda compartilhada, no Estado do Rio Grande do Sul pelo desembargador Sérgio Gischkow Pereira e envolveu profissionais do direito, da educação, da medicina da sociologia, entre outros. Foi difícil inicialmente o estudo devido a pouco material monográfico que se tem sobre o instituto da guarda.

Passou-se muito tempo sem norma expressa sobre, embora na prática forense tivesse bastante aceitação já que não existem regras proibitivas a sua aplicação, devido ser um meio possível que assegura aos pais uma igualdade de direitos e o melhor interesse do menor. Com a ratificação da Convenção sobre os Direitos e Garantias da Criança o Brasil ficou responsável por fundamentar o princípio que obriga ambos os pais no desenvolvimento e na educação dos filhos e faz com que seja preocupação fundamental.

Sendo assim, rasteando na antiga legislação o primeiro artigo que, implicitamente, possibilita o deferimento da guarda compartilhada é o art. 9° da Lei n° 6.515/77 (Lei do Divórcio) "no caso de dissolução de sociedade conjugal pela

separação judicial consensual, **observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos**". [grifos nosso]

O art. 1583 do Código Civil anterior a nova lei também dava margem a possibilidade da guarda conjunta "no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial consensual por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, **observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos**". [grifos nosso]

Como também, vários artigos constitucionais tais como o art. 5º, I que disserta acerca da igualdade entre o homem e a mulher; o art. 226, § 5º anteriormente já comentado; o 226, § 7º que faz referência ao princípio da paternidade responsável. O art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente que impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento; o art. 16, V desse mesmo estatuto garante ao menor o direito de participar da vida familiar; o art. 19 do estatuto em questão que diz que o menor deve ser criado e educado no seio da família; o art. 21 submete o poder familiar ao pai e mãe exercido em igualdade de condições e por fim o art. 22 incube conjuntamente a ambos o dever de sustento, guarda e educação.

Sem contar a regra do art. 1.586 do Código Civilista que é tido como regra geral "se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais". Esse artigo põe por terra qualquer regra anteriormente a ele, uma vez que, autoriza o juiz de acordo com seu poder de discricionariedade, determinar qual melhor modelo de guarda a ser aplicado no caso concreto. Está o juiz incumbido da responsabilidade de avaliar todas as possibilidades que melhor se adéqua a vida do menor.

Dessa maneira, em consonância com os artigos acima transcritos fica evidenciado que, se tratando de separação consensual, um divórcio consensual, ou uma dissolução de união estável consensual, poderia sim os cônjuges optar, ou mesmo magistrado opinar pela guarda compartilhada. Muito mais sensato adotar a guarda conjunta nas dissoluções consensuais porque subtende-se que não haverá problema em relação a valor de pensão alimentícia, partilha de bens essas empecilhos que sempre se transformam em verdadeiras guerras nos tribunais, por isso não fazer sentido a aplicação da guarda compartilhada nesses casos.

Pelo exposto, foi possível observar que o novo modelo de guarda nunca foi proibido na legislação pátria, pelo contrário, nosso direito sempre favoreceu a tal possibilidade. Assim afirma Sérgio Gischkow Pereira (1986, p. 61) “a guarda conjunta não esbarra em obstáculos no direito brasileiro”.

3.2 A LEI 11.698/2008 E SUAS INOVAÇÕES

Definitivamente a guarda compartilhada veio a ser objetivamente legislada com a promulgação da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. O instituto passou a ser regularizado, pois há alguns anos já vinha sendo apreciado pelos nossos tribunais. Por se tratar de um tema de delicadas decisões ainda havia resistência de juízes em alguns tribunais. Sendo assim, não restam dúvidas que o legislador ajudou, consideravelmente, o Poder Judiciário a melhorar a convivência entre filhos e pais separados.

Antes da criação da nova lei, a guarda era somente unilateral, ou seja, o filho ficava apenas com um dos pais e o poder de decisão sobre a criança cabia ao detentor da guarda. Com a guarda compartilhada, o pai e a mãe passam a dividir direitos e deveres relativos aos filhos, e as decisões sobre a rotina da criança e do adolescente. O tempo que a criança irá passar com cada um dos pais será decidido entre eles, e essas divisões serão feitas de maneira preferencialmente igualitárias.

Os dois passam a ser responsáveis pela criança. Questões relacionadas a escola, saúde e viagens por exemplo, passa a ser resolvida em conjunto. Vale lembrar que a guarda compartilhada não passou a ser obrigatória, o sistema pode ser determinado por consenso dos pais e erroneamente por determinação judicial quando não houver acordo entre os pais.

A jovem lei alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, compreendendo guarda unilateral como sendo a guarda “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua” (art. 1.583, primeira parte) e, por guarda compartilhada “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” (art. 1.583, segunda parte).

Uma das críticas que se fez em relação à lei foi a restrição que aparentemente, ela o fez citando apenas os genitores como sujeitos possíveis de adquirirem a guarda compartilhada. Entretanto, a interpretação não pode ser restritiva, até porque, existem julgados anteriormente a vigência da lei que concedeu a guarda compartilhada a pessoa diversa dos genitores. Como é o caso do julgado do Egrégio Tribunal de São Paulo, onde a Corte determinou o compartilhamento a um dos genitores e a avó do menor na apelação nº 5123364600 em 10 de setembro de 2007.

Ação de regularização de guarda de menor impúbere proposta pela avó materna à mãe da criança - Oposição trazida pelo pai - Julgamento de procedência, estabelecendo a guarda compartilhada entre a autora e o oponente - Apelo da ré improvido."

Tanto no Código Civil revogado quanto na nova redação o que prevalece é o interesse do menor, esse continua sendo o critério maior, podendo até mesmo ser denominado de princípio universal sempre que tratar de direitos da criança e do adolescente, em seus aspectos familiares e sociais. É ele que exerce a função de controle, regulação, e resolução de conflitos entre outros princípios. Ajudando assim na jurisprudência nos seus julgados como o seguinte do Tribunal de Justiça de São Paulo:

GUARDA DE MENOR - Decisão agravada que suspendeu o direito da mãe de ter seu filho nos dias estipulados no compartilhamento da guarda - Psicóloga que denuncia estar o menor sofrendo surras, falta de cuidados, bem como desabonando a conduta da mãe - Relatório subscrito por profissional sem compromisso judicial - Prova unilateral - Fase processual que autoriza a valoração pelo Juiz de relatório assinado por profissional, que responderá nas esferas civil, penal e administrativa caso fraude a verdade - Elementos dos autos que recomenda, no momento, a suspensão do regime de guarda compartilhada - Fatos narrados pelo agravado que, se verdadeiros, poderão comprometer de modo irremediável a incolumidade física e emocional da criança - Prevalência do melhor interesse da criança - Alteração do regime de visitas, permitindo à mãe, até que se esclareça a situação, visitar o filho aos domingos, nas 9:00 às 18:00 horas - Necessidade de imediata realização do estudo interdisciplinar, com psicólogo e assistente social- Recurso provido em parte, com observação" **Órgão julgador:** 7ª Câmara de Direito Privado **Relator(a):** Francisco Loureiro **Data do julgamento:** 04/06/2008

Mais uma observação que deve ser feita é no que tange as condições para estabelecer a guarda unilateral trazidas no § 2º do art. 1.583 do Código Civil onde diz que a guarda unilateral será exercida pelo genitor que apresente melhores condições para exercê-la e que apresente fatores como afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde e segurança e educação. Louvável é a visão do legislador, porém, não se pode taxar uma gradação de importância de valores nesse assunto. Existem muitos outros fatores que devem ser observados como alimentação, esporte, lazer, cultura, profissionalização, liberdade, entre outros.

Outra inovação considerável trazida pela lei foi o fato de o juiz poder contar com o auxílio de psicólogos, assistentes sociais e pedagogos para embasar suas decisões e decidir a favor do melhor interesse do infante. E quando não for possível a formação dessa equipe poderá ainda o juiz consultar o Conselho Tutelar para tomar sua decisão.

Pode-se ultimar que, pedagogicamente, a Lei nº 11.698 de 2008 cumpriu seu papel, mostrando que compartilhar é possível nos casos em que há acordo entre os pais, é claro. É tanto que ela silenciou no que diz respeito a separação litigiosa. Mostrou que o significado de compartilhar vai muito mais além, é realmente a oportunidade que os pais separados tem de participar, partilhar da vida de seus filhos. Então, ensina Brasil Pereira (2008, p. 32):

Compartilhar tem um sentido especial, profundo. É tomar parte, participar, compartilhar, partilhar com alguém. Se os pais entenderem isso, por certo fortalecerão o instituto da guarda compartilhada, que no nosso entendimento, representa a melhor opção para um desenvolvimento e crescimento harmonioso, notadamente no plano emocional e psicológico dos seus filhos. Cabe agora aos pais, entenderem o verdadeiro significado da nova modalidade de guarda introduzida na legislação pátria. Os filhos, com certeza, ficarão eternamente gratos se, na prática, isso ocorrer de forma efetiva e verdadeira.

Caberá aos pais entenderem o real sentido do instituto da guarda compartilhada para ter como melhor opção na hora da escolha do tipo de guarda a ser escolhida na separação judicial.

3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

De acordo com dados estatísticos do IBGE, 85% dos filhos de casais separados brasileiros ficam com as mães e apenas 15% destes residem com os pais. Grisard Filhos (2005, p.182) denomina esses pais de *pães*, ou seja, eles exercem o papel de mãe e pai ao mesmo tempo.

Não foi a toa que tais dados chegaram a essa estimativa, o século passado viveu por muito tempo a tradicional ideologia da mulher dona de casa e do homem mantedor do lar, por isso, justificado está à maioria dos julgados na jurisprudência pátria reduzir a pessoa do pai a um visitante do lar do seu filho, por vezes, afastando o direito dessa criança de ter um pai presente.

Ao passo que a instituição parental começou a sofrer as mudanças da modernização do fim do século, as transformações nos papéis familiares também foram inevitáveis. Assim discorre Teyber (2000, p. 73) sobre a mudança sofrida pela família americana:

A urbanização e a industrialização do século XX, a entrada das mulheres no mercado de trabalho durante a Segunda Guerra Mundial e depois dela e o controle da fertilidade pela contracepção nos anos 60 contribuíram, em conjunto, para a guinada dos papéis, nas responsabilidades e nos poderes decisórios tradicionais na família.

A inserção da mulher no mercado de trabalho vez com que, inevitavelmente, o homem voltasse mais suas atenções para criação dos filhos. Sendo assim, as funções parentais foram, gradativamente, sendo divididas entre os dois genitores, direitos e deveres são compartilhados entre si na educação dos menores. A própria Constituição de 1988 encarregou de fundamentar a igualdade entre o homem e a mulher, igualmente definiu como dever de ambos a prestação de assistência, criação e educação no art. 229 "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores(...)". O art. 1.566, IV do Código Civil também se filiou a essa mesma vertente "São deveres de ambos os cônjuges: IV- sustento, guarda e educação dos filhos."

Com isso, fica evidente que a ordenação pátria é contra uma relação apenas de provimento entre pai e filho, optando contrariamente a favor de um vínculo

contínuo de afeição, qual seja, mesmo após um divórcio. É justamente isso que a guarda compartilhada quando bem empregada pode vislumbrar, uma comunicação adequada entre genitores e filhos, possibilitando assim um desenvolvimento sadio a criança filha de pais separados.

Como qualquer modelo de guarda, a guarda compartilhada também tem suas vantagens e desvantagens. Entretanto, para Grisard Filho (2005, p.186) o diferencial da conjunta está na valorização universal do melhor interesse do menor que é primordialmente apreciado sempre, aplicando a cada situação o que é mais importante na vida do menor. É o modo de guarda que realmente coloca em prática o princípio da isonomia conjugal sem sombra de dúvidas.

Afirma-se que ela atende de fato a ao princípio acima citado porque a partir do momento que os pais optam por ela todas as decisões em relação ao filho, todas as obrigações, todas as responsabilidades devem ser simultaneamente tomadas em conjunto. Deve-se, porém, ter a colaboração cautelosa dos pais na medida em que não expõem os filhos a suas divergências conjugais. Por que não se tem mais dúvidas que os filhos de pais separados estão mais vulneráveis a sofrerem problemas de ordem emocional. Quando se tem a guarda compartilhada corroborada com a cooperação dos cônjuges certamente esses conflitos tendem a dirimirem, ajudando com isso no desenvolvimento social, emocional e escolar da criança.

Sob a visão de Pisano (1996) Guarda Compartilhada: uma solução possível) a guarda conjunta ganhou seu espaço porque ela diminuiu a ausência dos pais, lhes permitindo um contato direto, tanto quanto necessário, garantindo à criança a presença constante de ambos os pais em suas vidas, e conseqüência assegura-se uma boa estruturação psíquica.

A guarda compartilhada também tem sua importância na continuidade das relações entre pais e filhos, o que vem a diminuir a sensação de perda, abandono que uma criança senti em conseqüência de uma separação. Juntamente com isso, a guarda conjunta acaba com o sentimento de inferioridade que o não guardião sofre, pois o mesmo só se ver na obrigação de alimentar o filho e nada mais, causando com isso o afastamento, que é inevitável por não ter presente o afeto do seu filho. E de modo geral, o direito do pai de ter convivência assídua com o filho faz com que se perpetue na eternidade eu patrimônio cultural, familiar, axiológico, suas atitudes,

sua personalidade, sua formação, permanecendo, de certa forma os laços familiares.

Ponto chave da guarda compartilhada é tentar fazer com que a vida cotidiana dos filhos permaneça sem bruscas alterações, uma vez que, são essas mudanças de rotina que vão abalar consideravelmente o psicológico de uma criança em um processo de separação judicial. Faz-se necessário a apreciação das palavras Oliveira Leite (2003, p. 281-282) ao analisar o estudo feito pelas pesquisadoras norte-americanas sobre casais divorciados:

... a importância para o menor de uma relação contínua com cada um dos genitores (e não, prioritariamente com a mãe, como sempre se afirmara.). São Wallerstein e Kelly que afirmaram, pela primeira vez, que 2/3 (dois terços) das crianças entrevistadas, oriundas de família monoparentais, lamentavam a ausência do genitor não guardião (pai, no caso); que existe uma correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência de contato com o pai não-guardião; que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos.

Ressalta-se então, que a boa relação entre pai e filho, mesmo que de pais separados deve ser boa, pois tem importância decisiva no bem estar psicológico, na vida sócio-afetiva como um todo dos filhos.

Mais uma observação relevante sobre a guarda compartilhada é a possibilidade que ela dá a mulher, que não quer abandonar sua vida profissional para fazer às vezes de pai e mãe, oportunidade para seguir em frente. Ao passo que o pai também continuará envolvido com a vida dos filhos eles poderão ajustar seus horários de trabalho para que os dois se ajudem mutuamente. Note-se que com isso aflora um sentimento de consideração, confiança entre os ex-companheiros o que é de suma importância para o desenvolvimento da criança. Afinal, eles nunca deixarão de ser pai e mãe.

Inestimável são as palavras de J. A. Arditti, referenciado por Nick (2003, p. 137) que em poucas linhas resume a importância da guarda compartilhada:

Ela promove um maior contato com ambos os pais após o divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com ele (Greif, 1979); o envolvimento do pai no cuidado aos filhos após o divórcio é facilitado (Bowman & Ahrons, 1985); e as mães são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos de vida (Rotheberg, 1983).

Esse novo paradigma faz com que os pais diminuam os sentimentos de culpa que, quer queira, quer não uma separação trás com ela, é inevitável. Ele atenua a angústia, o sofrimento marcado pelo divórcio. Todavia, é evidente que não existe fórmula perfeita para a reconstrução de uma família depois dela dilacerada pela dor, pela mágoa. O efeito positivo que essa nova visão oferece não vai caber ao juiz, ou ao operador do direito colocar em prática. E sim aos pais que deverão procurar o melhor plano de reorganizarem a vida de seus filhos.

Em outro norte, a tutela compartilhada também é alvo de muitas críticas, como quase sempre todos os litígios de ordem parental o são, isso é lógico como diz Teyder (1995, p.119) o que pode ser maravilhoso, o que pode funcionar muito bem para uma família, pode muito bem não servir, não funcionar e até mesmo causar problemas em outra.

Feita alocação sobre as divergências observa-se que para obter êxito na guarda compartilhada, primeiramente, deve existir um bom diálogo entre os pais, sendo estes capazes de privar seus filhos de seus problemas. Caso contrário realmente a guarda conjunta estaria sendo, equivocadamente, aplicada, o que de forma alguma seria benéfico ao bem estar de uma criança. Conforme a seguinte exposição sobre o tema Grisard Filho se pronunciou (2005, p. 194):

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

Somente alcançará o sucesso da guarda compartilhada se ambos os genitores estiverem desarmados para que não se trave uma guerra pelo poder, caso isso não aconteça à continuidade da relação com filhos não terá sentido, ao ponto que, passará a ser prejudicial.

Muita se faz críticas à suposta instabilidade que a tutela conjunta pode vir a causar como equivocadamente expôs Gontijo (2005, p. 563-564):

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, (...) em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e

com estes nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc.

O que este autor está, certamente, criticando é o que se chama de guarda alternada, nesse modelo sim, a criança não tem um referencial de lar pois passa uma temporada com um, depois com outro nas residências dos respectivos cônjuges, como se o filho fosse uma visita. A guarda compartilhada não tem como pressuposto lares separados não e é justamente aí que mora a diferença entre uma e outra. Não sendo difícil de ser encontrar confusão na interpretação de ambas.

Há também objeção o que se refere à pensão alimentícia, muitos acreditam que a dupla custódia sirva de um meio encontrado pelo pai ou mãe que almeje driblar o valor da pensão. Nessa mesma diapasão, só há viabilidade par guarda conjunta nas famílias de classe socioeconômica alta devido o dispendioso valor que ela acarreta. Oppenheim e Szylowicki (1995, p. 77-78) atribuí esses maiores custos a moradia adequada e necessidade de um emprego flexível.

Ante o exposto, o que, verdadeiramente, importa para que os filhos sofram menos é conscientização dos pais que os filhos jamais podem ser alvo de discussões. Uma vez que, a inexistência de seqüelas é impossível quando há a dissolução do matrimônio, por isso devem os genitores sempre priorizar a continuidade das relações da forma mais sadia e sensata possível colocando sempre o interesse do menor a frente de qualquer divergência. Caso isso não seja possível a melhor escolha com certeza é a guarda única.

4 GUARDA COMPARTILHADA X SEPARAÇÃO LITIGIOSA

É sabido que enquanto os pais vivem juntos, a guarda dos filhos menores é constitucionalmente garantida e exercida em igualdade de condições. E que após uma cisão na convivência entre estes, para que não houvesse muito abalo nessa relação surgiu a guarda compartilhada que dá aos genitores a possibilidade de um estreitamento nas relações para com os filhos. Entretanto a realidade de uma separação não consensual é impar e pode causar seriíssimas conseqüências ao infante que não tem culpa absolutamente de nada.

O legislador do Código Civil de 2002 desvinculou o critério culpa e a preferência materna na atribuição da guarda dos filhos menores. A nova redação do art. 1.584 prevê que sendo decretada a separação ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o magistrado a atribui a quem revelar melhores condições para exercê-la. A lei 11.698 de 2008 silenciou a respeito do tema, em nada ajudou na solução desses casos complexos.

Especificamente, vale lembrar que, segundo as palavras de Maria Helena Diniz (1995, p. 102) nos casos de guarda compartilhada o poder familiar é exercido por ambos, ela denomina essa hipótese de "casal parental", isso quer dizer que, as relações entre os pais separados têm que ser de perfeita harmonia para que surjam efeitos positivos da guarda da escolha da guarda conjunta, caso contrário, será criado mais um problema.

De acordo com a informação dada pela advogada Cristiane Stellato (2004) em seu artigo publicado (Guarda Compartilhada no caso de Separação Litigiosa) no Brasil existe várias Associações de Pais Separados que são a favor da guarda compartilhada como a AMASEP (Associação de Mães e Pais Separados do Brasil), a APASE (Associação de Pais Separados), a PARTICIPAIS (Participação do Pai na Vida de Seu Filho) entre outras.

Ademais, esta mesma autora (2004) afirma que:

A melhor opção, não só para a criança, sem dúvida é a Guarda Compartilhada, mas com uma ressalva muito importante, quando há consenso entre as partes, quando o casal, apesar do fato da separação, conseguiu utilizar o bom senso e distinguir separação de poder familiar

Precisamente, sobre esse tema a autora Lotufo (2002, p. 247) abordou em objetivas e sábias palavras que:

A guarda compartilhada é válida quando, na separação não existem divergências quanto aos filhos e ambos os genitores têm as mesmas expectativas em relação a eles, possuem os mesmos valores, são diligentes, afetivos e reconhecem que seus filhos, submetidos àquela, enfrentariam melhor a situação.

Para os casais que conseguem continuarem amigos, que não deixam o fato da separação interferir na vida dos filhos, a guarda compartilhada é a melhor solução, mesmo sendo a minoria, esses casais existem. Antes mesmo da promulgação da lei que aprovou a guarda conjunta, nosso Código Civil já dava chance para que ela fosse aplicada como no caso do art. 1.579 “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação ao filho”. Inicialmente esse novo modelo de guarda foi visto pelos magistrados com muita cautela porque, principalmente, nos casos em que eles não tinham certeza do consenso entre as partes. Sendo eles corretos em não promulgar a guarda conjunta nesses casos de imprecisão.

A criança necessita do pai e da mãe para a formação do seu alicerce é como se fosse uma peça de um quebra-cabeça onde há necessidade de se encaixar para que se completem. Por isso, devem os pais deixar de lado todas as mágoas, raivas oriundas da separação e passar a ser um casal parental de verdade sem ressentimentos pensando sempre só na criança. Sábias são as palavras da advogada supra mencionada (2002, p. 247) “a guarda compartilhada é ideal, mas viável em casos de consenso”.

De forma oportuna, vale citar as prelações de Canezin (2004, p.15) quando diz que:

Para que o exercício da guarda compartilhada possa funcionar, importa que os pais revelem capacidade de cooperação e de educar, em conjunto, o filho menor, esquecendo todos os conflitos interpessoais, já que somente é possível o exercício desse modelo quando existe, entre os genitores, uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e sem conflito. Esta contra-indicação tem relevância nos casos em que a guarda compartilhada é decidida judicialmente sem que ela aconteça na forma de um acordo espontâneo entre os separandos.

Com maestria o jurista Madaleno (2000, p.93) argumentou concretamente a impossibilidade da guarda compartilhada nos casais com litígios pendentes:

A guarda conjunta não é modalidade aberta ao processo litigioso da disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe, para o seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais.

A discórdia entre os genitores enseja uma completa instabilidade resultando na duplicidade de autoridade em que os filhos estão sujeitos, sendo de um prejuízo sem tamanho para a educação de uma criança. Nos casos de separação não consensual os pais, geralmente, não querem mais nenhuma aproximação um com o outro, seria muito forçada à convivência entre eles no caso da aplicação de uma guarda compartilhada nesses casos. Trazendo com isso a exposição dos filhos a desavenças sem necessidade.

Importante se faz lembrar que esta posição doutrinária também encontra respaldo na jurisprudência pátria, logo se consolidou como corrente majoritária nas decisões que tem como fator negativo a guarda compartilhada nas separações litigiosas. Assim observa-se o julgamento do Agravo de Instrumento n° 70011307444, de 1° de junho de 2005 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. A pretensão do agravante em muito se assemelha a guarda compartilhada, instituto, admitido, somente quando existe convívio harmônico entre os genitores, o que não se visualiza no caso em tela. Agravo desprovido.

No mesmo sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n° 70007455026 de 18 de dezembro de 2003:

APELAÇÃO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISSITAS. FIXAÇÃO JUDICIAL DE GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Embora não exista previsão legal, é possível as partes estabelecer a guarda compartilhada. É um modelo ideal, que pressupõe a harmonia e o consenso entre os pais da criança. Não há possibilidade de impô-la por via judicial. Ela não se coaduna com o litígio. O pedido de fixação judicial de guarda compartilhada é juridicamente impossível. Negaram provimento.

GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido.

Contrariamente, há quem aponte a discórdia entre os pais na separação litigiosa como argumento para aceitação da guarda compartilhada como Silva Mota em artigo publicado justificando que na ausência de um dos genitores surgirão ofensas, intimidações que abalará o emocional da criança. E que subentende que quem tem um bom relacionamento, já deve existir a guarda compartilhada de per si, é o que se entende por guarda compartilhada “camuflada”, por se observar um consenso entre os pais. (PERES, 2006).

Grisad Filho (2005, p.140) se ver contra a tal ensinamento quando escreveu:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito nocivos.

Por outro lado, o psicanalista Silva (2002, p.01) defende a guarda compartilhada nos casos litigiosos pelo motivo que muitas vezes, na prática, o casal disputa a guarda dos filhos somente como forma de implicar com o outro companheiro, ele alega que a criança tem que formar sua própria opinião em relação aos pais, sem que um dos cônjuges contribua para isso e essa intimidade necessária para que haja essa formação de idéia só a guarda conjunta possibilita tal intimidade.

Diversos doutrinadores alertam para o fato da discórdia entre o casal, que torna o processo litigioso, não ser em relação à guarda dos menores, nesse caso podendo sim ser deferida a guarda compartilhada, como lembra Barreto (2006, p.07):

Mesmo em sentido litigiosa a separação ou divórcio, poderá não haver divergências acerca da guarda dos menores, o que já autoriza a conceder a guarda compartilhada. Ao revés proximidade, e o comum interesse em resguardar o bem estar e a saúde emocional de sua prole, poderá unir os pais, ou, ao menos, não aumentar as diferenças e desavenças por ventura ainda existentes. Ou seja, em casos de desavenças crônicas entre os pais, os benefícios decorrentes do compartilhamento não superariam os prejuízos aos infantes, quer de ordem psicológica, quer de ordem moral.

Vê-se alguma aplicabilidade no caso acima mencionado, todavia, justamente no caso de separação litigiosa por maior parte das vezes os problemas dizem respeito a guarda dos filhos.

4.1 FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS

O número de divórcios na vida moderna passou a ser tão elevado, tornando-se tão possível, que é considerado como se fosse algo comum entre a vida familiar. Maior do que o número de separação são as questões psicológicas conseqüentes a ela, pois há uma interrupção no ciclo de vida da família, em especial no cotidiano dos infantes. Para as crianças é como se houvesse a exclusão de um dos membros, ou seja, de uma dos pais, eles se sente em segundo plano e isso pode trazer prejuízos que eles poderão levar para o resto de suas vidas.

Nos processos de separação se faz necessário conhecer a fundo cada membro integrante daquela lide para se ter conhecimento das relações sócias e familiares entre eles e para se entender a dinâmica em que vive aquela família. Para isso o direito conta com o auxílio de outras ciências que são de suma importância quando se trata de guarda de filhos. Ouvir a opinião de profissionais como médicos, psicólogos, psiquiatras e sociólogos é tão relevante que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente se encarregou de trazer no corpo do seu texto o art. 151 que disserta acerca da importância da pesquisa social, que na mais é do que a intervenção de uma equipe interprofissional quando necessário:

Art.151.Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Feito esse estudo pela equipe interdisciplinar o juiz pode colher dados informativos imprescindíveis para o melhor interesse do menor, deferindo a guarda

mais adequada para aquela situação, de acordo com as necessidades da criança. Como bem ensina as psicólogas e psicanalistas Marraccini e Motta (1998, p.343) que não haverá genitor perdedor no pleito judicial sobre guarda. Haverá, sim, um só ganhador, a criança, que recebeu a melhor solução de guarda para ela.

O único aspecto positivo que o divórcio entre os pais traz a vida de uma criança é a redução dos conflitos, em contra partida, o ponto negativo, qual seja, a diminuição do relacionamento com o pai ou com a mãe que passe a ser o não guardião, gera muito mais efeitos, tal como o sentimento de exclusão pelos genitores faz com que a o menor se sinta rejeitado e com baixa auto-estima. E é justamente nesse ponto que a guarda compartilhada pode amenizar o sofrimento, na medida em que os pais separados compartilham as responsabilidades para com os filhos eles se sentem mais seguros. E certamente as perturbações psicoemocionais serão dirimidas.

A fundamentação psicológica, segundo Grisard Filho, da guarda conjunta está nas perdas advindas da separação e do divórcio e é o que mais a guarda compartilhada tenta apaziguar mostrando que pais e mães separados não deixam de serem pais e mães e pode sim ser envolvidos conjuntamente na criação e educação de suas proles. O filho jamais pode deixar de se sentir importante para os pais após a desunião, eles precisam ter certeza que os vínculos serão mantidos, essa certeza diminui o medo de perder os pais, que é o que eles temem mais. Em poucas palavras (2005, p.179) esse mesmo autor aponta a importância psicológica da dupla custódia tem na vida dos filhos:

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos.

Para se conseguir o que acabou de ser citado se faz necessário que a separação seja consensualmente amigável, se não houver o entendimento que a relação conjugal foi a que acabou e não a parental não dá para se ter a relação que a guarda compartilhada almeja que é a de sensibilidade e flexibilidade entre os pais. Quando isso acontece de a guarda conjunta realmente surte seus efeitos positivos. Como alerta Teyder (1995, p.119) "não há nenhuma panacéia para os consideráveis

problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias – principalmente no caso de pais em conflitos”.

Em síntese, o autor do artigo Peres (2006) esclareceu que quando a separação atende os requisitos da guarda conjunta ela traz os seguintes benefícios:

Diminuição do estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.); melhora na qualidade de vida; menor custo num processo judicial, com um saber estabelecido evitar-se-ia uma quantidade de perícias e diminuir-se-ia a morosidade do processo; diminuição da gravidez na adolescência; diminuição do suicídio entre crianças e adolescentes; diminuição do uso de drogas; diminuição da evasão escolar; diminuição de problemas emocionais ou comportamentais e diminuição de prisões de menores.

Por todo o exposto, prova-se que evitar as situações de desavenças é a decisão mais sensata para evitar que os filhos levem conseqüências graves no seu sistema emocional definitivamente.

4.2 CONSEQÜÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS DA GUARDA COMPARTILHADA

A dissolução matrimonial gera uma inovação na realidade, tanto na vida dos filhos quanto na vida dos genitores. Por isso, uma compreensão plausível sobre a guarda só trará benefícios para toda a família contemplando os filhos e os pais com a nova decisão. Para que a solução dada seja a que traga benefício para a família e para a sociedade é necessário incluir nela todos que a intervêm. Até porque o modelo que atendia somente as necessidades dos genitores está ultrapassado, ou seja, a guarda única, onde só um dos genitores detinham a guarda não é mais condizente com a realidade moderna por ser fato consumado a indispensabilidade do pai e da mãe na formação dos filhos menores.

É essa postura de reorganização no seio familiar que privilegia e envolve os pais na função de educar os filhos que a guarda compartilhada adotou e que a guarda uniparental não atentava. Tentando aperfeiçoar a proteção do menor e os impactos patológicos sofridos com a ruptura do casamento, passou-se a admitir o compartilhamento da guarda como melhor maneira de presar pelo bem estar da

criança nos casos em que o litígio é de menor monta claro. A guarda conjunta fundamenta-se na presunção de que os genitores procederá socialmente de acordo com as circunstâncias de melhor conveniência para o menor e que sempre terão de acordo um com o outro.

Objetivamente, a guarda sela pela continuidade da relação anteriormente a separação, de modo geral, ela almeja que a criança continue com a mesma relação que tinha com os pais na constância do casamento, com os mesmo direitos, obrigações e afetos e, conseqüentemente, para isso muitas coisas precisam ser esclarecidas como veremos logo abaixo.

4.2.1 Mudança de domicílio

Há que se desmistificar a idéia de que a criança na guarda compartilhada terá duas residências no modelo que compreende o compartilhamento o menor tem uma residência fixa, única e não alternada (essa modalidade não é admitida no nosso ordenamento), ou na casa do pai, ou na casa da mãe. Afinal a criança precisa de um ponto de referência, tem necessidade de uma estabilidade domiciliar onde cultive sua base física e emocional e possa desenvolver suas atividades domésticas e diárias. É imprescindível na infância que a criança não sofra alterações bruscas na sua rotina de vida e é dessa continuidade que o menor padece no momento da separação dos seus pais.

Anteriormente, a guarda conjunta, quem detinha a guarda tinha o direito de mudar-se com o filho para qualquer parte do país apenas comunicando ao não guardião, era o que constava a decisão da 5ª Turma do STJ de 1998: "Desde que a mãe diga pra onde vai, pode ela fixar novo domicílio, levando os filhos em qualquer parte do território nacional (...) (HC 7.670-BA, rel. Min. Edson Vidigal)."

Com a guarda compartilhada não existe mais essa preferência, como os dois cônjuges são os guardiões, para que aconteça esse deslocamento um terá que ter a permissão do outro, caso contrário estará infringindo um dos deveres.

Para que se atribua qual residência o menor deve ficar deve-se sempre observar seu melhor interesse, devendo ficar com o genitor que apresente melhores condições para tal, o que vai valer aí é a discricionariedade do juiz porque cada caso é um caso, não existem fórmulas prontas para essas situações.

É na residência fixada como lar pelo juiz que os pais vão exercer, concomitantemente, suas obrigações, pois o genitor que mora com o filho apenas tem a guarda física e o genitor não guardião precisa de um ponto de referência de morada do filho, melhor dizendo, sua residência habitual como fundamenta o art. 76 do Código Civil Brasileiro. Tanto é importante essa residência para os pais, quanto para terceiros que possa exercer o dever de vigilância.

Voltando a diferença, a guarda alternada, a grande diferença mora no fato da guarda compartilhada, segundo Grisad Filho (2005, p.167), "poder os filhos passarem um período com o pai e outro com a mãe, sem que fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento", até por que "a residência continua sendo única", conclui Oliveira Leite, (2002, p.286).

Indo em desencontro com o que foi explanado, alguns doutrinadores, como Lino de Macedo em artigo publicado, indagou que a criança é extremamente flexível. Rapidamente ela assimila as diferenças entre a casa do pai e da mãe. Mesmo quando as regras são exatamente as mesmas, ela sabe o que pode e o que não pode, enfatizou também que o fato de ter duas casas até ajuda a criança até ajuda a criança a concretizar a nova situação.

4.2.2 Formação educacional

Uma das características mais importantes da guarda compartilhada é a possibilidade de os pais poderem continuar na formação de seus filhos de forma conjunta, podendo colaborar não só de forma intelectual, como também nos ensinamento básicos com relação à vida cotidiana, ao psicoemocional entre outros aspectos do programa geral de educação dos filhos.

De tão relevante que é o direito a educação que a Carta Magna em seu art. 6º estabeleceu a educação como um dos direitos sociais do cidadão, especificadamente os arts. 205 e 227, alhures comentado, reafirmam a participação familiar, ou seja, dos pais, na realização desse dever. O art. 1.638 do Código Civilista Pátrio também fundamenta a respeito quando discorreu que pode o pai castigar, moderadamente, os filhos, sempre dentro dos limites, para que não perca o direito de guarda.

O dever de educação abrange tanto a assistência moral, quanto a material, que é a obrigação de alimentar que será tratada em um próximo tópico. O que não se pode deixar acontecer, e é o que mais e ver na prática, é a confusão feita com o dever de educar e o dever de alimentar. No novo modelo de guarda a obrigação de educar e de alimentar é dos dois genitores, no sistema antigo, no de guarda única é que as decisões eram tomadas separadamente.

Imediata questão importante é que na guarda compartilhada não é uma ou outra decisão que é tomada em conjunto não, nem apenas só as importantes, claramente escreve Grisard Filho sobre (2005, p.168):

Na guarda compartilhada, não só as grandes opções sobre o programa geral de educação e orientação (escolha do estabelecimento de ensino, prosseguimento ou interrupção dos estudos, escolha da carreira profissional, artística, esportiva, lazer, organização de férias e viagens), mas também os atos ordinários, cotidianos e usuais (compra de uniforme e material escolar) – como se pratica no seio de uma família unida.

Com isso, garante-se o modelo de família que se tinha antes da ruptura. O sistema de visitas serve para que o genitor não guardião possa fiscalizar o guardião, o que não impede de que o genitor que não tenha a guarda física não possa fazer o mesmo. Tendo em ambos os casos a faculdade de recorrer ao Tribunal para que solucione caso de alguma divergência quando insatisfeito com a educação adotada pelo modelo de guarda escolhido.

Importante, porém, é a diferença entre educação e coabitação, não podendo estas ser confundidas para não atrapalhar a convivência entre os pais separados. Na guarda compartilha não se pode entender que o genitor com quem a criança coabita é o único responsável por ela, se houver esse entendimento está se interpretando, equivocadamente, um dos benefícios da guarda conjunta. Quando na verdade o que se espera é justamente o contrário, que mesmo morando com

qualquer dos cônjuges a formação educacional deve ser uma ação comum, não acontecendo somente nos casos em que não houver uma boa relação entre os pais. O que não é possível na guarda compartilhada.

A idéia central é que se mantenha o exercício conjunto da autoridade parental após a separação, que vivam como antes com a mesma intensidade e proporção para isso quanto maior for o relacionamento entres os exs-cônjuges melhor certamente serão os resultados obtidos.

4.2.3 Do direito a alimentos e visitas

A obrigação de alimentar está sem dúvidas voltada para uma questão moral de solidariedade entre os homens e, mais ainda, entre pais e filhos, por estarem ligados por um grau muito forte, melhor dizendo, o mais forte de parentesco. Sendo assim a obrigação de alimentar está presente sem ou com separação judicial, ela pesa sobre os genitores de qualquer forma, a partir do momento que a criança nasceu.

A discussão torna-se mais acirrada quando há a separação entre os pais, porque mesmo que ambos contribuam para a manutenção dos filhos quando da vida a dois a cultura vinha pregando que após separados o genitor não guardião era quem tinha o dever de manter as despesas dos filhos e o guardião a educação.

A guarda conjunta veio quebrar essa barreira porque ela estabeleceu que mesmo tendo-se desfeita a família guarda, o sustento e a educação da prole é dever de ambos os genitores concorrer na proporção de seus sustentos de acordo com Grisard Filho (2005, p. 169), onde ele defende o projeto geral de ampla assistência dos filhos do divórcio.

Importante lembrar que também não se faz distinção entre filhos naturais ou legítimos quanto as despesas, conseqüentemente, se são filhos de pais separados ou unidos. Civilmente esse direito é fundamentado no art. 1.568 que diz que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o

regime patrimonial". E ainda o art.1.579 "o divórcio não modificará o direitos e deveres dos pais em relação aos filhos."

Entretanto, os genitores podem estabelecer como quiserem entre si, se só um contribui, se ambos contribuem, se um contribui com as despesas escolares, o outro com as vestuárias, um com mais, outro com menos. Isso fica a critérios dos pais

O papel também da guarda compartilhada no que diz respeito aos alimentos é que ela estimula ao não guardião da guarda física estreitar a relação cumprindo com o dever de alimentar. Apesar de que, uma das críticas que se faz a guarda conjunta é relacionada a esse tema, como já tratada em tópico anterior, alguns doutrinadores acham que a guarda compartilhada é uma forma que um dos genitores tem de driblar ou de reduzir o *quantum* da pensão alimentícia.

E descumprimento desse dever de alimentar é uma das causas de maiores discórdias nos Tribunais prejudicando, consideravelmente, o psicológico da criança, a própria doutrina majoritária tem a inadimplência da pensão alimentícia como um *abandono da família*, moral, mas que não deixa de ser um abandono. O pior que nenhuma justiça pode apagar as seqüelas que isso pode trazer a uma criança, porque a brigas e as discórdias são inevitáveis, resta cada uma usar da consciência e do bom senso para cumprir com suas responsabilidades e não deixar que isso afete a vida dos seus filhos.

Em relação ao direito de visitas, que o Código de 2002 manteve a mesma nomenclatura e discorreu no art. 1.589 "o pai ou a mãe, em cuja guarda não esteja os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação."

O direito de visitas é abordado mais como um direito das crianças em ter os pais por perto, influenciando na sua formação do que literalmente dos pais. Assim conceitua Oliveira Leite (2003, p.30):

O direito de visita é uma '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 uma dever que a lei impõe àquele genitor que se ver privado da presença continua do filho.

Então conclui-se, que o direito de visita é um direito-dever dos pais. E que a guarda conjunta veio para reequilibrar as relações do genitor não guardião com o genitor guardião possibilitando que os dois dividam seu tempo da melhor maneira possível para que seus filhos possam desfrutar de suas presenças fundamentais nas vidas destes.

4.2.4 Responsabilidade civil

Questão muito relevante é a da responsabilidade civil dos pais por danos causados aos filhos menores, sob ela recaem conseqüências graves quando da negligência de ambos ou de um deles. É o que civilmente se conhece por dano causado por fato de terceiro.

Se faz necessário uma breve distinção de responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. Onde a primeira é indispensável o fator culpa, não havendo culpa, não há responsabilidade, é pressuposto fundamental para a indenização. E para que se configure no segundo tipo de responsabilidade basta que se tenha o dano e o nexo de causalidade. É a famosa teoria do risco, onde todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem lhe deu causa, independente de culpa, não se exigindo nem mesmo prova.

Quando o casal ainda tem vida em comum, quer na constância do casamento ou da união estável, a responsabilidade está diretamente ligada ao pátrio poder, isso quer dizer que a responsabilidade é solidária de ambos os pais, há nesse caso uma presunção *juris tantum*. Pois são os pais que tem o dever de zelar pela vida dos seus filhos, são eles que tem obrigação de prevenir os filhos de algo que possa lhes prejudicar de alguma forma, seja educacional, moral ou intelectualmente.

Ensina Miranda (1939, p.151) que “presumir que os danos não sejam atribuíveis aos pais quando estes os vigiam devidamente, quando os bem-criam e educam. Haveremos de presumir o mais provável.” Se é aos pais que competem o dever de vigilância dos filhos menores, isso é inevitável.

A partir do momento que ocorre a ruptura do matrimônio, dois são os caminhos que a responsabilidade civil ode seguir. Uma vez escolhida à guarda única a responsabilidade será exercida, exclusivamente, por quem está sob a guarda do menor, salvo se o genitor conseguir provar que quando se deu o fato danoso o a menor estava sob os cuidados do outro genitor. Já, quando a guarda compartilhada for à opção acatada pelo casal não será modificada a situação que era antes da separação judicial, qual seja, ambos continuaram solidariamente responsáveis. Afirmou Oliveira Leite (2003, p. 277):

As decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre essa presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do seu filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores.

Anteriormente, ao Código Civil de 2002 havia distinção da responsabilidade dos pais com relação ao menor impúbere absolutamente incapaz e o relativamente incapaz. No primeiro caso a responsabilidade era objetiva, com exclusão apenas em caso de caso fortuito ou força maior. E no segundo, como esse menor tinha certa autonomia, aos pais lhes eram dado o direito de provar que não teve culpa pela quebra no dever de vigilância.

O vigente código fundamentou a responsabilidade como objetiva quando dissertou no art. 932 "São também responsáveis pela responsabilidade civil: I – os pais, pelos filhos menores, que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia." E ainda o art. 933 "As pessoas indicadas nos incs. I a V dos artigos antecedente [pais; tutor; curador; empregador], ainda que não haja culpa de sua parte, responderão por atos praticados pelos terceiros [filhos; pupilos; curatelados e empregados] ali referidos.

5 CONCLUSÃO

Se o direito é a ciência do dever ser, então, estará sempre em discussão, em transformação incessante. A verdade o hoje é, mas pode não sê-lo amanhã. Não se pode criar uma lei, das leis, imutável.

A sociedade está em imutável transformação. Mudam-se os valores, os conceitos, a moral, a política, o governo, a economia, o tempo atravessa gerações, mas a essência da família deve permanecer irretocável para não se perder base da educação, pois é no seio dela que aprende-se os primeiros passos, o limites de espaço, a diferença de certo e errado, e assim vão-se florescendo os primogênitos sentidos de justiça, ainda que colida com o direito.

Pretende-se, ao final, levantar alguns pontos relevantes, não como concluídos, por entender que a realidade familiar, se encontra em constante transformação, mas no intuito de tecer algumas considerações que foram urdidadas sobre a Guarda Compartilhada, no decorrer deste trabalho.

A guarda compartilhada, com todo polêmica que desperta, é um instituto fascinante, que mercê e exige pasmar sobre si.

A guarda conjunta revelou-se ser a melhor maneira encontrada para que os pais separados dêem continuidade a mesma relação que tinha com os filhos antes da separação, entretanto, seus efeitos positivos são melhor vislumbrado na separação consensual, sendo impraticável nos casos litigiosos.

Os simpatizantes que defendem a guarda compartilhada nas separações litigiosas vêem justamente nela a possibilidade de união, ou seja, de uma boa relação, entre os pais. Porém, os danos sofridos pelos menores até que isso venha ocorrer, o que não irá, acarretará seqüelas para o resto da vida, o que demonstra que não vale à pena arriscar. Já os críticos a essa situação alegam que, pais que não conseguem ter um diálogo harmonioso contaminam o tipo de relação e educação que a guarda conjunta proporciona.

Os debates, a argumentação dos prós e dos contras, a troca de idéias são condizentes com a tentativa de acertar qual a melhor solução para evitar efeitos devastadores à personalidade do menor em formação quando há a quebra do vínculo conjugal. As controvérsias e polêmicas geram amadurecimento da idéia e

adequação com a realidade dos fatos, pois espera-se que o homem se proponha a pensar como melhorar ainda mais essas delicadas relações familiares.

A guarda dos filhos é sobremaneira, a família em si. Ela não perece, ela permanece independente de dissolução matrimonial ou não, os filhos sobrevivem então ela vai sempre está presente de um modo ou de outro. Caso existam julgamentos marcados por erros, no modo de guarda ou na escolha do cônjuge equivocada. O Direito de Família é falível sim, pois é realizado por homens, homens que aceitam sua especial condição de ser.

Por fim, espera-se com esse estudo, uma maior compreensão acerca da relevância da correta aplicação da guarda compartilhada, tendo como prisma a seguinte afirmação: é equivocada sua aplicação nas separações litigiosas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Raimunda Texeira, 2001. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81002-aguardacompartilhada.htm>. Publicado em 25/04/2009. Acessado dia 20/07/2009.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. 2006. **Considerações sobre guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/28287/27844>. Acessado em: 22/09/2009.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. 1984. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Universitária do Direito, 1984.

BRASIL. 2009 **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum: São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código Civil e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORBA, Guilherme. 1993. **Tratado de derecho civil**. Buenos-Aires: Abeledo-Perrot : ampl. e atual , 1993.

CANEZIN, Claudete Carvalho. 2004. **A mulher e o casamento. Da submissão à emancipação**. Maringá: Revista Jurídica, 2004.

DEOCLECIANO, Antônio Cezar Peluso. **Dicionário Jurídico prefaciado pelo Ministro Antônio** São Paulo: Rideel, 2006.

DINIZ, Maria Helena. 1995. **Curso de direito civil brasileiro** . São Paulo : Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. 2005. **Direito de família**. Rio de Janeiro : Forense, 2005.

GONTIJO, Segismundo. 1997. **Guarda de filho**. Rio de Janeiro : Informativo Semanal, 1997.

GRISARD, Waldyr Filho. 2005. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. 1996. **O Direito (não sagrado) de Visita**. Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini. 1996, p. 66.

LEITE, Eduardo de Oliveira. 2003. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

LUFT, Celso Pedro. 2000. **Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. São Paulo: Globo, 3ª ed, 2000.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. 2002. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, Rolf. 2000. **A sacralização da presunção na investigação de paternidade**. São Paulo, RT nº: 776 2000. 2000.

MIRANDA, Pontes. 1939. **Direito de família**. Rio de Janeiro : Konfino, 1939.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. 1998. **Guarda Compartilhada**. [A. do livro] Eliana Riberti Nazareh e Maria Antonieta Pisano Motta. **Direito de Família e Ciências Humanas**. São Paulo : Jurídica Brasileira, Caderno de Estudos, 1998, p. 85.

MOURA, Guilherme Aguiar. 1993. **A família na evolução do direito brasileiro**. [A. do livro] Salvio de Figueiredo Teixeira. **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey : s.n., 1993, p. 15.

NICK, Sérgio Eduardo. 1997. **Guarda Compartilhada: um enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. [A. do livro] Vicente Barreto. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 135.

STF. Recurso Especial nº 105.993-1/RJ- Tribunal do Rio de Janeiro, Relator: Min. Eduardo Espinola, Julgamento em 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado em: 16/07/2009

STJ. Habeas Corpus nº 7.670 – Tribunal de Salvador, Relator: Min. Edson Vidigal. Julgamento em 1998. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acessado em: 16/07/2009.

SZYLOWICHI, Suzana; OPPENHEIN, Ricardo. 1991. **Partir o compartir la tenencia. Es posible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio? Derecho de Família.** Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia , pp. 77-78,1991.

PEREIRA, Clovis Brasil. 2008. 2008, **Revisto Jus Vigilantibus**, p. 24.

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

PERES. Luiz Felipe Lyrio. 2006. **Guarda compartilhada.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acessado em: 10/10/2009

PISANO, Eliane Michelinni Marraccini; MOTTA, Maria Anotonieta. 2005 **Guarda de Filhos: algumas diretrizes psicanalíticas.** Revista do Tribunais, pp. 346-347, 2005.

SILVA, Evandro Luis. 2002. **Dois lares é melhor que um.** Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acessado em: 22/09/2009.

STELLATO, Cristiane. www.jusbrasil.com.br. **Guarda Compartilhada no caso de separação litigiosa.** Publicado em 19/12/2004. [Acessado em: 21/09/2009

SZYLOWICHI, Suzana; OPPENHEIN, Ricardo. 1995. **Partir o compartir La tendência. Es posible compartit La tendência de los hijos en caso de divorcio? Derecho de Família.** Benos Aires: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 1995.

TEYBER, Edward. 1995. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo : Nobel, 1995.

TJRJ. Apelação Cível nº 3347/2001 – Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Des Antônio Felipe Neves. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>. Acessado em: 16/07/2009.

TJRS. Agravo nº 70011307444 – Tribunal do Rio Grande do Sul, Relator: Afif Jorge Simões Neto. Julgamento: 01/06/2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acessado em 16/07/2009.

_____ TJRS. Apelação nº 70007455026 – Tribunal do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Lelipe Gomes. Julgamento: 18/12/2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/> . Acessado em: 20/07/2009

TJSP. Apelação Cível nº 5123364600 – Tribunal de São Paulo, Relator: Marco César. Julgamento: 10/09/2007. Disponível em: www.tj.sp.gov.br/em. Acessado em 20/07/2009.

TORRIERI, Antônio Cezar Peluso Guimarães de Decleciano. 2006. **Dicionário Jurídico**. São Paulo : Rideel, 2006.