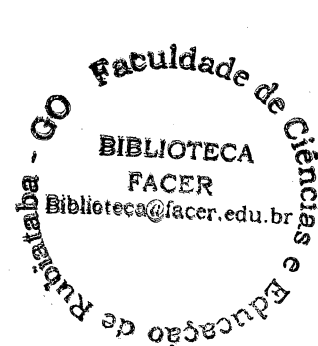


FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

ELAINE MARQUES BARRETO



A GUARDA COMPARTILHADA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

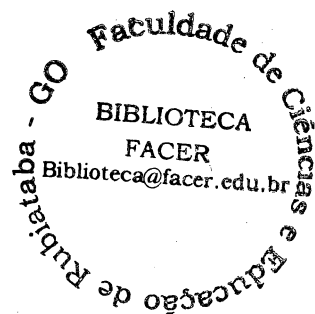
Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA - GO

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

ELAINE MARQUES BARRETO



A GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Samuel Balduino Pires da Silva.

26558
5004

Tombo nº	13133
Classif.	D-247.635
Ex:	1. ELAINE BARRETO 2007
Origem:	d
Data:	12.03.08

RUBIATABA - GO
2007

Dir. de fomento
Direito civil
guarda compartilhada - novo

ELAINE MARQUES BARRETO

A GUARDA COMPARTILHADA


**COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

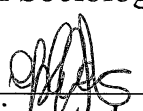
ORIENTADOR: _____


Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

2º EXAMINADOR: _____


Gerusa Silva de Oliveira
Mestra em Sociologia

3º EXAMINADOR: _____


Cláudia Pimenta Leal
Especialista em Direito Penal

Rubiataba, 18 de dezembro de 2007.

À Deus, por me entender, perdoar, por estar
sempre presente, proporcionando força e
inspiração para a realização desta conquista.
À meus pais e irmãos, pelo amor...

RESUMO: O objetivo geral desse estudo é investigar se a guarda compartilhada atende o melhor interesse da criança e do adolescente, sob o ponto de vista jurídico e social e como esse instituto, pode tornar possível o exercício conjunto e igualitário de um encargo legalmente atribuído a ambos os genitores. As justificativas para o estudo aprofundado do tema estão na própria realidade social e judiciária, o que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse das crianças e a igualdade entre homens e mulheres em sua responsabilidade pelos filhos. A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da mesma de forma saudável. Por isso, não se pode manter sem questionamentos, formas de solucionar esses problemas. O novo instituto visa à manutenção dos vínculos familiares através do exercício da autoridade parental. Este estudo consistiu em uma análise das perspectivas da guarda compartilhada, sua fundamentação legal, conseqüências jurídicas e sociais. Foram relatados estudos científicos no âmbito psicológico demonstrando a importância de ambos os pais na vida dos filhos. A guarda compartilhada legitima princípios constitucionais importantes para pais, mães e filhos. Foram utilizadas, para seu desenvolvimento, referências legislativas, principalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, e doutrinas especializadas. A Internet também foi uma importante ferramenta, pois, por se tratar de um tema recente neste país, há muitas organizações não-governamentais que difundem sua idéia através dela.

Palavras-chave: Guarda, compartilhada, interesse, menor.

RESUMEN: El objetivo general de este estudio es investigar si la custodia compartida sirve a los mejores intereses de niño y del adolescente, desde el punto de una institución jurídica y social y, como tal, puede hacer posible el ejercicio juntos y igualitario, un cargo legalmente asignadas a ambos los padres. La razón para el estudio detallado de la cuestión, en realidad, son muy sociales y judiciales, que refuerza a necesidad de velar por el interés superior del niño y de la igualdad de género, en su responsabilidad de los hijos. La continuidad de los niños que viven con ambos padres es fundamental para el desarrollo emocional de los mismos de manera sana. Por lo tanto, no se puede mantener sin poner en cuestión, la manera de resolver estos problemas. El nuevo instituto tiene por objeto mantener los vínculos familiares a través del ejercicio de la patria potestad. Este estudio consistió en un análisis de las perspectivas de la custodia compartida, de su razonamiento jurídico y sociales. Los estudios científicos se han notificado en virtud de que demuestra la importancia psicológica de ambos los padres en la vida de sus hijos. La custodia compartida legitima principios constitucionales importantes para los padres, las madres y los niños. Los recursos que se utilizaron para su desarrollo, fueran las referencias legislativas, en particular, la Constitución de la República Federativa del Brasil, y las doctrinas especializados. La Internet también ha sido una herramienta importante, ya que, en el caso de un número reciente de este país, hay muchas organizaciones no gubernamentales que emiten su idea a través de ella.

Palabras clave: Guardia, compartida, interés, menor de edad.

LISTA COM SIGLAS E ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CF/1988: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990

LDiv: Lei do Divórcio. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

ONU: Organização das Nações Unidas

PFL: Partido da Frente Liberal

PP: Partido Progressista

PT: Partido dos Trabalhadores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA.....	12
1.1. Surgimento do Instituto.....	12
1.2. Na Inglaterra.....	14
1.3. Na França.....	15
1.4. Nos Estados Unidos da América.....	16
1.5. Canadá.....	17
1.6. Alemanha.....	18
1.7. No Brasil.....	19
2- CISÃO DA GUARDA.....	21
2.1. Ruptura dos laços familiares.....	21
2.1.1. A Guarda na separação de fato.....	23
2.1.2. A Guarda na separação consensual.....	24
2.1.3. A Guarda na Separação Litigiosa.....	25
2.2. As funções do genitor não guardião.....	27
2.3. As funções do genitor guardião.....	31
2.4. As distintas modalidades de Guarda.....	34
2.4.1. Guarda Comum, Desmembrada e Delegada.....	34
2.4.2. Guarda Originária.....	34
2.4.3. Guarda Derivada.....	35
2.4.4. Guarda Material e Jurídica.....	35
2.4.5. Guarda de Fato.....	35
2.4.6. Guarda Monoparental, Exclusiva e Única.....	35
2.4.7. Guarda Provisória.....	36
2.4.8. Guarda Definitiva.....	37
2.4.9. Aninhamento ou Nidação.....	37
2.4.10. Guarda Alternada.....	37
3- DA GUARDA COMPARTILHADA.....	39
3.1. Guarda Compartilhada/Conjunta.....	39
3.2. Fundamentos da Guarda Compartilhada.....	40

3.2.1. Interesse do menor.....	41
3.2.2. Igualdade dos genitores.....	42
3.2.3. Da responsabilidade civil.....	43
3.3. Guarda Compartilhada na Constituição Federal Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	43
3.4. Comentários sobre as proposta de legislação de Guarda Compartilhada.....	45
4- ASPECTOS IMPORTANTES À RESPEITO DA GUARDA	
COMPARTILHADA.....	48
4.1. Benefícios da Guarda Compartilhada segundo a Psicologia.....	48
4.2. Argumentos favoráveis à Guarda Compartilhada.....	52
4.3. As desvantagens da Guarda Compartilhada.....	60
4.4. Senado aprova Projeto que estabelece a Guarda Compartilhada dos filhos.....	65
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	71
ANEXOS.....	74

INTRODUÇÃO

As mudanças econômicas e sociais vêm promovendo alterações nas atribuições e nos papéis paterno e materno e, sobretudo, nas relações familiares. Até a Revolução Industrial, mulher, filhos, bens, tudo era considerado como sendo do homem e, nas separações conjugais, os filhos com o pai permaneciam. A partir dessa fase, a mãe torna-se responsável pelos filhos em todas as áreas, menos a manutenção, a qual ficava a cargo do pai. Porém, esse modelo em que a mãe ficava responsável pelos filhos e o pai pela manutenção da família, foi sendo substituído aos poucos por um outro, no qual as tarefas são equilibradas pelos dois genitores, que se dividem e compartilham entre si tanto a educação e condução: afetiva e moral, quanto à manutenção das crianças.

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

Com esta nova realidade, também amparados pelos princípios do melhor interesse do menor e da igualdade entre homens e mulheres, passaram alguns julgados a admitir um novo modelo de guarda, a compartilhada, como resposta eficaz à continuidade das relações entre os filhos menores e ambos os genitores na família pós-separação, semelhante à família intacta.

A guarda compartilhada surge como alternativa de aplicação do poder familiar no caso de fragmentação da família, objetivando manter nessa nova realidade os vínculos entre os genitores e seus filhos, fazendo com que aqueles participem igualmente nas decisões importantes tomadas na vida destes.

Visa diminuir as perdas sofridas pela separação dos pais, fazendo com que a situação dos filhos menores fique, como já foi dito, ao máximo inalterada, estabelecendo a coresponsabilidade parental, uma parceira que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Pois o genitor que não possui a guarda física, acaba, paulatinamente, se afastando dos filhos e ocasionando o rompimento do vínculo familiar, desta maneira, a sensação de dissolução da família se perpetua, desencadeando efeitos psicológicos negativos no menor. Na verdade,

trata-se de uma nova família na qual os pais separados partilham a educação dos filhos mesmo estando em lares diferentes, cooperando um com o outro nas decisões atinentes à pessoa dos filhos.

A partir das reflexões acima, esta pesquisa busca responder ao seguinte problema: A guarda compartilhada atende o melhor interesse da criança e do adolescente tanto no âmbito jurídico como no social?

O objetivo geral desse estudo é investigar se a guarda compartilhada atende o melhor interesse da criança e do adolescente, sob o ponto de vista jurídico e social e como esse instituto, pode tornar possível o exercício conjunto e igualitário de um encargo legalmente atribuído a ambos os genitores.

Para atingir este objetivo fizemos inicialmente uma ampla pesquisa exploratória para rastrear o tema na literatura científica e em revistas e doutrinas especializadas, enfim, fontes que possam me proporcionar a coleção, o armazenamento, a reprodução e utilização das informações coletadas para o melhor desempenho das pesquisas. Também, serão utilizadas, para seu desenvolvimento, referências legislativas, principalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Porém, devido ao fato de que, o assunto abordado seja ainda pouco difundido no meio doutrinário do país, a internet, foi instrumento de grande valia para a reunião de informações que pudessem proporcionar o enfoque necessário a esse novo modelo de guarda, pois, por se tratar de um tema recente neste país, há muitas organizações não-governamentais que difundem sua idéia através dela. Os resultados serão resumidos para que possa ter uma boa noção sobre a Guarda Compartilhada no país.

Também foram realizadas, pesquisas, onde coletamos dados e informações junto à profissionais envolvidos com a matéria. Os resultados foram compilados, comparados, analisados e resumidos para dar ao leitor uma noção contemporânea da guarda compartilhada, suas aplicações no direito de família, as controvérsias quanto ao seu uso, e as possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro.

No que se refere às doutrinas, são poucas as obras dedicadas ao tema em análise,

embora tenha ocorrido um aumento significativo nas publicações a respeito do assunto. Uma das causas dessa escassez está no fato de que, no Brasil, a guarda compartilhada ainda não foi regulamentada.

Entre as obras pesquisadas, destaca-se a de Grisard Filho (2006), intitulada: *Guarda Compartilhada; um novo modelo de responsabilidade parental*, bem como a de Patrícia de Oliveira Pimentel Chabers Ramos: *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família*. Porém, em minha pesquisa, utilizei ainda, as principais disposições legais atinentes ao tema, como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

As justificativas para o estudo aprofundado do tema estão na própria realidade social e judiciária, o que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse das crianças e a igualdade entre homens e mulheres em sua responsabilidade pelos filhos. A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável. Por isso, não se pode manter sem questionamentos, formas de solucionar problemas tão ultrapassados.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos, sendo que, no primeiro capítulo apresenta-se um delineamento histórico sobre as relações entre pais e filhos, explorando a história desde os tempos mais remotos, partindo do *Pater familias* com seus poderes ilimitados, desde o seu início na Europa, há aproximadamente 20 anos, à sua aplicação no Brasil e em alguns países da Europa, nos dias atuais.

Analisa-se, no segundo capítulo, as disposições legais sobre a guarda compartilhada na legislação brasileira; ou seja, o que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente tem a nos revelar sobre o novo modelo, que são os dispositivos legais considerados autorizadores da aplicação desse modelo de guarda.

No terceiro capítulo - *Guarda compartilhada* - aborda-se o conceito e o fundamento da *Guarda Compartilhada*, assim como, as várias formas de guarda. E também, faz-se mister discriminar a guarda compartilhada da alternada e da unilateral.

Por último, nos Aspectos importantes para a *Guarda Compartilhada*, expõem-se as

vantagens jurídicas e sociais na relação parental, após a dissolução da sociedade conjugal, bem como a questão da aplicabilidade ou não desse instituto quando da existência de animosidade entre os ex-cônjuges. A análise também abrangerá o pensamento da psicologia, na medida em que é um procedimento contemporâneo à guarda compartilhada e por fazer parte daquilo que entendo como o melhor enfoque para casais que estão se separando ou divorciando.

Ao abordar tal assunto, acreditamos que se esteja inevitavelmente interferindo e interagindo com ele; fato particularmente verdadeiro no tocante às ciências humanas. Talvez a idéia-chave que se pretende desenvolver aqui é a de que, se marido e mulher têm que se separar, que o façam; mas sem se separar dos filhos desse casamento.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA

1.1. Surgimento do Instituto

Sem a intenção de traçar minuciosa síntese histórica, o que se quer é buscar as razões no decorrer do tempo para a relação entre pais e filhos, fazendo referência dos períodos mais remotos até os dias atuais.

Buscando a história da civilização humana, encontramos a obra de um dos mais ilustres legisladores brasileiro Venosa (2004, p.32)), em sua obra *Direito de Família*, ressalta nitidamente a idéia do poder paternal nas civilizações primitivas, sua teoria relata o direito antigo fundado em princípios religiosos, advindo dos costumes e aceito universalmente pela cidade. Nessa percepção a religião doméstica com seu Deus é a autoridade superior da família, sendo que ela é quem indica a posição de cada membro da família.

Nesses primórdios, o pai não era apenas o homem forte que protegia os seus e que tinha também a autoridade de fazer-se obedecer: o pai era, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos ancestrais, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda religião residia no Pai. O *Pater*¹ exercia seu poder tendo autoridade inquestionável, ele era a expressão máxima da lei, não permitindo a manifestação da justiça da cidade.

De acordo com Coelho (1992, p. 205): “A necessidade de reforçar a autoridade paterna dava ao pai os mais amplos e incontestáveis direitos dentro da família. Como chefe proprietário do patrimônio familiar, tudo o que o filho adquirisse, adquiria para o *pater*”.

Etimologicamente, sabe-se que a palavra *pater* como expressão a todos os deuses, em linguagem religiosa, e em linguagem jurídica a todo homem que não dependesse de outro

¹ Termo latino que significa pai, chefe, fundador. Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 1999. pág. 1.513.

e que tivesse autoridade sobre uma família ou sobre um domínio: *Pater Familias*. Essa cultura primitiva arraigada na crença religiosa nos permite uma compreensão dos ilimitados poderes conferidos ao *Pater Familias*.

Grisard Filho (2006 p. 33) nos traz uma excelente definição, de autoria de José Antonio de Paula Santos Neto:

“O pátrio poder é complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionando ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para proteger e educar”.

Na Idade Média, é confrontada a noção de pátrio poder romana com a noção branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros. De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna.

O patriarcalismo vem até nós pelo direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões de café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história.

Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes e irrenunciáveis da paternidade.

A partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança² (1989), a questão do interesse da criança em conservar relações pessoais com ambos os pais passa a ser reconhecida como um direito, conforme disposto no artigo 9º. A desigualdade referente à guarda não pode permanecer como um fator natural. Torna-se importante manter a continuidade da função exercida pelos pais, garantindo-se o vínculo da criança com as linhagens paterna e materna.

² Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Disponível em: www.unicef.org/brazil/d_cri. Acesso em: 04/12/2007.

Como define a Convenção, cabe ao Estado a garantia de manutenção da coparentalidade, independente da preservação ou não do vínculo conjugal. Atualmente, o entendimento é de que a obrigação de educação e cuidado com os filhos é decorrente do vínculo de filiação e não do casamento.

Assim, a partir da década de 1990, em decorrência da citada Convenção, observa-se uma grande mudança na concepção sobre a guarda: passa-se a compreender que a criança pode e deve conviver com o pai e a mãe, mesmo que estes não formem mais um casal. Conseqüentemente, a legislação de diversos países foi alterada, tornando o exercício unilateral da guarda uma exceção.

Faz-se necessário, agora, a distinção entre conjugalidade e parentalidade, observando que a separação ocorre entre marido e mulher, e não entre pais e filhos. Tal evolução legislativa visa a separações menos conflituosas e a uma presença mais incisiva de ambos os pais na educação das crianças. Seguindo este caminho estão vários países, como França, Suécia e Inglaterra, que utilizam o regime de guarda conjunta, ou autoridade parental conjunta, visto como mais adequado às necessidades da família no terceiro milênio.

1.2. Na Inglaterra

A guarda compartilhada aparece pela primeira vez na segunda metade do século XX, na Inglaterra. As mudanças sociológicas que começaram a ocorrer por volta de 1960, propiciaram o surgimento de novas fórmulas capazes de assegurar aos pais desunidos o pleno exercício da parentalidade, rompendo com o tradicional deferimento da chamada guarda mono parental, que na grande maioria das vezes favorecia a figura materna.

Em um primeiro momento, predominava no sistema *common law*³ o princípio de que o pai era proprietário de seus filhos, cabendo-lhe, necessariamente, a atribuição da guarda em caso de conflito.

³ Termo inglês que significa: **direito comum**. Tradutor on line. Disponível em: www.babylon.com. Acesso em: 30/11/2007.

Com a Revolução Industrial, que levou à migração dos homens do campo para as fábricas e a conseqüente mudança havida no âmbito familiar, as mulheres ficaram encarregadas da criação e educação dos filhos; passando-se a atribuir a guarda à mãe.

Essa referência legal permaneceu até a década de 60, época em que os homens voltam a assumir mais responsabilidades no âmbito familiar e as mulheres começam a ingressar no mercado de trabalho.

Se anteriormente era injusta a atribuição da guarda única e exclusivamente ao pai, os tribunais ingleses também passaram a reconhecer a injustiça em se atribuir a guarda somente à mãe, por não ser o vínculo uma via de mão única.

Assim, para minorar os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order*⁴ do exercício desse direito entre ambos os genitores. Sempre levando em consideração o interesse da criança e a perspectiva de que a participação comum dos genitores tende a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanham a ruptura.

Segundo Grissard Filho (2006, p. 134), a idéia do fracionamento possibilitou que o genitor não-guardião recuperasse o poder de dirigir a vida do filho, em igualdade com o genitor guardião, que, também, encarregar-se-ia do cuidado diário com o menor, possibilitando compartilhar a guarda, isto é, o exercício comum e cooperativo da autoridade parental.

O novo modelo de guarda foi amplamente difundido na literatura inglesa e utilizado preferencialmente por seus tribunais, ganhando adeptos na França e em outros países europeus, assim como, no Canadá e alcançando os Estados Unidos da América, onde a guarda compartilhada é aplicada na maioria de seus estados.

1.3. Na França

⁴ Termo inglês que significa: dividir, romper, repartir, separar. Waldir Grisard Filho. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2005. pág. 134.

Na França, a influência do novo instituto não demorou a se manifestar de maneira mais contundente, tendo como resultado a edição da Lei Malhuret⁵ (Lei 87.570, de 22/07/1987), que veio a modificar o Código Civil Francês, no que dizia respeito à autoridade parental.

De acordo com a nova lei, o pátrio poder deverá ser exercido por ambos os genitores, mesmo após o fim da sociedade conjugal, retirando a característica da divisibilidade da guarda após o divórcio, e impondo a responsabilidade compartilhada em relação à vida e aos bens do menor.

O Código Civil Francês trouxe consideráveis avanços no campo da guarda compartilhada que, mesmo no caso de casais não casados, ou seja, de união livre, unidos ou não, é reconhecido ao pai o direito de solicitar ao judiciário, o exercício conjunto da guarda.

Os avanços trazidos pela referida lei, em muito privilegiaram os cuidados relativos aos interesses da criança, sobretudo no planejamento familiar no tocante às decisões sobre a vida do menor, mesmo após a separação dos pais.

1.4 Nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, a influência também foi grande, chegando-se à edição do *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*⁶, que buscou uniformizar a jurisprudência em todo o país.

Segundo observa Grisard Filho (2005, p. 137):

“Como cada Estado dita sua própria lei civil, no tema em debate criam-se sérias dificuldades de aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, com danosos

⁵ Disponível em: www.pailegal.net/chicus.asp. Acesso em: 20/11/2007.

⁶ Termos em inglês que significam: **Lei uniforme para a custódia de crianças**. Tradutor online. Disponível em: www.babylon.com. Acesso em: 30/11/2007.

efeitos ao bem-estar do menor, busca-se uniformizar a legislação à respeito

Na mesma linha de raciocínio, objetiva-se assegurar ao menor um contato ininterrupto com os seus pais, sendo que a estes caberia a divisão dos direitos e das responsabilidades.

Atualmente, em todos os estados norte-americanos, a guarda compartilhada é aceita legalmente, sendo autorizada de forma expressa, presumida ou decorrente do acordo entre os pais.

Sem dúvida, a maior contribuição do Direito norte-americano ao instituto em análise foi admitir uma presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses do menor, pois é o que se pretende resguardar através do novo modelo.

A mesma presunção natural, em relação aos interesses do menor, é reconhecida no Direito Canadense, tornando-se, dessa maneira, um dos principais argumentos dos defensores do instituto. Anteriormente, a guarda era atribuída somente a um dos pais, reservando-se ao outro o direito de visita. Posteriormente, se passou a atribuir a guarda compartilhada, quando houvesse acordo entre os genitores nesse sentido.

Segundo Césare⁷ (2007), nos E.U.A., já são 33 os estados que dão preferência ou que permitem se optar pela Guarda Compartilhada (ver Anexo A).

1.5. No Canadá

A partir da década de 70, data da sua aprovação pela *Court d'Appel*⁸ inglesa, a noção de guarda compartilhada ganha a jurisprudência das províncias canadenses da *common law*, dali se espalhando por toda a América do Norte.

⁷ Wilfredo J. Césare. **Guarda Compartilhada: Uma esperança para os filhos pós-divórcio.** Disponível em: www.pailegal.net. Acesso em: 03/06/2007.

⁸ Termos em inglês que significam: **Corte Judicial.** Tradutor on line. Disponível em: www.babylon.com. Acesso em: 30/11/2007.

A regra do direito canadense, porém, ainda é a atribuição da guarda exclusiva a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita. Pois, o Tribunal entende ser difícil compelir um dos pais a cooperar quando ele não deseja uma guarda conjunta, podendo não servir aos seus objetivos. Assim, a guarda compartilhada pode ser conferida quando houver acordo entre os genitores e, evidentemente, atender os interesses dos menores.

Atualmente, os tribunais decidem no sentido de, em casos de pais separados, garantirem-lhes o direito de guarda pelo instituto da guarda compartilhada, afirmando que esta possui benefícios psicológicos para todos os envolvidos. Nenhum pai deve sentir que perdeu a criança e, em muitos casos, o relacionamento entre pais e entre pais e filhos, tornam-se melhores. A seção dezesseis de *The Divorce Act*⁹, de 1985, diz que o Tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses.

Os tribunais canadenses ao decidirem sobre a guarda indagarão acerca dos melhores interesses da criança. Levarão em consideração muitos fatores relativos ao bem-estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor.

Cabe salientar que o meio econômico não é fator decisivo para atribuição da guarda. O juiz também poderá considerar a vontade da criança maior de 12 anos, que não tem, entretanto, o direito de fazer a decisão por si mesmo.

1.6. Alemanha

A questão da guarda no direito alemão, antes da lei do divórcio de 1977, definia-se pela pesquisa da culpa na separação. Com o advento da lei sobre guarda no ano de 1979, além da mudança da denominação de pátrio poder para cuidado paternal, a entrega da guarda acomodou-se na consideração do melhor interesse do filho, a um só dos ex-cônjuges.

⁹ Termos em inglês que significam: **Ação de Divórcio**. Tradutor online. Disponível em: www.babylon.com. Acesso em: 30/11/2007.

Essa regra foi declarada inconstitucional no ano de 1982, tendo em conta que o cuidado e a educação dos filhos são direitos e obrigações dos pais, que existem no interesse da proteção dos filhos. A Corte Constitucional entendeu que o Estado não pode intervir quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes e estão dispostos a exercer o direito e a obrigação do cuidado de forma conjunta quando não existe um interesse do filho à atribuição da guarda a um só dos pais.

Como consequência, o direito de guarda pode ser atribuído aos dois ex-cônjuges conjuntamente. Em regra, o tribunal outorga a guarda comum, porque a lei considera que a guarda de um filho é uma obrigação e direito conjuntos.

1.7. No Brasil

A guarda compartilhada ou conjunta, instituto adotado na França, Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, vem sendo aplicada no Brasil com muita discrição.

Este instituto surgiu através de precedentes internacionais. A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, inspirada na Declaração de Genebra de 1924, adotou no ano de 1959 a Declaração Universal dos Direitos da Criança. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, prevê a igualdade dos sexos no momento de dissolução dos vínculos matrimoniais.

Em 1989 a ONU elaborou a Convenção sobre os Direitos da Criança, em vigor desde 1990, que traz disposições específicas sobre os direitos das crianças relativos à guarda, visitação e contato com os pais caso não haja prejuízo para a prole. Neste mesmo ano foi promulgado o Decreto-Lei nº 28/90 que ratificou seu texto no Brasil.

Pelo Decreto nº 99.710/90¹⁰, o Brasil passou a reconhecer como primordial o interesse da criança para o desenvolvimento de sua personalidade. A Lei do Divórcio (Ldiv) e

¹⁰ Lei que promulga a **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: www.senado.gov.br/sicon/Lreferencia. Acesso em: 20/11/2007.

o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecem que o interesse do menor é soberano.

2- CISÃO DA GUARDA

2.1. Ruptura dos laços familiares

A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização). Quer isso dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito da atuação prática, no cuidado diário e outro conserva as faculdades potenciais de atuação.

Assim, com o crescente número de rupturas surgem, também, os conflitos em relação à guarda de filhos de pais que não mais convivem, fossem casados ou não. Cumpre à doutrina e à jurisprudência estabelecer as soluções que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos.

Apesar da difícil missão de conceituar a expressão guarda, podemos citar dois conceitos que chegam próximos ao melhor entendimento da expressão.

Segundo a definição de De Plácido e Silva (2001, p. 263), a Guarda trata-se de:

"Locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia os filhos ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais".

Para Grisard Filho (2006, p. 55), a guarda é como "um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 384, II, do Código Civil e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas".

Sobre o assunto, o autor (2006 p. 85) dispõe ainda que:

“O processo formativo dos filhos requer a concorrência de ambos os genitores. Na constância do casamento o pátrio poder, e nele a guarda, concentra-se na pessoa dos pais, conforme artigos 380 do CC e 21 do ECA. O mesmo se dá na união estável pelo que dispõe o artigo 2º, da Lei 9.278/96. Com a separação, garantem os artigos 381 do CC e 27 da LDiv., que nenhum dos pais perde o pátrio poder relativamente aos filhos menores, mas a guarda dissocia-se, debilitando-o. Por certo, a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quando necessário para atender-se à separação dos cônjuges”.

Os princípios legais que envolvem a guarda de filhos são aplicáveis não apenas às ações de separação judicial mais, também, às ações de dissolução de sociedade de fato, pois se manifestam ao pátrio poder e não ao vínculo conjugal.

Antes da ruptura conjugal, a guarda era praticada em conjunto, após essa ruptura a guarda se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel secundário.

A separação dos genitores afeta diretamente a vida dos menores, porque modifica a estrutura da família e atinge a organização de um de seus subsistemas, o parental. Diante de tal situação, aparece uma corrente que questiona a necessidade de se manter todos os personagens da família envolvidos, mesmo após a ruptura da vida em comum, a partir de noções de outras disciplinas, como a psicologia, da assistência social tentando, assim, atenuar as conseqüências injustas que essa ruptura provoca.

O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.

Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo da ruptura conjugal, enquanto mantém os dois pais envolvidos na criação dos filhos, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto. Dessa forma, os filhos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais: portanto, a família segue existindo, alquebradas, mas não destruída.

2.1.1. A Guarda na Separação de Fato

Configura-se a separação de fato quando os cônjuges manifestam a disposição de não mais viverem juntos nem coabitarem, rompendo o vínculo conjugal sem intervenção do judiciário.

Ocorrendo a discórdia entre o casal e tornando-se impossível a convivência em comum, quase sempre se torna inevitável a separação de fato, como um primeiro estágio a anteceder a separação judicial e o divórcio.

Nesse caso, surge uma questão complexa, pois não se tendo examinado a culpa e não se sabendo com quem será mais conveniente para o menor permanecer, a quem caberá a guarda deste?

Discorrendo sobre o assunto Rodrigues (2004, p. 252) expressa a seguinte opinião:

“A tendência jurisprudencial que se observa nessas situações é manter o *status quo* ante, até que por intermédio do processo de desquite, se apurem as culpas e se decida, definitivamente, a quem cabe o direito de guarda. Assim, se o menor está sob a guarda de fato de um dos cônjuges, convém deferir-lhe provisoriamente a posse legal, enquanto Quando pendente a ação de separação”.

Tal situação se apresenta bastante razoável, pois ocorrendo a separação de fato nada mais justo que o menor permaneça com o cônjuge com o qual se encontrava, até que venha uma decisão final, pois a princípio ambos os pais tem direito a guarda do filho.

Tais regras são as mesmas a serem seguidas no caso de dissolução do concubinato, diferenciando apenas quanto ao critério da culpa, que somente é válido para os filhos havidos na constância do casamento.

Já em face ao novo sistema constitucional, além dos princípios de igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, prestigia-se também como entidade familiar a união estável, no art. 226, § 3º da Constituição Federal. A família, pelo entendimento do referido artigo Constitucional, não se constitui apenas pelo casamento, mas também pela união estável entre um homem e uma mulher, devendo o Estado assegurar proteção e assistência a cada uma das

pessoas que a integra.

Atentando para a proteção do melhor interesse dos menores, a jurisprudência, nesses casos, tem se inclinado maciçamente para a aplicação analógica artigo 10, da Lei 6.515/77 (LDiv) nos casos de dissolução conjugal de fato.

2.1.2. A Guarda na separação consensual

Na ruptura consensual, o juiz acolhe o que os pais decidiram sobre a guarda dos filhos, militando em favor dos pais na presunção de serem os melhores educadores dos filhos.

Porém, poderá o magistrado recusar-se a homologar o acordo, amparado pelo artigo 34, § 2º, da lei 6.515/77 (LDiv), delegando a guarda a um dos genitores ou até mesmo a terceiros, caso seja mais conveniente aos interesses e ao bem estar do menor.

Nesse sentido se faz oportuna a lição de Rodrigues (2004, p. 246), segundo o qual:

“O poder de apreciação do juiz é significativo, mas não deve ser confundido com arbítrio. Cumpre-lhe explicar as razões pelas quais seu entendimento se definiu em outro sentido, alterando as regras enunciadas em lei. Ele não está adstrito a solução legal, podendo regular a guarda de forma diversa, mas indicará os motivos que o levaram a esse caminho, que deverão ser efetivamente graves”.

Essa intervenção do juiz deve ser utilizada somente em casos excepcionais, pois como já foi dito, presume-se que sejam os pais os maiores interessados no bem estar do menor.

Para Rodrigues (2004, p.246):

“É necessário que o juiz tenha cautela, pois qualquer modificação no regime vigente pode trazer imensos danos psicológicos à criança. Não deve ser

severo demais ao analisar o comportamento alheio, nem excessivamente tolerante, por mera negligência”.

Não eram poucos os casos; em todas as camadas sociais, de pessoas que se separavam e depois estabeleciam uma nova união, vivendo uma vida absolutamente respeitável, de grande estabilidade, desfrutando daquela situação de fato que o próprio legislador chama de estado de casado.

2.1.3. A Guarda na separação litigiosa

Na separação judicial litigiosa, segundo dispõe o artigo 10, da Lei do Divórcio, deverão permanecer os filhos com o cônjuge inocente. Tratando-se de crianças de pouca idade a tendência jurisprudencial é de que estes permaneçam com a mãe, que é a mais indicada para oferecer o afeto, carinho e os cuidados de que a criança necessita em seus primeiros meses de vida.

Já na hipótese de ambos os cônjuges serem culpados, o problema se complica. O Código Civil, em sua edição original, oferecia uma solução mais ou menos complexa, pois ordenava que a mãe teria a guarda das filhas, enquanto menores, e dos filhos até atingirem os 6 anos de idade, momento em que deveriam ser entregues ao pai.

As razões do legislador talvez se justificassem no campo teórico, porém eram ineficazes, na prática, pois não se pode negar o inconveniente de se arrancar um menino da companhia da mãe, na qual ele estava bem, apenas por haver completado 6 anos de idade.

Daí a importância da inovação trazida pela Lei n. 4.121/62¹¹, ordenando que, em caso de culpa de ambos os cônjuges, deverão os filhos ficar em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que dessa solução possa advir prejuízo de ordem moral para as crianças. Tal orientação foi mantida pela Lei n. 6.515/77.

¹¹ Lei que dispõe sobre o **Estatuto da Mulher casada**. Disponível em: www.gontijo-familia.adv.br/texto. Acesso em: 20/11/2007.

Poderá também o juiz, após verificar que os filhos não poderão ficar nem com o pai, nem com a mãe, deferir a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, segundo o artigo 10, § 2º, LDiv.

Havendo ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, os filhos ficarão sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estavam durante o período do afastamento, é o que prevê o artigo 11, da LDiv.

A guarda de filhos, para que tenha amparo legal, deve ter sido homologada ou conseguida através de sentença judicial. Quando a definição da guarda decorrer de separação judicial litigiosa, amparada em atitude culposa de uma das partes, não deve ser atribuída a guarda ao cônjuge culpado pelo não cumprimento dos deveres constantes no artigo 231, do Código Civil. Atualmente a rigidez deste artigo se encontra minimizada, em favor dos interesses do menor.

De acordo com Rodrigues (2004, p.251):

“Diante do melhor interesse dos filhos menores, da extremada proteção da criança e do adolescente outorgada pela Constituição (art. 227, dentre outros), da igualdade entre os genitores no exercício do pátrio poder, e evolução natural dos valores sociais, chegou-se a questionar a vigência dos arts. 10 e 11, nos quais se decide a guarda com base na responsabilidade pela separação. Em nossos tribunais, acertadamente, a questão da guarda passou a ser enfocada exclusivamente sob a ótica do bem-estar dos filhos, independentemente das causas do rompimento do casamento. Até mesmo da mãe adúltera, só por esse fato não se lhe retirava a guarda de filhos menores, salvo se o seu comportamento tivesse comprometido a criação da prole”.

Acompanhando essa natural evolução, o novo Código Civil estabelece quanto à guarda, *in verbis*:

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

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

A nova lei determina, ainda, como já se fazia anteriormente, que as regras referentes à guarda e sustento dos filhos, em caso de separação litigiosa, aplicam-se, por igual, à hipótese de anulação de casamento.

Em regra geral, a guarda é dada a quem não der causa à anulação, ocorrendo de forma diferente, se o bem estar do menor assim o exigir.

2.2. Funções do genitor não guardião

São basicamente três, as medidas utilizadas pela justiça visando solucionar ou amenizar as divergências entre os pais: o direito de visitas, o direito de fiscalização e o dever de alimentos. De forma que, o estabelecimento dessas medidas, assim como da guarda, são decorrentes dos procedimentos legais na prioridade do bem-estar da criança e do adolescente.

Sua finalidade maior, é protegê-los de relações familiares que interfiram no cumprimento do direito de visita, bem como, na fiscalização e dever de alimentos; principalmente ocasionados pelo abuso do pátrio poder praticado pelos pais, os quais na maioria das vezes desconhecem a gravidade das conseqüências de sua conduta.

De acordo com Grisard Filho (2006, p. 106): “Funda-se o direito de visita em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar afeto, de firmar os vínculos familiares, à subsistência real, efetiva e eficaz”.

Tal medida tem por finalidade assegurar a continuidade fundamental das relações de afeto, respeito, dependência, reciprocidade e responsabilidade que possam existir entre pais e filhos. Mesmos quando os pais já possuem outros relacionamentos e se encontram afastados dos seus filhos, ou quando se encontram impedidos de vê-los e levá-los em sua companhia.

À falta de normas claras a respeito, a doutrina e a jurisprudência, adotaram três formas de visita: livre, de mínima regulamentação e extremamente regulamentada.

O direito de visita não é uma obrigatoriedade legal, e sim uma responsabilidade dos pais quanto à questão afetiva e emocional da criança e do adolescente. Na questão dos

alimentos, o não cumprimento da obrigação implica em penalidade, como a prisão do pai ou da mãe que se nega a assistir aos filhos materialmente.

Porém, Ramos (2005, p. 61) ressalta que:

“O direito de visita e o poder de fiscalizar a guarda são atributos não necessariamente decorrentes da autoridade parental. O direito de visita é extensível a qualquer parente, como tios e avós, e até mesmo a terceiros não parentes que possuam vínculos com a criança, como as figuras da madrasta ou padrasto, que muitas vezes são considerados pelas crianças como verdadeiros pais”.

A legislação é bastante clara, acerca do direito de visita dos pais, consubstanciado no bojo da Lei 6.515, de 22 de dezembro de 1977 (LDiv) em seu art. 15, *in verbis*: “Os pais em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Os impedimentos a essa convivência, são prejudiciais à criança e ao adolescente. Pois o afastamento de crianças e adolescentes da presença dos pais, sem levar em consideração a sua vontade, requer as devidas penalidades. Nesse sentido quando não se estabelece acordo entre os pais durante o processo do Estudo Social, compete aos magistrados o julgamento do regime do direito de visita e a regulamentação deste de acordo com o interesse da criança, seu bem-estar, levando em consideração sua idade, seu relacionamento e afetividade com o requerente.

Quanto ao direito de fiscalização, é sabido que a nossa cultura privilegia a atribuição da guarda dos filhos menores a apenas um dos genitores, em geral à mãe, cabendo ao outro o direito de visitar e ter os filhos em sua companhia, além de prestar-lhes alimentos (Anexo C). Não existe qualquer diminuição no pátrio poder, mas a amplitude de exercício se mostra mais evidente nas mãos daquele que detém a guarda.

No entanto, o que não podemos perder de vista é que o legislador pátrio, ao instituir no art. 15 da Lei 6.515, de 22.12.77 (LDiv) descritos, concedeu também ao não guardião, o direito de fiscalizar a educação e a manutenção dos mesmos.

Isto significa dizer que o guardião terá sempre que proceder de forma compatível com as necessidades e interesses dos menores, zelando por sua correta educação e manutenção. Terá sempre sob si os olhos vigilantes do outro cônjuge, que, verificando qualquer irregularidade, poderá exercer, até mesmo pelas vias judiciais, este seu direito de fiscalização, tendo acesso a todos os dados médicos, escolares e nutricionais dos filhos.

Comprovada a falta por parte do guardião, e sendo esta relevante, o não guardião poderá até mesmo pedir a alteração da guarda dos menores, uma vez que não existe direito adquirido por parte do detentor da guarda, passando então a se responsabilizar pessoalmente por eles, ou ainda pedir que o Juiz atribua a uma terceira pessoa esta responsabilidade, buscando sempre o fim maior que é o bem estar dos filhos menores.

No direito de fiscalização da guarda, criação, sustento e educação da prole atribuída ao outro cônjuge, ou a terceiro, está ínsita a faculdade de reclamar em Juízo a prestação de contas daquele que exerce a guarda dos filhos, relativamente ao numerário fornecido pelo genitor alimentante.

O Cônjuge que não tiver a guarda dos filhos poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, na periodicidade e tempo que estabelecer o Juiz, e ainda, poderá fiscalizar a educação e como são mantidos, por quem detenha a guarda, de forma geral.

É o que assegura a Lei 6.515/77, *in verbis*: "Art. 15 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação".

À respeito do dever de alimentos, estatui a vigente Constituição Federal, em seu art. 229, que, *in verbis*: "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade", estabelecendo, assim, de forma recíproca, o dever de sustento dos pais em relação aos filhos, e destes em relação aos pais.

O mesmo dever de alimentos ou de prover o sustento dos filhos, é parte integrante, também, do inciso IV do artigo 1.566 do CC: sustento, guarda e educação. Dever esse, que decorre da parentalidade e de laços consangüíneos, não do casamento.

Assim está no Novo Código Civil, em seu artigo 1.568, *in verbis*: “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”.

Esse dever resulta, pois, diretamente do pátrio poder e se constitui em responsabilidade comum dos genitores, o dever de prestar aos filhos, enquanto civilmente menores, o necessário ao seu sustento, proporcionando-lhes, com tal escopo, alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde e medicamentos etc.

O artigo 1.696 do Código Civil, discorre sobre o dever recíproco dos genitores de prestar alimentos aos filhos, em caso de desunião. Com efeito, dispõe o mesmo artigo que, *in verbis*: “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre os pais e filhos”.

O dever não se extingue com a entrega dos filhos a parentes ou estranhos, podendo, inclusive, através de exame especial de cada situação; prolongar-se para além da maioridade, quando o credor dos alimentos estuda.

Quanto ao dever de sustento dos filhos menores, não há distinção entre genitor guardião e não guardião. Os genitores não podem subtrair-se ao dever de alimentar, sustentando apenas sobre sua incapacidade econômica. Sendo que, esse dever compete mais freqüentemente ao homem, desde que os filhos não fiquem sob sua guarda.

A justiça trabalha na intenção de que os pais passem a privilegiar-se da convivência natural com os filhos sem prejuízo às partes. Que no nosso entendimento, no que tange aos direitos conflitantes, que são: direito de visita, direito de fiscalização e dever de alimentar, só possíveis, com a aplicação da guarda compartilhada, cujo exame de suas modalidades, faremos, adiante.

2.3. Funções genitor guardião

A guarda é uma das medidas específicas de proteção ao filho sem implicar

destituição do poder familiar. É a medida adequada para se manter os vínculos entre a criança ou o adolescente e sua família, é o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe residência. Porém, cabe ao genitor guardião fazer essas escolhas.

Quanto à responsabilidade civil do guardião, um aspecto importante e que deve ser levado em consideração no que diz respeito às perdas e danos decorrentes de qualquer ato culposos, ou doloso, praticado pelo filho menor.

Assim dispõe o artigo 932, I, do Código Civil, *in verbis*: “Artigo 932- São também responsáveis pela reparação civil: I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (...)”.

Competindo aos pais o dever de guarda e de educação, o legislador torna-os também responsáveis pelos danos causados pelo menor. Trata-se de uma contrapartida de sua autoridade, ou seja, direitos e vantagens de um lado, obrigações e ônus, de outro.

Para que se desencadeie a responsabilidade dos pais em relação à reparação do dano causado, três condições são necessárias: a presunção de responsabilidade diz respeito ao pai e a mãe, enquanto exercem o direito de guarda; a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor com eles coabitando e a responsabilidade dos pais só é considerada se a criança cometeu um fato culposos.

A primeira presunção é importante por que limita a responsabilidade aos pais e não a terceiros que provisoriamente, detém a guarda do filho.

No segundo caso, a presunção só pode ser invocada enquanto os filhos são menores, logo, a maioridade exclui a presunção de responsabilidade em relação aos pais.

Neste caso é fundamental a coabitação dos filhos menores com os pais, por que daí decorre a idéia de vida em comum, familiar, que é garantidora da fiscalização dos pais pelos atos dos filhos.

E, por último, a ocorrência de culpa é fundamental à caracterização da responsabilidade e, conseqüente reparação. Aqui se reafirma uma condição geral da

responsabilidade civil.

O que importa saber é se a criança tinha, ou não, discernimento suficiente para que se lhe impute um fato culposo, logo, uma criança demente não tem discernimento, e, pois, não pode ser responsabilizada por culpa.

Outro fato delicado é a indagação da solidariedade na responsabilidade, quando da instauração da monoparentalidade. No que tange a separação de fato, entende-se que não há dúvida, como esta modalidade é alheia ao mundo jurídico, as presunções se inclinam em direção à manutenção da solidariedade na responsabilidade.

Em se tratando de separação judicial, ou de divórcio, que tem como efeito imediato a determinação unilateral da autoridade parental (colocação do filho sob a guarda de um dos genitores), não há mais que se falar em solidariedade, uma vez que, o genitor sobre o qual recaiu a guarda é que tem presunção de responsabilidade.

Esta regra como muitas outras do direito de família não é absoluta, assim, o genitor-guardião, só será responsável na medida em que o filho coabita consigo, tal coabitação não só como um vínculo de dependência jurídica. Mas também de dependência material entre o genitor e o filho.

O genitor pode a qualquer tempo invocar as causas gerais de exoneração, ou seja, força maior, caso fortuito, culpa de terceiro, etc., nestes casos, competirá ao juiz se pronunciar sobre a culpa ou não do genitor-guardião.

Ao genitor ou genitora que restar com a guarda do filho será também o administrador dos Alimentos a ele devidos em decorrência da fixação judicial do pensionamento.

Observe-se que, com relação aos demais bens dos filhos, ambos os pais têm o dever de administrar os bens dos filhos menores sob sua autoridade e de usufruir os bens dos filhos enquanto estejam no exercício do poder familiar, de acordo com o art. 1.689, do Código Civil.

Porém, ressalte-se que, com relação às importâncias devidas a título de Alimentos, o único beneficiário é o filho, quando fixados a este. Se ambos os cônjuges ou companheiros

dispensaram ou renunciaram Alimentos, reciprocamente, não podem utilizar os alimentos dos filhos para manutenção do próprio genitor.

Caso contrário, em utilizando tais importâncias para sustento próprio e não os destinando, ou destinando-os somente em parte aos filhos, estará caracterizada a má administração dos bens destes, pois toda a importância ou o saldo havido deve ser aplicado em benefício do menor, e não gasto, aleatoriamente, pelo administrador do bem.

Ambos os pais detém o Poder Familiar sobre os filhos, enquanto menores, ainda na ocorrência de dissolução da Sociedade, de acordo com os artigos 1.630 e 1.632, do Código Civil.

Um efeito decorrente da má administração dos bens dos filhos menores consiste na possibilidade de suspensão ou destituição do Poder Familiar. Conforme o artigo 1.637, do Código Civil, *in verbis*:

"Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha".

Quem é titular do poder familiar possui, com relação à pessoa dos filhos menores, a direção da criação e educação; a companhia e guarda dos mesmos; a concessão ou denegação do consentimento para casamento; a nomeação de tutor por testamento ou documento autêntico; a representação até os dezesseis anos, nos atos da vida civil e assistência, após essa idade, nos atos que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; a reclamação dos menores de quem ilegalmente os detenha e exigir dos menores que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, de acordo com o art. 1.634, do Código Civil.

Quando o genitor guardião não agir com discricionariedade, poderá o Estado-Juiz proceder, reprimindo-o.

2.4. As distintas modalidades de Guarda

A doutrina conhece várias modalidades de guarda, conforme sua origem e seus fins. A seguir faremos breves considerações à respeito das mais utilizadas.

2.4.1. Guarda Comum, Desmembrada e Delegada

A guarda comum tem sua origem na constância da união conjugal, na qual o exercício da guarda é concebido a ambos os genitores, que passam a assumir sua paternidade e maternidade com relação a seus filhos. Não é legal nem judicial, antes natural, decorrente do fato da paternidade e da maternidade.

De acordo com Grisard Filho (2006, p. 80), “é diferente dos casos de menor abandonado ou em situação de perigo, nos quais atua em virtude da função social que, através de si, assume o Estado”.

Trata-se, neste caso, da guarda desmembrada do poder familiar, intervindo o Estado, pelo juizado da infância e da juventude, outorgando a guarda a quem detém o poder familiar, para a devida proteção do menor. É, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois é exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial.

2.4.2. Guarda Originária

É aquela que compete aos pais como integrante do pátrio poder, possibilitando o desenvolvimento pleno de todas as funções parentais.

2.4.3. Guarda Derivada

É a que se impõe por força da lei, representada pela tutela em qualquer uma de suas formas, segundo os artigos 407, 409 e 410 do Código Civil ou pelo Estado no desempenho de sua função social, de acordo com o artigo 30 do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069/90).

2.4.4. Guarda Material e Jurídica

A guarda material é aquela que diz respeito à posse física dos filhos, ou seja, é a proximidade diária do cônjuge guardião que reside com os filhos. Enquanto que a guarda jurídica é aquela que atribui aos pais o direito de conduzir e decidir as questões importantes na vida dos filhos.

2.4.5. Guarda de Fato

É caracterizada como sendo aquela em que uma pessoa por sua vontade própria fica responsável por uma criança ou adolescente, sem qualquer atribuição legal ou judicial. Não tendo nenhum direito de autoridade, apenas o de cumprimento com as obrigações de assistência e educação referente à criança ou adolescente.

2.4.6. Guarda Monoparental, Exclusiva ou Única

Esta é a modalidade de guarda mais comum e que impera no ordenamento jurídico brasileiro, na qual é dado à mãe a preferência de deter a guarda e ao pai o direito de visitas quinzenais.

Peres¹² (2002, p.01), nos coloca que:

“Apesar de nosso sistema jurídico vigente não existir um modelo de guarda que o magistrado deva primeiramente adotar, como em algumas legislações alienígenas, o que acaba acontecendo é no caso de ruptura conjugal o magistrado opta pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges/parceiros será nomeado o guardião, detentor portanto da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião. Apesar da nomenclatura guardião e não guardião, ambos continuarão a exercerem a guarda jurídica. A diferença no exercício da guarda jurídica é que o guardião tem a imediatividade dessa guarda, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho”.

Neste modelo de guarda, tanto os pais quanto os filhos saem prejudicados. É angustiante para um pai que sente saudades de seu filho não poder visitá-lo porque não é seu dia de visita. Ele tem data e horário determinado pelo magistrado para poder sentir saudades do filho, este, por sua vez, vê na figura do pai um estranho, fazendo com que se sinta completamente abandonado pelo pai, pois ele não está presente em seu cotidiano.

Silva¹³ (2006, pág. única), nos escreve que a “percepção infantil do tempo cronológico é diferente da percepção de um adulto. Uma semana para um adulto pode corresponder a um mês para uma criança”.

2.4.7. Guarda Provisória

A guarda provisória, também chamada de temporária é a que surge na pendência dos processos de separação judicial ou de divórcio, quando o menor é confiado a um só dos pais sob o regime de guarda única. Trata-se de medida provisória, enquanto se aguarda a solução da demanda que se dará com a sentença, que homologa ou decreta o fim da sociedade

¹² Luiz Felipe Lyrio Peres. **Guarda Compartilhada**. 2002. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 24/11/2007.

¹³ Evandro Luiz Silva. **Dois lares é melhor que um**. 2006. Disponível em: www.pailegal.net/fatpar. Acesso em: 24/11/2007.

conjugal, tornando-se definitiva após criterioso exame do magistrado a fim de atribuir a guarda ao genitor mais apto a atender as necessidades do menor.

2.4.8. Guarda Definitiva

Quanto à guarda definitiva, o termo definitivo apresenta-se impróprio, pois sendo a finalidade primordial da guarda satisfazer o interesse do menor, de acordo com as circunstâncias que envolvem seu desenvolvimento, esta poderá ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz, por disposição dos artigos 35 e 149, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). O que ocorre é que, a concessão da guarda a um dos genitores, não faz coisa julgada, prevalecendo nesse caso a cláusula *rebus sic standibus*¹⁴, ou seja, a sentença será imutável enquanto a situação fática permanecer a mesma, afastando assim a regra do artigo 471 do CPC.

2.4.9. Aninhamento ou Nidação

Nesta modalidade de guarda, são os pais que se revezam, ao invés dos filhos. Os filhos moram em uma única casa e os pais se mudam em períodos alternados de tempo para conviver com os filhos. Este modelo é raríssimo e não perdura, pelos altos custos que impõem à sua manutenção.

2.4.10. Guarda Alternada

Precisamos deixar claro que guarda alternada não é a mesma de guarda compartilhada, haja vista que há uma grande confusão entre as duas, principalmente, pelos profissionais que a estudam e a defendem.

¹⁴ Brocardo latino que significa: Estando as coisas assim. Disponível em www.geocities.com/athens/agora. Acesso em 04/12/2007.

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante este período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes- deveres que integram o poder parental.

Nesta modalidade de guarda, não há divisões de responsabilidades parentais. Cada um dos genitores fica responsável em tomar as decisões referentes aos filhos durante o período que estes estão com eles. Os genitores são obrigados, por lei, a dividir em partes iguais o tempo que passam com os filhos e durante este período cada um fica responsável pela guarda material dos filhos menores. Enquanto um genitor exerce a guarda no período que lhe foi reservado com todo os os atributos que lhe são próprios, ao outro transfere-se o direito de visitas. Ao término do período a criança faz o caminho de volta, independentemente da manifestação judicial.

Segundo Silva¹⁵ (2006 pág. única):

“Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar- se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir a criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono”.

A vantagem deste modelo é o não guardião não se preocupar com fim dos laços de afetividade e as desvantagens desse arranjo são o elevado número de mudança, repetidas separações e menor uniformidade na vida cotidiana do menor.

A guarda alternada não deixa de ser uma espécie de guarda única, observando apenas, uma alternância das posições dos genitores.

¹⁵ Evandro Luiz Silva. **Dois lares é melhor que um**. 2006. Disponível em: www.pailegal.net/fatpar. Acesso em: 24/11/2007.

3. DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1. Guarda Compartilhada/Conjunta

Cumpra observar que, segundo Grisard Filho (2006, p. 126):

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

Quem se separa é o casal e não o pai e a mãe que devem permanecer unidos em torno dos interesses de seus filhos, dividindo as responsabilidades parentais após a separação. Para o sucesso da guarda compartilhada, é preciso um amadurecimento e flexibilidade por parte dos cônjuges.

O principal objetivo é a continuidade da autoridade parental após a ruptura conjugal, incentivando o vínculo existente entre pais e filhos durante a constância da união conjugal.

A guarda compartilhada se subdivide-se em duas modalidades: Guarda compartilhada/ conjunta legal ou jurídica, onde os pais permanecem unidos nas principais decisões da vida do filho e Guarda compartilhada/conjunta física ou material, onde os pais permanecem em igualdade de tempo em companhia da criança.

Colocando assim, percebemos que, na guarda compartilhada conjunta legal ou jurídica, ambos os genitores continuam responsáveis pelas decisões referentes aos filhos, mas apenas um deles detém a guarda física. Neste caso, há uma residência fixa.

Enquanto que na guarda compartilhada/conjunta física ou material, há alternância quanto da guarda física como da residência, ambos continuam detentores da guarda jurídica dos filhos.

Não existe um modelo padrão de guarda compartilhada. O que existe são possibilidades de planejamento e reflexões sobre os arranjos familiares de responsabilidade parental que priorizem a relação dos filhos com seus pais. Que são repensados e reavaliados, periodicamente, podendo ser modificado a qualquer tempo para um novo modelo de responsabilidade parental se perceberem que esta forma de guarda compartilhada não está tendo sucesso.

No Brasil, ainda estamos construindo, de forma tímida, uma cultura e legislação a respeito da guarda compartilhada. Esta modalidade ainda é pouco utilizada no Poder Judiciário, apesar de, como já vimos, não encontrar nenhum obstáculo na Legislação Brasileira. Alguns tribunais já vêm deferindo a guarda compartilhada com sucesso em suas decisões.

3.2. Fundamentos da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada possui seu fundamento na garantia do melhor interesse do menor bem como na garantia constitucional de isonomia dos genitores, visando à continuidade das relações afetivas familiares.

A relação afetiva entre pais e filhos não deve ser confundida com a relação conjugal dos genitores. O sentido da guarda compartilhada ultrapassa a simples divisão de tarefas entre os pais, na medida que garante um duplo vínculo de filiação, apesar da cisão conjugal.

Nesse contexto, há a consagração da manutenção da unidade familiar, ou seja, o exercício do poder familiar é um direito e dever, preponderante a qualquer situação que diga respeito aos pais, pois, após a separação, o que deve ser reformulado é o estado conjugal e não o parental.

No modelo compartilhado, a criança tem garantida uma convivência ampliada com ambos os genitores, o que certamente resultará de forma positiva para o bom desenvolvimento deste indivíduo em formação.

3.2.1. Interesse do menor

Ao serem decididas questões referentes à guarda, é necessário privilegiar o interesse da criança. Entre os diversos princípios que interessam diretamente ao Direito de Família, o do interesse do menor possui relevância, e sua preponderância perante aos demais se faz necessária.

Este princípio primeiramente consolidou-se na cultura, e hoje é valor tutelado pelo Estado. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989, teve papel fundamental no alargamento e confirmação do princípio do melhor interesse da criança, destacando em seu art. 3.1:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”.

A Convenção proclama como seus destinatários os menores de dezoito anos, sendo um dos motivos que levou o legislador brasileiro procurou classificar a criança e o adolescente.

No ordenamento jurídico brasileiro, este princípio está implícito no texto da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, a lei não define qual o real significado do superior interesse da criança, deixando ao magistrado, pelo seu poder discricionário, investigar e definir quais são esses interesses, que devem estar acima de quaisquer outros, embora sejam estes legítimos.

O melhor interesse da criança é de observância indispensável para a concretização de seus direitos fundamentais, pois, como sujeito de direitos, deve ter boa formação moral, social, psicológica, saúde mental e emocional.

O modelo compartilhado procura reorganizar a relação genitor e filho, de modo que, mesmo com a família desunida, os laços familiares continuem estreitos.

Desta forma, visa a garantir o melhor interesse da criança, que é beneficiada, na medida em que tem ambos os pais envolvidos em sua criação, como era antes da dissolução do vínculo conjugal.

3.2.2. Igualdade dos genitores

É certo que a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quando necessário para atender-se à separação dos cônjuges.

O pai e mãe separados entre si estão em igualdade, relativamente às responsabilidades na educação e formação dos filhos e ao direito de convívio com as crianças.

De acordo com Ramos (2005, p. 51): “A igualdade de direito impede, assim, que seja dada preferência a um dos genitores, tão só em razão do sexo, para o exercício da guarda dos filhos, em havendo separação”.

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

Mesmo inexistindo a guarda compartilhada na prática forense, torna-se possível, em nosso Direito, um meio de assegurar a igualdade entre os genitores na formação e educação dos filhos, aumentando o relacionamento com o genitor que se afasta devido ao término da sociedade conjugal.

O texto constitucional, em seu artigo 226, § 5º, consagra o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, referente aos seus direitos e deveres dentro da sociedade conjugal, como já deixamos claro, no sub item 2.2.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, em seu artigo 1º, impõe o dever à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público assegurar ao menor uma convivência familiar. É garantido ao menor, art. 16, V, 19, ambos do ECA, participar da vida familiar e de ser criado e educado no seio de sua família.

A guarda é o instituto jurídico que visa a proteger o filho menor, prestando-lhe assistência material, moral e educacional, dando a seu detentor a capacidade de opor-se nas decisões tomadas.

3.2.3. Responsabilidade civil

Na constância do casamento ou união estável, quando falamos da responsabilidade civil dos filhos, estamos nos referindo a uma responsabilidade civil solidária. Todavia, quando ocorre a ruptura conjugal, e conseqüentemente o deferimento da Guarda única ou exclusiva, cessa a solidariedade da responsabilidade civil dos pais, passando o encargo apenas para o cônjuge ou companheiro que fica com a Guarda do menor.

Portanto, na guarda única ou exclusiva fica claro que o legislador incumbiu o detentor da Guarda pela responsabilidade civil, salvo suas excludentes. Por outro lado, caso a opção seja pela guarda compartilhada, tendência atual, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união; ou seja: continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais, uma vez que o quadro não se alterou.

3.3. Guarda Compartilhada na Constituição Federal Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente

A guarda compartilhada decorre do direito constitucional à convivência familiar. Que é um direito fundamental e constitucionalmente assegurado e vem previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que consiste no direito de ser criado e educado no âmbito da

própria família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive, conceitua também o dever de família em seu artigo 4º, *in verbis*:

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

O centro da tutela constitucional deslocou-se do casamento para as relações familiares, dando ensejo a uma tutela que visa essencialmente à dignidade de seus membros.

O marco decisivo para a implantação da guarda provisória, se encontra na Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu artigo 226, § 3º e 4º, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar; o § 5º, do mesmo artigo, trouxe grande contribuição, ao regulamentar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. O artigo 229, da Carta Magna, atribui aos pais "o dever de assistir, criar e educar os filhos menores".

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, de forma objetiva, atribui em seu artigo 4º, como dever da família, ao lado da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária.

Tal dispositivo contido no Estatuto da Criança e do Adolescente, na verdade, deu efetividade ao artigo 227, da Constituição Federal, que consolida como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à convivência familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo sobre a proteção integral do menor (art. 1º), 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. Por isso, é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar (art. 16, inciso V) e de ser criado e educado no seio de sua família, (art. 19), submetendo-se ao poder familiar do pai e da mãe, exercido em igualdade de condições (art. 21), a quem, conjuntamente, a lei incumbe o dever de sustento, guarda e educação (art. 22).

Utilizando-se dessas prerrogativas pode o magistrado determinar a guarda compartilhada, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende aos superiores interesses do menor e se for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no artigo 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda compartilhada encontra, em nosso direito, ampla admissibilidade, seja à vista do Texto Constitucional, seja com amparo na Lei do Divórcio, seja enfim, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que esses diplomas privilegiam, fazendo eco com as normativas internacionais, os melhores interesses da criança como sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento.

3.4. Comentários sobre as propostas de Legislação de Guarda Compartilhada

Tendo em vista acompanhar o desenvolver doutrinário, e mesmo estimular o jurisprudencial, foram criadas três propostas de Lei, com o escopo de modificar o Código Civil de 2002, antes mesmo de sua entrada em vigor, pela introdução expressa do sistema da guarda compartilhada.

Uma, recebeu o número 6.350/02 (ver Anexo B), altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, priorizando a guarda compartilhada em relação à guarda unilateral, definindo o instituto e fazendo a referência expressa à guarda material da criança. A segunda proposta, que recebeu o número 6.315/02 (ver Anexo C), altera tão somente o artigo 1.583 para fazer referência expressa à possibilidade de homologação judicial do acordo celebrado. A terceira

proposta, mais resumida, é muito semelhante à primeira.

Sobre as propostas dos Projetos de Lei, Bruno¹⁶, escreveu um interessante artigo, onde analisa ambas propostas. Sobre a proposta do Deputado Feu Rosa (PP-SC), ela escreveu:

“A proposta contida no projeto de lei nº 6.315/02, elaborada pelo Deputado Feu Rosa, objetiva a homologação do modelo de guarda compartilhada apenas nos casos onde não haja litígio entre os cônjuges ou ex-cônjuges, ou seja, apenas em dissoluções onde exista consenso entre os pais, no que tange ao melhor interesse do filho.

Por outro lado, faz-se necessário dizer que o texto em si é demasiadamente simplificado, pois, não engloba a possibilidade da guarda compartilhada nos casos onde exista litígio entre os cônjuges, que, sem dúvida, é onde repousa uma das maiores dificuldades para a implantação deste modelo de guarda.

Ao omitir-se quanto à possibilidade da guarda compartilhada em situações de litígio, o legislador dá a impressão de que este sistema somente pode existir quando não há conflito entre os cônjuges. Tal entendimento comprometeria os benefícios visados pela guarda conjunta, pois, a maioria das separações ocorrem sob a égide de situações conflituosas e que, por isso, seja onde mais necessite de norma jurídica regulamentando. Isso sem mencionar que o método de mediação tornar-se-ia quase totalmente inócuo diante deste contexto”.

Quanto ao Projeto do Deputado Tildem Santiago¹⁷ (PT-MG), a advogada observa o seguinte:

“O Projeto de Lei nº 6.350/02 elaborado pelo então Deputado Tildem Santiago, ao contrário do primeiro, proposto pelo Deputado Feu Rosa, é dotado de uma maior abrangência, incluindo em seu texto a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada na hipótese de ruptura conjugal na forma consensual e litigiosa.

Um ponto relevante desse segundo projeto, que não ocorre no primeiro, é a definição da guarda compartilhada, conceituando-a quanto ao seu aspecto jurídico e material.

¹⁶ Denise Duarte Bruno. **Guarda Compartilhada**. Disponível em: www.pailegal.net. Acesso em: 22/10/2007.

¹⁷ Tildem Santiago é o criador do Projeto de Lei nº 6.350, de 2002, que trata sobre a Guarda Compartilhada.

Como já foi dito, projetos de lei neste sentido, não devem autorizar tal instituto apenas em casos de separação ou divórcio consensual, uma vez que, mesmo em havendo litígio, as partes podem acordar quanto à guarda, tal como já é permitido mesmo hoje, uma interpretação extensiva do art. 9º, da Lei 6.515/77, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos, respectivos processos e dá outras providências.

Nossa legislação deve socorrer os filhos de casais que não conseguem encontrar um acordo, seja através da autorização legal para a guarda compartilhada/conjunta diante de um litígio, seja definindo como melhor interesse da criança uma maior elasticidade nos direitos de visitas, autorizando uma convivência estreita com os genitores, independente do tipo de guarda adotado.

Esperemos que ao menos um dos Projetos seja aplicado em nossa legislação, pois como já foi dito várias vezes, os nossos tribunais necessitam de leis determinantes para tenham onde buscar alternativas, para tão sério problema, mesmo porque, nossa legislação sobre Guarda Compartilhada é tão escassa e exígua.

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

4. ASPECTOS IMPORTANTES À RESPEITO DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1. Benefícios da Guarda Compartilhada segundo a Psicologia

No atual estágio do direito de família, a questão da guarda de menores é alvo de inúmeros debates. Em especial a guarda compartilhada.

Com razão, o divórcio dos pais acarreta uma série de perdas para os filhos. O objetivo da guarda compartilhada, como já foi dito, visa precipuamente, amenizar as perdas, beneficiando a criança à medida que ambos os pais estão igualmente envolvidos em sua criação e educação.

Tenta-se diminuir os efeitos negativos da saída de um dos genitores da vida diária dos filhos. Logo, o operador do Direito não deve esquecer-se das informações e os conhecimentos trazidos por outras fontes ou ciências, como a Psicologia.

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

Nesse sentido, posiciona-se Silva¹⁸ (2006 pág. única) favorável à guarda compartilhada, como alternativa mais adequada à saúde psíquica da criança:

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

¹⁸ Evandro Luiz Silva. **Dois lares é melhor que um.** Disponível em: www.pailegal.net/fatpar. Acesso em: 24/11/2007.

Sob o prisma da análise psicológica da guarda compartilhada, torna-se necessário fazermos uma distinção da guarda compartilhada jurídica e da guarda compartilhada jurídica/física.

A respeito da guarda compartilhada jurídica, como já foi dito, trata-se do compartilhamento dos direitos-deveres sem a existência da fiscalização, tendo sempre o menor um domicílio fixo.

Normalmente os argumentos em prol da guarda exclusiva da mãe giram em torno das dificuldades que a criança teria em adaptar-se a duas casas, e da necessidade de que ela tenha um único referencial de lar.

Portanto, os defensores dessa corrente argumentam que sociologicamente a criança ou adolescente não poderia ter dois lares em virtude que isso lhe traria instabilidade, devendo o menor evitar grandes alterações em sua vida e rotina, permanecendo tudo o que não for imprescindível mudar.

Assim, o menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e um centro de apoio para as suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, aonde finquem suas raízes físicas e sociais, com o qual ele sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida.

Porém, a opinião de Silva¹⁹ (2006, pág. única) é diferente:

“A guarda compartilhada diminui o tempo de ausência dos pais. Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais”.

Com a relação da guarda compartilhada jurídica/física, além dos direitos e deveres, também serão decididos em conjunto o melhor arranjo para criança, ou seja, o menor também

¹⁹ Ibid, mesma página.

terá dois lares.

Dentre os principais defensores para que a criança tenha dois lares encontramos o professor de psicologia, da Universidade de São Paulo, Lino de Macedo²⁰ (2002, pág. Única).

Na opinião do professor:

“A criança é extremamente flexível. Rapidamente ela assimila as diferenças entre a casa do pai e a da mãe. Mesmo quando as regras não são exatamente as mesmas, ela sabe o que pode e o que não pode, diz. O fato de ter duas casas, segundo ele, às vezes até ajuda a criança a concretizar a nova situação. Até os dez anos, a criança tem necessidade da expressão física dos acontecimentos. Ela tem dificuldade de elaborar internamente que o pai se separou da mãe, mas não dela, que, apesar de não morar na mesma casa, ainda a ama. Então, ter um lugar seu na casa e no dia-a-dia do pai concretiza esse amor, explica”.

Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas.

Permitir à criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono. Vimos que normalmente os argumentos em prol da guarda exclusiva da mãe giram em torno das dificuldades que a criança teria em adaptar-se a duas casas, e da necessidade de que ela tenha um referencial de lar. Os psicanalistas e psicólogos estudiosos do assunto, não vêm qualquer fundamentação técnica para tais suposições.

Segundo o psicanalista Gadbem²¹ (2006, pág. única), na guarda compartilhada, com alternância de casas, tais comportamentos não acontecem ou são muito reduzidos; as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico.

²⁰ Lino Macedo. **Entre dois amores**. Revista Isto é. 06/02/2002. Disponível em: www.apase.com.br. Acesso em: 15/11/2007.

²¹ Mauricio Gadbem. **Os benefícios da Guarda Compartilhada**. Disponível em: www.apase.com.br/procriando. Acesso em: 15/11/2007.

O autor acredita que, uma separação que atenda às necessidades dos filhos, traria os seguintes benefícios:

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

O posicionamento do psicanalista vai mais adiante, acreditando que a guarda compartilhada com a alternância de casas só é possível quando os pais residem na mesma cidade.

Silva²² (2006, pág. única) acrescenta que, Freud considerava que a partir de um ano de idade as crianças começam a entender que as pessoas vão e voltam; que os pais saem para trabalhar e depois retornam, etc. Tratam-se de situações essenciais para o bom desenvolvimento das crianças. Ou seja, vão-se adaptando diante das exigências do seu meio.

Por conseguinte, não podemos evitar as frustrações da criança, pois estas são inevitáveis e as ajudam a enfrentar os seus sentimentos. A psicologia moderna defende o contato diário dos filhos com ambos os pais como imprescindível para o bom desenvolvimento da personalidade daqueles.

Silva²³ (2006, pág. única), observa que:

“Uma criança não é um cristal que pode partir-se por um descuido qualquer.

²² Evandro Luiz Silva. **Os efeitos do tipo de guarda, na dinâmica da criança.** Disponível em: www.apase.com.br/procriando. Acesso em: 14/11/2007.

²³ Evandro Luiz Silva. **Dois lares é melhor que um.** Disponível em: www.pailegal.com.br. Acesso em: 15/11/2007.

A rotina de uma criança pode variar sim, de acordo com as exigências externas, pois ela precisa viver a realidade do seu meio. Se os pais estiverem seguros, passarão segurança aos filhos, e a adaptação à nova situação será tranquila”.

Assim, vemos que, se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra visita já é por si só restritiva, e o progenitor que detém a guarda já será legalmente considerado mais importante, já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro.

Logo, mesmo em litígio, a guarda compartilhada; em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos. Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais.

Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não basta algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc.

Enfim, são muitos os benefícios que advêm da a guarda compartilhada, que reflete num maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, mas, para o sucesso deste modelo, aliás, como o de qualquer outro modelo de guarda, e para o conseqüente bem-estar da criança, os pais devem aprender a discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.

4.2. Argumentos favoráveis à Guarda Compartilhada

A guarda única ou exclusiva foi o modelo mais adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao longo da história, ou seja, após o rompimento do vínculo conjugal, somente um

dos pais teria o direito de cuidar dos filhos.

Se o modelo contemporâneo de família, e suas relações intrapessoais, é hoje diferente do que ocorria no passado, modificado pelas transformações econômicas, políticas, culturais e sociais, torna-se evidente a necessidade de se considerar, também, um modelo diferente de cuidados com os filhos, quando profundas mudanças estruturais recai sobre a família. Daí, o questionamento quanto à eficácia do modelo de guarda exclusiva, que visa atender exclusivamente às expectativas dos pais, em detrimento dos filhos menores, que, inegavelmente, necessitam de ambos os pais para sua formação. Busca-se uma solução que beneficie a família. Entretanto, qualquer modelo apresenta prós e contras.

Ao nosso sentir, talvez a solução esteja na guarda compartilhada, haja visto, que privilegia a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados relativos à educação e à criação do menor.

Embora, ao que parece, os estudos científicos não sejam, ainda, conclusivos pois começaram a ser desenvolvidos a mais de 20 anos e ainda não se terminou; podemos, listar algumas vantagens e desvantagens desse novo modelo de guarda.

Traz aos pais uma tarefa multidisciplinar, exigindo de ambos a missão de cuidar dos filhos, assumindo todas as responsabilidades para com sua conduta e exigindo alguns requisitos básicos para a sua concessão, quais sejam: respeito mútuo, capacidade colaborativa, flexibilidade, disponibilidade física e afetiva, e, se possível, a proximidade entre as residências.

Os modelos de guarda vistos anteriormente, não atendem a essas exigências e necessidades, pois, só a guarda compartilhada é capaz de assegurar aos filhos, o direito de ter dois pais de forma ininterrupta em suas vidas. Dessa forma, fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores.

Aqui, não se discute sobre as perdas que a separação dos pais, pode impor aos filhos. Pois, perdem a família e um dos pais. Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que essa separação pode ter na vida da família, como um todo, enquanto se pais envolvidos na criação dos filhos de forma conjunta e ininterrupta.

Segundo observou Beviláqua (1956, p.123): “O desquite dissolve a sociedade conjugal, porém, não a parental, entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados”.

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igual, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Diante disso, os pais podem planejar como lhe convém a guarda física.

Outra vantagem observada, é que, a guarda compartilhada não sobrecarrega apenas um dos genitores como acontece na guarda unilateral, única, exclusiva, modalidade na qual o cônjuge não guardião vai se distanciando cada vez mais da vida do filho.

Já a guarda exclusiva por parte da mãe, a sobrecarrega demasiadamente e não a deixa livre para se desenvolver afetiva, profissional e economicamente, sendo que, ainda, se tende a perpetuar a freqüente dependência econômica do ex-marido. O que antes era considerado uma dádiva, agora, muitas vezes, passou a ser considerado um ônus.

Pode deteriorar as relações das crianças com a mãe, que passa a vê-los como um peso que limita os seus movimentos e sua privacidade. Pode também dificultar as relações com o pai que passa a ser visto como um ausente provedor de dinheiro, que teria condições dar sempre mais, mas não o faz.

É importante lembrar que, quando falamos em família, principalmente quando relacionada à guarda dos filhos menores, provenientes de uma separação conjugal, tudo gira em torno do melhor interesse da criança e do adolescente. Dificilmente se pensa no bem estar dos pais, o que não acontece no modelo de guarda compartilhada, que privilegia pais e filhos.

Sobre estas vantagens manifesta - se Grisard Filho (2005 p. 191):

“Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões

conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda –os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades”.

A guarda compartilhada valoriza, principalmente, a continuidade da relação da criança com seu dois genitores após o divórcio, responsabilizando ambos os pais nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Os demais modelos não atendiam a essas necessidades, a essas exigências. Por sua vez, o novo modelo possibilita aos filhos, o direito de ter os dois pais participando conjuntamente de suas vidas.

Nesse novo modelo não são fixados prévia e rigidamente os períodos que os filhos irão passar com cada um dos genitores, mais deve-se buscar um arranjo adequado à realidade da família, sempre tendo em vista o bem-estar do menor.

Azevedo²⁴ (2006, pág. única), deixa claro que não existe um arranjo padrão na guarda compartilhada:

“O melhor arranjo é aquele que possibilita o maior contato das crianças com os pais, a qual deve dispensar interesses em seu bem estar, educação, saúde e seu desenvolvimento como um todo. Os sentimentos de responsabilidade e de solidariedade devem ser incentivados, organizando-se um modelo de forma livre, mas a favor da criança, do jovem e da família, potenciando-se a força nela iminentes, o que redundara menores riscos de marginalização e estigmatização”.

Enquanto que na guarda monoparental o guardião toma as decisões sozinho, teoricamente sob o controle do juiz e do genitor não-guardião, na guarda compartilhada o exercício conjunto da autoridade parental invoca um acordo permanente entre os pais com a devida concordância estatal.

²⁴ Maria Raimunda Teixeira de Azevedo. **Guarda Compartilhada**. Disponível em www.pailegal.net/chicus. Acesso em: 17/11/2007.

É importante ressaltar que a guarda compartilhada pretende atenuar o impacto negativo das separações e reequilibrar os papéis parentais na tomada de decisões importantes relativas aos filhos e incentivar o contato freqüente e contínuo destes com seus dois pais; porém, não significa que seja uma divisão pela metade, em que os genitores sejam obrigados a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos, como ocorre por exemplo, na guarda alternada.

Assim como, cabe ao genitor não-guardião fiscalizar a educação dos filhos, facultando-lhe a lei recorrer ao Judiciário para solucionar as possíveis divergências quando não satisfeito quanto aos atos praticados pelo genitor guardião. É sabido que isso raramente acontece, talvez devido à falta de praticidade ou por inoperância do Estado. Resultando, lamentavelmente, em confundir dar educação com pagar pensão. O que não acontece na guarda conjunta, em que ambos os genitores participam diária e ativamente na educação da criança.

Segundo observa Grisard Filho (2006, p. 187):

“A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem igualmente simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto”.

É de suma importância que a participação em conjunto dos pais, na criação e educação dos filhos, permaneça após a extinção da união conjugal, para que a vida afetiva e social entre pais e filhos não se destitua, pois a mesma, assim como a proximidade de ambos os genitores, é fundamental no decorrer do desenvolvimento da criança como já vimos, no sub-item que trata sob os aspectos psicológicos dos pais e filhos, quando da ruptura conjugal.

Ou seja, a separação ou divórcio não deixa de acarretar uma série de perdas psicológicas à criança, as quais podem e devem ser amenizadas, com a confirmação aos filhos de que o vínculo dos mesmos, com os dois genitores, não deixa de existir.

Toda criança tem o direito e a necessidade de conhecer o seu pai, não um pai

condenado a um convívio limitado a visitas como se ele fosse alguém a ser evitado. Em toda separação, os pais são responsáveis. Conhecer o pai é compartilhar com ele de seu dia-a-dia, onde os filhos possam ter mais intimidade com seus sentimentos, sentir sua visão de mundo, sua profissão, seu cotidiano, sua opinião sobre o mundo, amor, e vida.

O pai ou a mãe não detentor da guarda, é um sério candidato a se ausentar da vida dos filhos, através das visitas esporádicas do pai ou da mãe, a criança corre o sério risco de cair no chamado ciclo do afastamento, pois é natural que tenha dificuldade em se sentir incluída na vida do outro. Em geral, aos poucos, o vínculo afetivo é rompido. Isso não costuma ocorrer se o filho passa a ter o direito de convívio simultâneo, com ambos os pais.

Além das vantagens, já discorridas para os filhos, existem ainda, outras inúmeras vantagens, como, por exemplo, propiciar acesso a ambos os pais, reduzir a sensação de abandono, reduzir a pressão sobre a criança para escolha um dos pais, etc.

Sim, a guarda compartilhada, elimina os conflitos de lealdade, pois os filhos querem estar com ambos os pais, e por isso ficam apreensivos na hora de ter que optar por apenas um deles. Dolto²⁵ (1989) já advertia: “Uma criança deve ser ouvida, mas sem colocá-la em situação de decidir com quem deseja ficar...”. No Brasil, como já foi dito, ouvir a criança é uma exceção. Porém os juízes costumam sentir a opinião do menor, sem exigir dele, que faça uma escolha.

Percebe-se que todos saem beneficiados com este novo modelo de responsabilidade parental. O vínculo existente continua o mesmo de quando pais e filho residiam na mesma casa, não existe o direito de visitas com horário determinado pelo juiz. Os pais podem conviver diariamente com o filho, dando continuidade as responsabilidades parentais, principalmente, na divisão dos alimentos.

Já foram realizadas diversas pesquisas sobre os efeitos da guarda compartilhada, principalmente nos Estados Unidos. Grisard Filho (2006, p.139) nos informa que:

²⁵ Françoise Dolto. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro. Zahar editor 1989, p.28 in: Gita Goldemberg. **A importância do saber psicanalítico para a perícia**. Disponível em: sisnet.aduaneiras.com.br. Acesso em: 15/11/2007.

“As estatísticas, nos Estados Unidos, à respeito da guarda compartilhada, demonstram que os pais são amplamente favoráveis à ela, sob vários aspectos: auto-estima, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psico-emocional, etc”.

Segundo observa Nick (1996, p.03), existem pesquisas idôneas, que constataam que crianças criadas sem a presença de um dos pais, têm aumento significativo em gravidez precoce, abandono de escola, delinquência juvenil, dependência de drogas, entre outros.

Uma excelente pesquisa do Departamento de Serviços Humanos e Sociais dos Estados Unidos da América do Norte²⁶, veiculada no site do Conselho dos Direitos das Crianças (Children's Right's Council) daquele país, concluiu o seguinte:

“Mais de ¼ das crianças americanas - aproximadamente 17 milhões - não vivem com ambos os pais. Meninas sem um dos genitores em suas vidas, tem 2 ½ vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um dos pais em suas vidas tem 63% mais de chances de fugirem de casa e 37% mais de chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem um dos pais tem 2 vezes mais chances de abandonarem a escola, 2 vezes mais chances de acabarem na cadeia e, aproximadamente, 4 vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais de comportamento”.

O resultado da aplicação do modelo de guarda unilateral fica claro, e de forma incontestável, no acompanhamento estatístico dos órgãos responsáveis do Governo americano. Através dessa pesquisa, pode-se comprovar os vários efeitos maléficos em crianças decorrentes da falta de um dos genitores em suas vidas.

É importante, deixar claro, que as barreiras que geram divisões entre os pais em relação à criação e educação dos filhos, na ocorrência da separação ou divórcio, devem ser superadas, para que os filhos, frutos dessa união desfeita, tenham um desenvolvimento seguro e saudável.

Sabemos que não é fácil. Nenhuma solução pode ser garantida de forma absoluta, nem

²⁶ Pesquisa disponível em: www.br.geocities.com/apasece/paginadefotos.html. Acesso em 11/11/2007.

pelo juiz, nem pelos profissionais que atuam nos casos em questão. Parece não existir nenhum tipo de guarda que não possua algum efeito colateral, mas os pais que permanecem, após a separação conjugal, com uma relação de respeito e até de relativa amizade, são os que têm condições iguais de participação e presença com seus filhos.

Evidentemente, que a concessão da guarda compartilhada, não pode ser considerada uma solução pronta e acabada, visto que, nem mesmo a família original do menor está imune a erros, limitações e dificuldades. Nenhuma previsão sobre a efetividade de uma solução de guarda pode ser garantida como absoluta.

Porém, mesmo Carcereri²⁷ (2001, pág. única), um crítico da guarda compartilhada, observa vantagens no modelo:

“Não se pode negar que a guarda conjunta, em alguns casos, pode conciliar o interesse dos pais com os dos filhos: tratando-se de um casal de jovens que não contam com auxílio para cuidar dos filhos, a opção pela guarda conjunta permitiria a divisão do encargo, e, ao mesmo tempo, um convívio razoável para ambos os pais”.

Concordo, também, com a opinião de Grisard Filho (2006, p.157), um dos maiores defensores da adoção da Guarda Compartilhada pelo ordenamento jurídico brasileiro, quando diz que guarda compartilhada é um dos únicos meios de assegurar uma verdadeira igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento destes, com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família.

Com certeza, se contrapõe, com vantagens, à guarda unilateral, que interfere na adequada convivência do filho com o pai ou a mãe não-detentor da guarda, não atendendo as necessidades do menor, que não dispensa a presença, permanente, conjunta, ininterrupta, de ambos os genitores em sua formação para a vida e que a função paternal, nas diversas fases do desenvolvimento dos filhos, não é descartável.

Felizmente, nos últimos anos, a mentalidade masculina está mudando em relação à

²⁷ Pedro Augusto Lemos Carcereri. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 16/11/2007.

participação na vida dos filhos. Segundo a Participais²⁸, em São Paulo, o pedido de guarda requisitado por pais, em 2001, foi maior que o feito por mães: 53% contra 45%.

Portanto, há um número cada vez maior de homens que desejam continuar envolvidos na vida dos filhos, mostrando menor disposição de conceder a guarda à ex-esposa. Por outro lado, há um número cada vez maior de mulheres que desejam retomar às suas carreiras profissionais juntamente com a criação dos filhos, recebendo muito bem a proposta de ter a guarda dos filhos compartilhada com os ex-companheiros. Foi o que concluíram os autores Waldir Grisard Filho e Sérgio Eduardo Nick²⁹.

Como já foi dito, opõe-se com vantagem, à guarda unilateral, que frustra a adequada convivência com o pai ou a mãe não-detentor da guarda, não atendendo aos interesses do menor, que não dispensa a presença, conjunta e permanente de ambos os genitores na sua formação para a vida. A função paternal, nas diversas fases do desenvolvimento dos filhos, não é descartável.

Observe-se que não se quer aqui defender a aplicação da guarda compartilhada de maneira irrestrita, mas destacar questões que são muitas vezes desprezadas na análise do caso concreto.

Depois de listarmos as principais vantagens à respeito da guarda compartilhada, é interessante lembrar que, o mais importante, é manter intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento mais próximo e amoroso possível, com ambos os pais, sem exigir dos filhos, que façam uma escolha tão angustiante.

4.3. Desvantagens da Guarda Compartilhada

Como acontece com todos os tipos de guarda, a compartilhada também recebe críticas. Então, neste tópico, procuraremos demonstrar de forma sucinta, as desvantagens, os

²⁸ Associação Pela Participação de Pais e Mães Separados na Vida de Seus filhos. Disponível em br.geocities.com/participais/eventos/debate. Acesso em: 22/11/2007.

²⁹ Sérgio Eduardo Nick. **Guarda compartilhada** - Um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. Disponível em: www.apase.org.br-cientificos. Acesso em 22/11/2007.

efeitos negativos que a mesma pode gerar.

São poucas as regras reguladoras da matéria, embora não exista de forma expressa em nosso ordenamento, as existentes são claras e objetivas. Por isso, se manifesta uma forma de utilização amparada por trabalhos de psicanalistas e operadores, quer através de advogados, quer através de magistrados, e demonstra que está atingindo uma profunda conscientização dos que na área atuam, influenciando de uma ou de outra forma.

Para uma possível aplicação da Guarda Compartilhada, é necessário que se avalie alguns casos concretos, pois em determinados momentos da vida de um casal que esteja se separando, talvez, a Guarda compartilhada não seja a mais recomendável.

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

Outro fator que poderia tornar inviável a aplicação deste modelo de guarda é o conflito constante dos pais. São aqueles pais que não cooperam entre si, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminando o tipo de educação que proporcionam aos seus filhos. Aqui restaria a opção pela guarda única, deferindo-a àquele genitor que estiver mais disposto a dar ao outro amplo acesso ao filho.

Grisard Filho (2006 p. 194), nesse caso, também pensa assim:

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

Mas é importante lembrar, que o conflito, num primeiro momento, não deve ser fator impeditivo para o deferimento da guarda compartilhada. A escolha do tipo de guarda deve

privilegiar o melhor interesse do menor, assim, deve-se buscar minorar o impacto do conflito nos filhos e nos próprios genitores.

Cabendo ao juiz, na falta de um órgão mediador, esse papel, conscientizando os pais dos benefícios do exercício conjunto da autoridade parental, para o bem estar da criança e de toda a família.

No artigo 1.635 e seguintes, do Código Civil pátrio, estabelecem as causas de extinção e suspensão do poder familiar (por exemplo, quando um pai ou mãe castiga imoderadamente o filho, deixa-o em abandono, pratica atos contrários à moral e aos bons costumes, ou, ainda, quando for condenado por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão); nesses casos não se poderia falar em exercício conjunto nem exclusivo da autoridade parental, pois, aquele genitor que, por ato judicial, estiver sofrido a perda ou suspensão do poder familiar, não poderia da mesma forma obter a guarda de seus filhos.

Alguns tribunais, também se colocam contrários à Guarda Compartilhada, como podemos perceber nesse Acórdão³⁰, que foi realizado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo relator foi o Desembargador João Martins:

“A chamada custódia conjunta, importando o revezamento semanal do ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da responsabilidade do mesmo”.

Gontijo³¹ (2005, pág. única) também contrário à guarda compartilhada, coloca:

“Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos

³⁰ Pedro Augusto Lemes Carcereri. **Aspectos destacados da Guarda de filhos no Brasil**. 2001. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 16/11/2007.

³¹ Segismundo Gontijo. **Guarda de Família**. Disponível em: www.gontijo-familia.br. Acesso em 15/11/2007.

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

Mas, nos parece, que estão cometendo um engano, pois na verdade estão referindo-se a outro modelo de guarda, e não à guarda compartilhada.

Provavelmente, trata-se da guarda alternada, que traz inúmeros prejuízos ao menor, pois não estarão os pais mantendo o compartilhamento da educação dos filhos, e, sim, exercendo guarda exclusiva por um certo limite de tempo.

Por isso, nos pareceu importante discorrer sobre cada um dos modelos de guarda existentes. Para que não ocorressem equívocos como este.

A guarda compartilhada, ao contrário do que muitos autores pensam, tem como pressuposto um residência fixa (o que não impede o deslocamento da criança), única e não alternada para o menor, gerando para ele a estabilidade que o direito e a psicologia desejam, para que não haja alterações em sua rotina.

Quanto às críticas a instabilidade, assegura Leite³² (1997, pág. 266), que não procedem:

“Se atentarmos às nuances apresentadas pela nova fórmula (ao menos, aquelas decorrentes da Lei de Malhuret, de 1987)”. Estabelecida uma residência habitual, única, um lugar de cumprimento dos direitos e obrigações do menor, que não se altera quando passa um período com o pai e outro com a mãe (dependendo do arranjo escolhido), tal deslocamento não inibe a guarda compartilhada, já que não estabelece um sistema rígido de residência alternada, pois continua única”.

Embora amplamente favoráveis à guarda compartilhada, não podemos deixar de

³² Eduardo de Oliveira Leite. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 266.

colocar, que na nossa forma de sentir, seria desfavorável a adoção do modelo em três situações: quando realmente há diferenças incontornáveis entre o ex-casal e utilizam a guarda apenas para atingir ao parceiro; quando as crianças são muito pequenas, pois conviver ora com a mãe, ora com o pai, em ambientes físicos diferentes, requer uma capacidade de adaptação muito grande, os quais ainda não estão maduros o suficiente para entender e quando a criança é ou está insegura, pois uma criança nestas condições necessita de um contexto estável.

Mesmo quando se é favorável à Guarda Compartilhada, admite-se que existem vários aspectos contrários à mesma, então, deve a mesma ser utilizada com sabedoria e só quando comprovado o benefício de sua aplicação. Os que trabalham na área devem se envolver com profundo interesse e direcionar os resultados ao que for melhor para a família.

Nos últimos itens, tentamos transmitir uma análise sobre os efeitos da guarda compartilhada, seus pontos favoráveis e desfavoráveis, e demonstrar que estamos partindo para uma conscientização do que a mesma representa ao vínculo parental, porém, sem esquecermos de que o que é bom para uma família, não necessariamente será para outra.

Para Alencar³³ (2005, pág. única) assim como para a maioria dos doutrinadores a guarda compartilhada apresenta muito mais vantagens do que desvantagens:

“As vantagens da guarda compartilhada são maiores que as desvantagens, basicamente em função de uma melhora na auto-estima do filho, melhora no rendimento escolar (enquanto que na guarda mono parental decai), diminuição do sentimento de tristeza, frustração, rejeição e do medo de abandono, já que permite o acesso sem dificuldade a ambos os pais. Também ajuda na inserção da nova vida familiar de cada um dos genitores, além de ter uma convivência igualitária”.

Por fim, cabe-nos dizer que os maiores interessados em decidir sobre a guarda dos filhos e salvaguardar seus interesses, com certeza, são os pais. Por isso é importante que cheguem a um consenso sobre a vida dos filhos, para que sua convivência continue assídua

³³ Raquel Alcântara de Alencar. **Guarda Compartilhada: a continuidade da relação entre pais e filhos.** Disponível em: www.pailegal.net/forum. Acesso em 22/11/2003

como antes do desfacelamento do vínculo conjugal. Pois deixar a cargo de um estranho (juiz) ao ambiente familiar, o encargo de decidir sobre a vida dos seus filhos, é no mínimo, o menos desejável que os pais esperam.

4.4. Senado aprova Projeto que estabelece a Guarda Compartilhada dos filhos

Quando, já estávamos concluindo nosso trabalho, surgiu uma ótima notícia para os pais que lutam pelo direito de conviver com o filho, bem como, para algumas mães que procuram entidades para tentar aproximar o ex-marido de seus rebentos. O Senado Federal aprovou o Projeto que inclui a Guarda Compartilhada no Código Civil, segundo o artigo do jornal A Folha de São Paulo, de 24/10/2007 (ver anexo D).

É interessante observar essa transformação. A sociedade está mudando e as leis brasileiras estão acompanhando essas mudanças. E o que consideramos muito importante e que acompanhamos ao longo do trabalho, é que, muitos juízes brasileiros já estavam antecipando às mudanças necessária à nossa legislação.

É essencial que seja regulamentada este tipo de guarda, para se evitar abusos cometidos por parte do cônjuge detentor da guarda, que não usam o bom senso, e utilizam a detenção da guarda para magoar o ex-cônjuge, bem como, aos filhos. Se a proposta virar lei, esses cônjuges serão obrigados a fazerem concessões.

CONCLUSÃO

Concluindo o presente trabalho, pudemos observar que, com a ruptura conjugal, a união familiar fica abalada prejudicando a parte mais frágil dessa estrutura, que são os filhos.

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

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

Para uma melhor compreensão da relação entre pais e filhos foi necessário descrever dentro do contexto histórico, essas relações desde os primórdios da civilização até os dias atuais. Inicialmente verificando-se uma relação patriarcal, marcada por um imperativo de poder de pais onipotentes.

Porém, com a evolução da sociedade, homens e mulheres foram colocados na mesma categoria de direitos e deveres em relação à autoridade parental, confirmada pela Constituição Federal de 1988, situação perfeita na família unida, porém como pudemos observar, posição de difícil resolução na família fragmentada pela desunião dos genitores.

O nosso ordenamento jurídico atual, dá preferência ao modelo de guarda única, no qual um dos genitores é o guardião, enquanto que, o não guardião, torna-se um visitante dos filhos, com o dever de fiscalizar e suprir alimentos. Ao longo dos anos percebeu-se que esse modelo já não atendia mais o interesse do menor, então se buscaram outros modelos de guarda a fim de resolver esse delicado problema que atinge as crianças filhos do divórcio.

Diante do exposto, apresentamos a guarda compartilhada como um novo modelo que tem como objetivo proporcionar, a ambos os pais, um maior equilíbrio, no que diz respeito aos direitos e deveres inerentes à autoridade parental e proporcionar aos filhos um contato contínuo e ininterrupto com ambos os genitores, quando da separação destes.

Embora não exista norma expressa, nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso ordenamento jurídico, pois demonstramos existir amplo respaldo jurídico nos diversos diplomas legais, qual seja, Constituição Federal, Código Civil, e Eca. Entretanto, apesar de encontrar dispositivos favoráveis para sua aplicação, a guarda compartilhada ainda é pouco aceita no mundo jurídico e social, porém já existem doutrinas a favor da aplicabilidade desse instituto, além de já haver sido aprovado no Congresso Nacional Projeto que inclui a Guarda Compartilhada no Código Civil com propósito de regulamentar a guarda compartilhada no direito brasileiro.

Da aplicabilidade da guarda compartilhada, surgirão inúmeras conseqüências jurídicas e sociais, e faz-se necessário que ambos os genitores tenham consciência e maturidade para encontrar o melhor arranjo para as situações que ocorrerem no dia a dia.

Vale lembrar, que este novo modelo de guarda, não tem a pretensão de ser o modelo de guarda ideal para todos os casos, e o que este instituto idealiza, são perspectivas que priorizem o bem estar da criança e do adolescente como bem maior a ser respeitado.

Sob o ponto de vista jurídico, a guarda compartilhada, torna possível o exercício sistemático dos genitores reequilibrando as responsabilidades pela manutenção material, intelectual e psíquica dos filhos. Uma conseqüência lógica, é a representação e assistência, dever jurídico que necessariamente deve ser compartilhado por ambos os pais.

Sendo interessante ressaltar que, a responsabilidade dos atos do filho fica vinculada a ambos os pais, porém, não se trata de um revezamento no cuidado dos filhos, como seria de se esperar na guarda alternada, mas uma responsabilidade em tempo integral, exatamente como na família intacta.

Outro ponto que requer um acordo prudente é a fixação da residência do menor, pois

é fator essencial de equilíbrio emocional a criança ter um porto seguro, sendo que, o modelo da guarda compartilhada admite a residência fixa que deve ser pactuada pelos dois pais em comum acordo, dando primazia ao que tiver melhor condições de permanecer com a guarda física do filho, sendo, porém, um modelo flexível.

São inúmeras, as vantagens observadas, que a guarda compartilhada proporciona para as crianças, já que estas usufruem um convívio maior com ambos os pais, fomentando uma convivência parental sadia e harmoniosa, que acarreta num crescimento e desenvolvimento mais estável e feliz.

Socialmente a guarda compartilhada privilegia a continuidade do vínculo afetivo da criança com ambos os pais da melhor maneira possível, assegurando a elas e aos pais um convívio constante. Não podemos nos esquecer dos benefícios da guarda compartilhada sob o ponto de vista psicológico, que tem ampla acolhida por estes profissionais por ser o modelo de guarda que atende as necessidades psíquicas da criança pós-divórcio.

É prematuro dizer que há uma posição definida, favorável ou não, referente à guarda compartilhada. No direito pátrio, ainda se encontra em fase inicial de aceitação e aplicação, bem como de discussão, pois poucos são os trabalhos e acórdãos que o abordam.

Por isso ainda encontra alguma resistência por parte dos ex-casais. Entre os principais pontos para a rejeição do instituto, encontra-se a cultura da litigiosidade, no sentido de que não é raro que, posteriormente às separações e divórcios, busquem as partes eternizar o conflito, não cedendo em nenhum aspecto discutido, num claro desejo de vingança do ex-cônjuge, visando, com a obtenção da guarda exclusiva, a almejada punição ao outro sujeito da relação.

Sendo assim, é fundamental que os cônjuges estejam conscientes que terão de, havendo a Guarda Compartilhada, debater as questões extrajudicialmente e encontrar a solução para as hipóteses do dia a dia em comum acordo, pois em contrário, o compartilhar restará prejudicado.

Por outro lado, a dificuldade da aceitação social reside, também, na ausência de conscientização dos genitores de que, mesmo após a ruptura conjugal, os filhos devem manter

com ambos os pais, os mesmos laços, devendo os dois genitores ser responsáveis na integralidade.

Se no Brasil o novo modelo encontra resistência, o mesmo não acontece cenário jurídico internacional. Alguns tribunais brasileiros passaram, ainda que muito timidamente, a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, faz-se imprescindível o desenvolvimento de estudos mais aprofundados à respeito do assunto, para que os magistrados possam se orientar e decidir, respeitando sempre o melhor interesse do menor.

Para que os pais possam adquirir uma mentalidade mais aberta quanto ao novo modelo, é importante a adoção de projetos de conciliação, que sirvam não somente para resolver questões patrimoniais, mas também aspectos relativos aos filhos, onde equipes multidisciplinares de psicólogos, terapeutas, assistentes sociais, etc.; formem uma unidade, no sentido de buscar a composição e a restauração dos membros da unidade familiar, fragmentada pela ruptura da vida em comum.

Destacando entre esses profissionais, o papel do assistente social que tem como objetivo maior, a promoção à cidadania, e os quais têm a oportunidade de informar e divulgar à respeito da guarda compartilhada, conscientizar os pais sobre a importância de se dividir a responsabilidade e as decisões, no que se refere à vida dos filhos. Surgindo assim, a mediação familiar como importante instrumento para conscientização dos genitores sobre as vantagens do exercício conjunto da autoridade parental pós-separação.

Tal método de resolução pacífica de conflitos possibilita aos genitores discriminar seus conflitos emocionais daqueles decorrentes dos direitos e deveres em relação aos filhos. Busca a reestruturação da família, visando obter acordos capazes de proporcionarem à mesma uma harmonização, através do bem-estar de todos os envolvidos, e, principalmente, dos filhos menores.

Também tentamos deixar claro que, o modelo da guarda compartilhada consolida as garantias constitucionais da igualdade parental, da convivência familiar e o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores e pauta suas bases no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, critério essencial na atribuição da guarda de filhos.

Para finalizar, o ordenamento jurídico é uma constante em qualquer sociedade e deve ser submetido a interpretações que visem conferir sua aplicabilidade às relações sociais que o originaram. Se a sociedade muda, conseqüentemente, o ordenamento jurídico também sofrerá transformações para que corresponda às necessidades reais e atualizadas. E que essas novas normas sejam aplicadas para que criem aos filhos de pais separados, condições de se tornarem adultos capazes, mães e pais presentes e responsáveis, com consciência de seus deveres e direitos frente à família e a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. Acadêmicos de Direito. Coleção de Leis Rideel ed. Rideel.2004

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Lei Federal nº 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do adolescente**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acesso em: 20/11/2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade Mecum. Acadêmicos de Direito. Coleção de Leis Rideel. ed. Rideel.2004.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.315/02. **Altera dispositivo do novo Código Civil**. Deputado Feu Rosa. Disponível em: www.pailegal.org/chicus.asp. Acesso em 04/12/2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.350/2002. **Define a Guarda Compartilhada**. Deputado Tilden Santiago. Disponível em: www.pailegal.org/chicus.asp. Acesso em 04/12/2007.

COELHO, Rômulo. **Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo. Ed. Universitária de Direito. 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. V.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de Responsabilidade parental**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. nº 346

RAMOS, Patrícia de Oliveira Pimentel Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 4. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.

SITES CONSULTADOS:

www.apase.com.br/procriando. Acesso em 15/11/2007.

www.apase.com.br. Acesso em: 15/11/2007.

www.apase.org.br-científicos. Acesso em: 22/11/2007.

www.babylon.com. Acesso em: 30/11/2007.

www.gontijo-familia.adv.br/texto. Acesso em: 20/11/2007.

www.geocities.com/athens/agora. Acesso em: 04/12/2007.

www.br.geocities.com/apasece/paginadefotos.html. Acesso em: 11/11/2007.

www.geocities.com/participais/eventos/debate. Acesso em: 22/11/2007.

www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 24/11/2007.

www.net/fatpar. Acesso em: 24/11/2007.

www.pailegal.net. Acesso em: 30/06/2007.

www.pailegal.com.br. Acesso em: 15/11/2007.

www.pailegal.net/forum. Acesso em: 22/11/2007.

www.pailegal.net.com. Acesso em 22/10/2007.

www.pailegal.net/chicus.asp. Acesso em 20/11/2007.

www.senado.gov.br/Lreferência. Acesso em 20/11/2007.

www.sisnet.aduaneira.com.br. Acesso em: 15/11/2007.

www.unicef.org/brazil/d_cri. Acesso em: 04/12/2007.

ANEXOS

Anexo A – Modelo de Guarda Compartilhada do Colorado, EUA.

Anexo B – Projeto de Lei nº 6.350/2002, do Deputado Tilden Santiago

Anexo C – Projeto de Lei nº 6.315/2002, do Deputado Feu Rosa

Anexo D - Artigo do jornal A Folha de São Paulo, de 24/10/2007, sobre a aprovação do Projeto de Lei que dispõe sobre a Guarda Compartilhada.

ANEXO A

MODELO DE GUARDA COMPARTILHADA¹

Exemplo de Acordo de Separação – Colorado, EUA.

Este acordo é celebrado entre Roger Larkin, domiciliado à e Mary Larkin, domiciliada à.....

Roger e Mary casaram-se em e separaram-se em

Têm dois filhos, Brad (oito anos de idade) e Kirsten (seis anos de idade).

Devido a disputas e diferenças irreconciliáveis, Roger e Mary decidiram viver separados e obter o divórcio legal. Tendo em vista seu desejo de viverem separados para o resto de suas vidas, Roger e Mary decidiram dividir suas propriedades e suas posses e acordar as disposições para custódia e sustento de seus filhos.

Roger e Mary acordam os seguintes pontos:

Custódia dos Filhos

▪ Um fim de semana vai da sexta-feira à tarde (começando entre 3:00h e 3:30h) até o domingo à noite. O pai que buscar a criança para a visita é responsável pelo jantar de sexta-feira ou pelo de domingo.

▪ Uma noite por semana, o pai com quem a criança não estiver morando tem direito a passar uma noite com Kirsten e Brad. Esta noite será combinada mutuamente entre os pais, consultando-se as crianças. A noite preferencial para estas visitas é a de quarta-feira. Estas visitas noturnas começam antes do jantar (5:30h - 6:00h) e terminam após o café da manhã (8:30h - 9:00h) do dia seguinte.

▪ Uma noite por semana, o pai com quem a criança não está morando pode receber um filho para passar a noite. Este é um momento especial para o pai e o filho ficarem juntos a sós.

1) Cada filho terá uma noite designada para visitar o pai com quem ele não está morando.

2) As mesmas disposições acima contidas aplicam-se para esta noite.

▪ Quando um filho completar dez anos de idade, os pais, consultando também o filho, podem decidir que ele more com um dos pais por períodos maiores do que o combinado. Tal acordo começará se a criança quiser passar um período maior com um pai em particular, ou se ambos os pais considerarem que este período maior de residência será benéfico para o seu bem-estar emocional.

Mary e Roger são pais dedicados que, apesar de estarem se separando, querem que seus filhos tenham uma relação plena e positiva com seu pai e sua mãe. À luz de seu interesse comum por Brad e Kirsten, ambos os pais concordam em estabelecer uma custódia conjunta legal de seus filhos. O significado de custódia conjunta é definido abaixo:

1. Residência e Visitas

1. As crianças alternarão seu local de residência a cada três semanas de modo a morar a mesma quantidade de tempo com cada um dos pais. Esta disposição será testada durante seis meses contados a partir da data da assinatura do acordo. Se este sistema for satisfatório, será mantido. Caso contrário, um novo sistema de alternância mensal será testado pelos próximos seis meses. Transcorrido um ano da assinatura do acordo, um acordo final será celebrado entre Roger e Mary dispendo sobre a duração da alternância de residências de seus filhos. Um mediador ou árbitro será utilizado se necessário.

¹ Waldir Grisard Filho. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 2005. pág. 250.

2. Os filhos deverão visitar cada um dos pais e com ele passar dois fins de semana por mês, a despeito de onde a criança esteja morando o restante do tempo.

2. Feriados

1. Os filhos passarão os seguintes feriados no ano de 1983 com cada um dos pais como designado abaixo:

. Véspera de Natal- Roger

. Dia de Natal- Mary

. Dia de Ação de Graças - Roger

. Dia dos Pais - Roger

. Páscoa - Mary

. Dia das Mães - Mary

. A programação para a Véspera de Natal, dia de Natal, Páscoa e Dia de Ação de Graças será alternada nos anos subsequentes.

2. Os pais têm a opção de receberem visitas de seus filhos em seus (dos pais) aniversários.

3. Nos aniversários dos filhos:

1) Os pais se alternarão para fazer festas de aniversário para cada filho.

2) O pai que organizar a festa ficará responsável pelas despesas. O outro pai ficará responsável apenas pelo seu próprio presente para seu filho.

3) O pai que não organizar a festa terá direito a frequentá-la.

4) Os aniversários são datas especiais em si mesmas e não contam como dias de visita.

3. Férias

1. Cada um dos pais pode passar duas semanas de férias por ano com ambas as crianças. Férias significa um tempo ininterrupto com a criança.

1. As férias devem ser passadas com ambos os filhos.

2. O lugar das férias é de escolha do pai que as desfruta.

3. Se as férias caírem no período em que os filhos estiverem morando com o outro pai, eles poderão passá-las com quem está tirando as férias. Entretanto, ao voltar eles completarão o tempo restante na alternância de três semanas na casa do pai em que estavam morando antes das férias.

4. As despesas dos filhos durante as férias são de responsabilidade do pai que as acompanha nas férias. No entanto, o pai que não está em férias irá dar a cada filho em dinheiro para ser gasto no período de duas semanas.

4. Visitas dos Avós

1. Os avós devem visitar os seus netos quando estes estiverem morando com o pai apropriado, isto é, os pais de Mary visitarão os netos quando eles estiverem com ela, e os pais de Roger visitarão os netos quando eles estiverem com ele.

2. Em caso de morte de Roger ou Mary os pais do falecido terão direito a visitas a seus netos. Estas consistirão em uma visita por mês, cuja duração poderá chegar a até um fim de semana. Um final de semana vai de sexta-feira à tarde até domingo à noite.

6. Educação

1. Mary e Roger concordam em continuar a utilizar a mesma pessoa que cuida das crianças e manter seus procedimentos a respeito desta matéria. Eles também consultarão um ao outro caso novos arranjos para o cuidado das crianças sejam necessários.

2. As crianças permanecerão em escolas públicas, seja no distrito escolar de Mary ou de Roger. Mudanças de escola serão feitas mediante consulta entre ambos os pais.

7. Morte de um dos pais

1. No caso da morte de Roger ou Mary, o pai remanescente tornar-se-á o único guardião de ambos os filhos, e eles passarão a morar com ele.

2. Em caso de morte de ambos os pais, os pais de Mary assumirão a guarda legal das crianças.

8. Mudança

1. No caso de um dos pais se mudar da área metropolitana de Denver (composta de cinco condados), ele ou ela perdem o direito à custódia física dos filhos para o pai que permanecer dentro daquela área de cinco condados.
2. Quando a criança completar dez anos de idade, os pais, consultando a criança, podem decidir com quem ela irá morar. Esta decisão pode resultar na mudança da área de Denver.
3. Se os pais não conseguirem chegar a uma decisão em conjunto a respeito de onde a criança irá morar, Roger e Mary acordam em utilizar mediação ou arbitragem para tomar esta decisão.
4. Se uma mudança de residência for necessária para a criança, esta mudança ocorrerá, se possível, no intervalo entre os anos escolares.

9. Assistência Médica e de Saúde

1. Se um dos filhos necessitar de assistência médica, é responsabilidade do pai com quem ele está morando levá-lo ao médico.
2. Decisões de maior complexidade a respeito da assistência de saúde de ambos os filhos serão tomadas em conjunto por Roger e Mary.
3. Os filhos serão mantidos no plano de saúde que atualmente cobre Roger. Ambos os pais concordam em utilizar este plano para as crianças. Se uma mudança de plano de saúde for antecipada, a revisão deste acordo será feita através de consultas entre Roger e Mary.
4. Se um plano de assistência odontológica for contratado por Roger, ambos os pais concordam em utilizá-lo.

10. Sustento das Crianças

1. Despesas do dia-a-dia
 - I. Mary e Roger concordam em pagar as despesas de habitação e alimentação necessárias para as crianças quando estas estiverem morando com elas.
 2. Os pais dividirão igualmente o custo de brinquedos e remédios para cada filho.
2. Despesas Médicas
 - I. Roger concorda em assumir os custos de todos e quaisquer planos ou seguros de saúde que cubram as crianças.
 2. Roger concorda em cobrir os custos dos aparelhos ortodônticos de Brad.

11. Educação

1. Roger assumirá os custos da pessoa que toma conta das crianças até que este tipo de supervisão não seja mais necessária.
2. A suspensão deste tipo de atividade (tomar conta das crianças) será decidida em conjunto por Mary e Roger.
3. Roger e Mary concordam em estabelecer um fundo para educação superior (universitária) dos filhos.
 - I. Cada um dos pais contribuirá com 1% de sua renda para este fundo, começando no ano fiscal de 1984. A contribuição de cada um dos pais aumentará para 2% em 1987.
 2. Caso um dos pais pare de trabalhar, ele ou ela continuará contribuindo para este fundo na taxa de 1% de sua renda no último ano em que trabalhou.

12. Divisão de Propriedades

1. Roger e Mary afirmam que a renda e as propriedades listadas no apêndice A deste acordo representam a totalidade de seus bens e obrigações individuais e coletivos.
2. Os bens listados acima serão divididos da seguinte forma:

Mary e Roger Larkin afirmam que todas as informações contidas neste acordo são verdadeiras, e afirmam ainda que agirão de boa-fé para cumprir os termos deste acordo.

ANEXO B

Projeto de Lei ° 6.350, de 2002²

Define a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

“Art. 1583

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

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

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

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

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

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

JUSTIFICAÇÃO

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

² Disponível em: www.pailegal.org/chicus.asp. Acesso em 04/12/2007.

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, a Guarda Compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O

pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sala das Sessões, em 2002.

Deputado TILDEN SANTIAGO

ANEXO C

Projeto de Lei. 6.315 /2002³ - (Direito do Pai e do Filho)
Altera dispositivo do novo Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

Art. 1583.....

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

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

JUSTIFICAÇÃO

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

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

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

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

Sala das Sessões, em 18 de Março de 2002.

Deputado FEU ROSA

³ Disponível em: www.pailegal.org/chicus.asp. Acesso em 04/12/2007.

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA
COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS – CEDI

LEI N.º 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002.

O CÓDIGO CIVIL

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

.....
PARTE ESPECIAL.....

LIVRO IV
DO DIREITO DE FAMLIA

TÍTULO I
Do Direito Pessoal

SUBTÍTULO 1
Do Casamento.....

CAPÍTULO XI
DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

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

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.
Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal –Brasília - DF
(OS:13062/2002)

ANEXO D

Artigo do jornal A Folha de São Paulo, de 24/10/2007, sobre a aprovação do Projeto de Lei que dispõe sobre a Guarda Compartilhada⁴.

“O plenário do Senado aprovou ontem um projeto de lei que estabelece a guarda compartilhada de filhos de casais separados judicialmente ou divorciados. Com isso, pais e mães passam a ter os mesmos direitos sobre os filhos em caso de separação.

De acordo com o projeto, que retorna para a Câmara dos Deputados, decisões importantes sobre o futuro da criança terão de ser tomadas em conjunto caso o juiz conceda a guarda compartilhada.

O relator, senador Demóstenes Torres (PFL-GO), afirma que a idéia é evitar a figura do "ex-filho". Atualmente, afirmou, a custódia conjunta só é dada quando há acordo entre as partes. Pelo projeto, essa passará a ser a primeira opção do juiz.

O texto define que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai, quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. As atribuições do pai e da mãe nesse regime serão definidas pelo juiz, que poderá se basear em orientação técnico-profissional ou de uma equipe interdisciplinar.

Se o pai ou a mãe não cumprirem seu papel na guarda compartilhada, o juiz poderá reduzir prerrogativas atribuídas a um dos detentores, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Quando o juiz entender que não há condições de optar pela guarda compartilhada, pode definir por entregar a criança aos cuidados do pai ou da mãe. Nesse caso, caberá ao juiz escolher entre o que melhor possa proporcionar afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, além de saúde, segurança e educação.

O projeto já foi aprovado na Câmara, mas como sofreu alterações de redação no Senado terá de voltar a ser analisado pelos deputados antes de ser enviado para sanção do presidente Luiz Inácio Lula da Silva”.

⁴ Disponível em: www.aleitamento.com. Acesso em: 20/11/2007.