

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO



HÉRICA LAMOUNIER SILVA

GUARDA COMPARTILHADA

5-30279

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

| | |
|-----------|------------|
| Tombo n° | 15097 |
| Classif.: | |
| Ex.: | 01 |
| | |
| | |
| | |
| Origem: | d |
| Data: | 05/02/2010 |

RUBIATABA/GOIÁS

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

HÉRICA LAMOUNIER SILVA

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada à FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Sergio Luis Oliveira Santos Especialista em Direito Privado

RUBIATABA/GOIÁS

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

HÉRICA LAMOUNIER SILVA

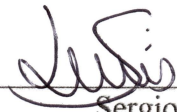
GUARDA COMPARTILHADA

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

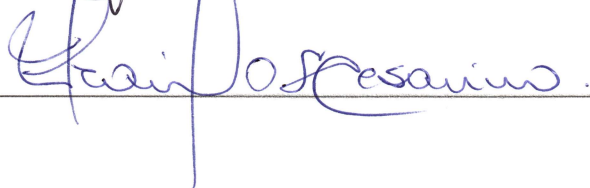


Sergio Luis Oliveira dos Santos
Especialista em Direito Privado

1º Examinador: _____



2º Examinador: _____



Rubiataba, 2009.

Agradeço primeiramente a Deus Todo Poderoso, pela oportunidade de chegar até aqui. Aos meus pais, minha gratidão pelo incentivo, carinho e a confiança que depositaram em mim. Ao meu namorado pela paciência, força e compreensão quando lhe faltava tempo e atenção. Ao prefeito e amigo Lery Guedes que foi suporte nesta minha conquista. Aos meus avós, Messias e Sebastiana Selma que sonharam junto comigo com esse momento. A minha irmã Tânia Cristina e minha sobrinha Jullya Gabriela que fazem parte da minha vida. Aos meus familiares e amigos que estiveram ao meu lado durante a realização desta conquista. Aos meus professores, que com toda dedicação passaram-me os seus conhecimentos. E em especial ao meu orientador, professor Sergio Luis, que com sua sabedoria e esforço auxiliou-me no desenvolvimento deste trabalho. E a todos aqueles, que de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu galgasse mais esse degrau na escada da vida.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por permitir que eu realizasse esse sonho; Aos meus queridos pais Hercy Jacinto da Silva e Maria Aparecida Lamounier Silva que me deu oportunidade de tornar esse sonho uma realidade, ou melhor, não só permitiu que eu sonhasse como também sonhou comigo e abdicou dos seus próprios sonhos para que o meu concretizasse. Aos meus colegas que sempre estiveram do meu lado me apoiando e mim ajudando e juntos vencemos essa batalha e a todos os mestres pela paciência, dedicação e sabedoria e por contribuírem para o meu crescimento moral e intelectual, enfim a todos meus familiares e amigos que me incentivaram e torceram por essa conquista.

*"Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser,
mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las".*

Voltaire

RESUMO: O presente trabalho de conclusão do curso de direito, tem como prioridade apresentar o instituto da guarda compartilhada, o qual já está previsto em nossa legislação brasileira, esta surgiu da necessidade de encontrar uma nova maneira de pais e filhos efetivamente conviverem e manterem seus vínculos afetivos após o divórcio, de uniões estáveis ou de relações eventuais. Este modelo trás inúmeros benefícios quanto aos interesses dos filhos, exercendo em conjunto o poder familiar na educação e formação dos filhos, mantendo assim a continuidade afetiva entre eles e ainda atendendo o melhor interesse da criança/adolescente, propiciando a reorganização no interior da família desunida, com a finalidade de diminuir os traumas pelo distanciamento de um dos genitores. Contudo a parentalidade se mantém somente a conjugalidade se rompe.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, melhor interesse do menor, igualdade entre os pais.

ABSTRACT: This work completed the course of law, aimed primarily present the Institute of shared custody, which is already provided in our Brazilian law, this resulted from the need to find a new way for parents and children actually live together and maintain their emotional bonds After divorce, stable marriages or relationships possible. This model behind many benefits as the interests of children, putting together the family power in education and training of children, thus maintaining the continuity of affection between them, and still serving the best interests of the child / adolescent, allowing the reorganization within the broken home , in order to reduce the trauma by distancing from one parent. Yet parenting is still only a conjugal relationship breaks down.

Key-words: Shared custody, best interest of the child, gender parents.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 1 O PODER FAMILIAR..... | 17 |
| 1.1 Concepção acerca da família patriarcal e matriarcal..... | 18 |
| 1.2 Natureza jurídica do poder familiar..... | 21 |
| 1.3 Conteúdo do poder familiar..... | 22 |
| 1.4 Suspensão do poder familiar..... | 23 |
| 1.5 Extinção do poder familiar..... | 25 |
| 2 GUARDA..... | 29 |
| 2.1 Evolução histórica do instituto guarda, na legislação brasileira..... | 29 |
| 2.2 Definição de Guarda..... | 30 |
| 2.3 Critérios para fixação da guarda dos filhos..... | 32 |
| 2.4 O princípio do maior interesse da criança..... | 34 |
| 2.5 Modalidades de guarda..... | 36 |
| 2.5.1 Guarda comum, desmembrada e delegada..... | 37 |
| 2.5.2 Guarda originaria e derivada..... | 37 |
| 2.5.3 Guarda de fato..... | 38 |
| 2.5.4 Guarda provisória e definitiva..... | 38 |
| 2.5.5 Guarda única..... | 39 |
| 2.5.6 Guarda de terceiros, instituições e para fins previdenciários..... | 40 |
| 2.5.7 Guarda Jurídica e Guarda Material..... | 41 |
| 2.5.8 Guarda Alternada..... | 41 |
| 2.5.9 Aninhamento ou Nidação..... | 42 |
| 2.5.10 Guarda Compartilhada ou Conjunta..... | 42 |
| 3 GUARDA COMPARTILHADA..... | 44 |
| 3.1 Breve histórico..... | 44 |
| 3.2 Conceito..... | 45 |
| 3.3 A Guarda compartilhada no Direito comparado..... | 48 |
| 3.4 Posição do Direito brasileiro quanto a Guarda Compartilhada..... | 51 |
| 4 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E EXTRAJUDICIAIS DA GUARDA COMPARTILHADA..... | 54 |

| | |
|---|----|
| 4.1 Benefícios sob a visão psicológica..... | 54 |
| 4.2 Vantagens da Guarda Compartilhada..... | 57 |
| 4.3 Desvantagens da Guarda Compartilhada..... | 59 |
| 4.4 A Mediação interdisciplinar na Guarda Compartilhada..... | 62 |
| 4.5 Posicionamento Judicial após aprovação do projeto lei sobre a Guarda Compartilhada..... | 64 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 67 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 71 |

LISTA DE ABREVIATURAS / SÍMBOLOS

§: Parágrafo

nº: Número

art: Artigo

LISTA DE SIGLAS

CPC: Código de Processo Civil

DNA: Ácido Desoxirribonucléico Nucléico

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

INTRODUÇÃO



No discorrer do tema, Guarda Compartilhada vem a propósito romper paradigmas e instalar uma nova concepção para a criação e educação de filhos e pais separados. Pois ocorreram inúmeras mudanças ao longo do tempo, no âmbito da sociedade parental. Consequência disso a instituição família e o Direito também foram afetadas por tais mudanças.

Portanto, o crescente ingresso das mulheres no mercado de trabalho e a revolução feminista, foram simplesmente alguns dos fatores que provocaram enormes alterações na união familiar.

Dentre as mudanças, as que possuem maior importância em relação ao atual trabalho, dizem respeito à crescente igualdade entre homens e mulheres e ao aumento do interesse dispensado às crianças e adolescentes, a qual oportunizou o princípio da isonomia entre homem e mulher constitucionalmente garantidos, e o princípio do melhor interesse da criança contido nos diplomas legais nacionais e internacionais referentes à criança e ao adolescente.

Assim, o instituto da guarda compartilhada viabiliza as deficiências que outros modelos de guarda não contemplam principalmente o da guarda dividida onde há o tradicional sistema de visitas. Os quais privilegiam a mãe na maioria dos casos, levam a profundos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social, no seu desenvolvimento. Estes infortúnios atingem também o próprio pai, cuja falta de contato mais íntimo leva fatalmente a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o do desejo de perpetuação de seus valores e cultura.

Desse modo, a guarda compartilhada promove algumas considerações, a fim de evidenciar pontos importantes, a merecerem um maior aprofundamento pela pesquisa bibliográfica. Embasados em alguns autores como: Ana Maria Milano Silva; Maria Helena Diniz; Marcial Barreto Gasabona; Constituição da República Federativa; Estatuto da Criança e do Adolescente; Código Civil 2002.

A Guarda compartilhada é um dos meios de exercício dos seus genitores continuarem a relação com os filhos quando ocorre a ruptura dos laços familiares. A explicação para a adoção desse sistema está na própria realidade social e jurídica, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

Desta forma, é possível perceber que existem diferenças entre Guarda alternada e Guarda compartilhada. A primeira tem como requisito básico do revezamento de residência dos pais, por certos períodos. A segunda estabelece na residência fixa para o menor e compartilhando somente os direitos e deveres entre os pais.

Este estudo pretende pesquisar e analisar se o modelo de guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade.

Assim, o instituto da guarda compartilhada tem por escopo tutelar, não somente o direito do filho à convivência assídua com o pai, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina paternal. Visa também o direito do pai de desfrutar da convivência constante com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e dos cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

Portanto, com a separação dos pais, a criança enfrenta muitos problemas psíquicos, em situações desse tipo predominam nas crianças os sentimentos de solidão e abandono, que podem prejudicar a formação da personalidade. E com esse novo método de guarda, haverá o dever de ambos os genitores se responsabilizarem por conviver em períodos pré-determinados ou de forma livre. Desse modo às crianças podem desenvolver seu equilíbrio emocional com integridade, sem perdas, mágoas ou frustrações.

A guarda compartilhada, também identificada por guarda conjunta, é um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, mas tomam decisões importantes em conjunto visando o bem estar, educação e

criação. São benefícios grandiosos que essa nova proposta oferece às relações familiares, não sobrecarregando nenhuns dos genitores e evitando ansiedades e desgastes.

Salienta-se, também, que este modelo, prioriza o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, pois é uma continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta.

Com essa modalidade de guarda possibilita a convivência de ambos os genitores, mesmo a criança morando com a mãe tem a presença do pai no seu cotidiano, como: buscar esta na porta da escola, levando às consultas médicas, mantendo um convívio saudável com o genitor e não guardião. A criança pode e deve ter uma residência fixa com o genitor que têm melhores condições para proporcionar um ambiente saudável para o desenvolvimento da criança, o que não pode existir é uma ruptura dos laços afetivos provocada pela guarda alternada, que distancia e torna frio o relacionamento entre pais e filhos com o sistema apenas entre pais e de visitas.

Desta forma, a guarda compartilhada faz com que o filho tenha um contato diferenciado com seus genitores, assim como os pais têm mais e melhor acesso com os filhos, mantendo uma convivência efetiva, e que não seja simplesmente visitado, e a criança desfruta de uma convivência mais adequada com a conjuntura de uma normalidade conjugal.

Como já descrito, logo acima, a eficácia jurídica da guarda compartilhada, entende-se um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os pais, que continuam a tomar as importantes decisões na criação de seus filhos conjuntamente, buscando-se assemelhar o tanto quanto possível às relações pré e pós-separação, ainda que o menor fique sob a guarda física de apenas um dos pais.

Com a separação dos pais a criança sofre muito, porque a união destes é física e espiritualmente necessária, pois ela própria percebe seu vínculo com os pais como um sustentáculo em que apóia a sua vida. A quebra do vínculo conjugal vem ameaçar, representando uma cisão na ordem das coisas. Com isso a guarda compartilhada de forma notável, favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a idéia de posse.

Contudo o novo modelo de responsabilidade parental foi favorecido por um contexto histórico, onde a inserção da mulher no mercado de trabalho, a consolidação da igualdade entre homem e mulher, e o maior aprofundamento trazido pelas contribuições de vários campos do saber, exigiram um novo entendimento que abranjeria o melhor interesse do menor, quando da separação de seus pais. E assim, com esse novo método, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole.

Para alcançar os maiores resultados sobre o determinado assunto, foram utilizados recursos metodológicos materializados através de pesquisas bibliográficas, que permite fazer um estudo analítico do tema em pauta, além de realizar consulta a doutrinas, jurisprudências, revistas, jornais, internet, e projetos de lei, visando dar uma resposta ao problema formulado.

Portanto, o presente estudo tem por finalidade determinar as idéias entre os autores, sobre guarda compartilhada, a qual é feita por método de compilação que compõe de uma narração detalhada do pensamento de autores, os quais escreveram sobre a guarda compartilhada, trabalhando seu conteúdo de forma didática, objetivando alcançar a melhor compreensão do seu sentido jurídico. Por outro lado, esses mesmos autores contemplaram o lado afetivo, no sentido de localizar a parte emocional tão inerente á questão da guarda.

O trabalho é composto por quatro capítulos. O primeiro, aborda-se o tema Poder Familiar, seu conceito, natureza jurídica, o conteúdo do poder familiar, como pode ocorrer sua suspensão, extinção, perda ou destituição. O segundo, fala-se da guarda, a evolução histórica do instituto na legislação brasileira, definição de guarda, origem, critérios para determinação da guarda, modalidades de guarda: a guarda comum, guarda originaria e derivada, guarda de fato, guarda provisória e definitiva, guarda única e peculiar, guarda de terceiros, instituições e para fins previdenciários, guarda jurídica e material, guarda alternada, aninhamento ou nidiação e a guarda compartilhada ou conjunta.

No terceiro, a abordagem é sobre a guarda compartilhada, sua evolução histórica, conceito, a guarda compartilhada no direito comparado e a posição do direito brasileiro quanto à guarda compartilhada. O quarto capítulo rela-se os aspectos psicológicos, jurídicos e pedagógicos da guarda compartilhada. Nos aspectos psicológicos, é abordada qual influência psicológica que a guarda causa na criança, vantagens da guarda compartilhada, desvantagens

da guarda compartilhada, a mediação interdisciplinar na guarda compartilhada e uma amostragem do posicionamento judicial acerca da guarda compartilhada.

1 O PODER FAMILIAR

No primeiro capítulo falar-se-á do Poder Familiar, bem como sua origem, seu conceito, sua natureza jurídica, a suspensão e extinção, o qual, os poderes dos pais sobre os filhos decorrem da própria natureza humana.

De acordo com o poder familiar os pais deverão manter os filhos em sua companhia, visando sua proteção, educação, afeto, amor, alimentação, dando uma formação digna, preparando-os para que os mesmos possam exercer seus direitos e deveres na sociedade.

Por sua vez Gasabona (*Apud* DINIZ 2001, p. 447):

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho.

Assim sendo, a guarda faz parte do poder familiar, é um encargo que está ligado a ele, é exercida pelos pais sobre os filhos menores, enquanto estiverem casados ou enquanto estiverem vivendo sob o mesmo teto, numa união estável ou união de fato; o qual não pode ser questionado, pois, ambos têm os mesmos direitos. Contudo, quando acontece a separação dos pais, surge o problema, pois ambos têm o poder familiar e este, não interrompe com o fim do relacionamento. A guarda dos filhos é concedida a um dos pais, restando ao outro o direito de visita.

O artigo 1.583 em seu parágrafo 1º do Código Civil vigente enumera diversos direitos-deveres referentes aos filhos, *in verbis*: “Parágrafo 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (artigo 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Na separação, os pais e os filhos ficam prejudicados, quando acontece a repartição da família e na maioria das vezes o ordenamento jurídico adotado é o sistema de guarda dividida, na qual, as crianças ficam sob a guarda de um dos cônjuges, enquanto ao outro é estipulado o direito de visitas, atribuído o pagamento de pensão para o sustento e educação dos filhos. É o tradicional sistema de visitas do pai, e a mãe é quem toma todas as decisões sobre a vida da criança. Esse sistema privilegia a mãe, na maioria dos casos, gerando relevantes prejuízos, tanto de ordem emocional quanto social aos filhos.

Mas havendo tantas transformações ocorridas no poder familiar, o código civil tem adotado um novo sistema de guarda que inclui a participação de ambos os cônjuges na educação e cuidado com os filhos.

Esse novo modelo de guarda compartilhada veio para suprir as deficiências que outros modelos de guarda não possuem, principalmente a unilateral. Na guarda compartilhada os seus genitores continuam exercendo em guarda comum, sendo que terão as mesmas responsabilidades sobre os filhos, compartilhando as obrigações pelas decisões importantes relativas ao menor. Pois mantém pai e mãe envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

Desta forma, na guarda compartilhada, um dos pais pode manter a guarda física do filho, sendo que compartilham sua guarda jurídica, desse modo o genitor que não ficar com a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, pois os pais participam em conjunto sobre todos os aspectos caros ao menor, como a educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho.

1.1 Conceção acerca da família patriarcal e matriarcal

O instituto do poder familiar é resultado de uma consequência natural. Todo ser humano necessita de cuidados quando criança e adolescente, uma pessoa que possa educar proteger, auxiliar, amparar, para que possa cuidar de seus interesses. Desse modo à pessoa mais aconselhável para tudo isso são os pais.

Conforme assevera Gasabona (*Apud* MAGALHÃES 2002, p. 203), “a autoridade dos pais sobre os filhos decorre da própria natureza humana, isso porque o homem é uma das raras espécies do reino animal que nasce com a mínima, ou sem nenhuma, condição de sobrevivência, demandando cuidados especiais durante muitos anos”.

Segundo Silva (2008, p. 20-21):

O poder familiar tem o mesmo significado no casamento e na união estável, em adequação ao princípio da plena igualdade entre homens e mulheres, segundo se depreende do artigo 1.631: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Em face dos conflitos que podem surgir entre os cônjuges na co-gestão da sociedade conjugal e no exercício do poder familiar o Código prevê, no parágrafo único, a solução pelo juiz, que decidirá tendo em consideração o interesse do casal e dos filhos: Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Sendo assim, de maneira objetiva e sucinta, de acordo com os doutrinadores mencionados relataram sobre a evolução do Pátrio Poder, principalmente na legislação brasileira, os pais têm seus direitos iguais, os quais deverão assumir todos os seus direitos e obrigações, ao criarem ou adotarem uma criança.

Todo menor, tem necessidades de cuidados, sendo que este necessita que alguém o faça. Todavia a sua formação vem de berço, como os aspectos físicos, mentais, moral, espiritual, social, para que esse ente possa crescer com uma vivência sadia e completa. Desta forma, pretendendo interromper a sujeição dos pais, o Estado continua interpondo, à independência do poder familiar, fiscalizando e controlando.

Conforme Silva (2008, p.21):

Já há um século Aluízio Azevedo escrevia: O homem, seja ele o que for bom ou mau, esperto ou tolo, nunca é mais do que o desenvolvimento fiel de uma criança e uma criança é obra exclusiva de quem a educou. Assim, o exercício da faculdade necessária para que esses objetivos sejam alcançados deve ser conjunto e igualitário a ambos os pais.

Assim sendo, os pais precisam participar de todas as etapas do desenvolvimento dos filhos, com o objetivo de formar um cidadão com dignidade e respeito perante a sociedade. Sabe-se que os pais constituem um conjunto de deveres, cuja base é o interesse alheio acima do seu próprio, para criar o filho. Os deveres inerentes ao poder familiar, previsto no artigo 1.598 do Código Civil, *in verbis*:

Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do artigo 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do artigo 1.597.

Desse modo, o pai não podendo pedir o exame de DNA para comprovar a paternidade, cabe a genitora, apresentar provas que podem ser fotografias, testemunhas, cartas, e-mails e demais provas lícitas admitidas, que puderem corroborar positivamente para a presunção da paternidade.

Mas, o simples pedido da genitora, não vai gerar a devida presunção de paternidade, ou haverá inversão do ônus da prova, portanto terá que elaborar prova negativa de paternidade.

Em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores (GASABONA *Apud* RODRIGUES 2002).

Quando ocorre a separação, os filhos acabam sendo os mais prejudicados por ter que se afastar de um de seus genitores, os quais sofrem um grande temor de serem abandonadas, junto com uma profunda sensação de perda e de tristeza. Mas tudo isso dependerá muitíssimo da forma em que se desenvolva o processo de separação.

Desta forma, os pais deverão conversar com a criança e fazer com que ela entenda suas decisões e lhes faça reconhecer que é necessária a separação. Porém não é fácil acostumar com a idéia, pois, ela sempre via seus pais juntos e se nega a admitir que esta

situação muda. Contudo, com a separação dos pais, muitos filhos tornam-se rebeldes, malcriados, deprimidos, podem sofrer transtornos do sono, de alimentação, e adotar condutas regressivas na escola, na família, na sociedade, que fará com que passem a buscar outras saídas não adequadas e benéficas para seus conflitos.

Em suma, a separação pode causar algumas dessas reações, e fazer com que o menor passe por diversas experiências tais como, transtorno psicológico, conflitos na escolha entre quem é melhor, se é o pai ou a mãe. Com isso os pais deverão pensar mais nos filhos e ver o que é mais adequado para sua formação.

1.2 Natureza jurídica do Poder Familiar

Com a evolução do poder familiar transformou-o de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dignas, no melhor interesse deles e da convivência familiar.

Como lembra Gasabona (*Apud* RODRIGUES 2002, p.397), “para bem compreender sua natureza, é mister ter em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do direito privado, para ingressar no âmbito do direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria- prima da sociedade futura”.

Observando o poder familiar, podemos perceber que é menos poder e mais dever, converteu-se em *múnus*, entendendo como encargo direcionado a alguém, o qual por certas circunstâncias, não poderá fugir dessa responsabilidade. Com o poder familiar dos pais, a sociedade atribui a eles um ônus a ser cumprido, em razão da condição da parentalidade, no interesse dos filhos. O desempenho do *múnus*¹ não é livre, todavia tem necessidade no interesse de outrem. Como base da atribuição dos poderes e o dever de exercê-los.

¹ *Múnus* emprego, encargo, função exercida obrigatoriamente. Disponível em: <<http://pt.wiktionary.org/wiki/m%C3%BAnus>> Acesso em: 25 de abr. 2009.

O poder familiar tem uma natureza de uma relação de autoridade, pois contém um vínculo de subordinação entre os pais e filhos, desse modo, os genitores têm poder de mandar e a descendência, a qual incumbe o dever de obediência.

1.3 Conteúdo do Poder Familiar

As mudanças que a família passou no mundo ocidental, refletiram no conteúdo do poder familiar, intensamente foram às desigualdades, a hierarquização e a supressão de direitos, com os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder entre os cônjuges.

No mesmo sentido Gasabona (*Apud* RODRIGUES 2002, p. 395):

Comparando o pátrio poder na forma como se apresentava na Roma antiga, com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma tão profunda modificação em sua estrutura que não se pode acreditar se trate da mesma instituição. Com efeito, a idéia que se tem é a que o tempo provocou uma evolução tão radical em seu conceito que afetou a própria natureza do poder parental.

Como se vê, o antigo pátrio poder foi constante na história do Direito; os romanos antigos eram muitos extensos, pois abrangiam o poder de vida ou morte, mas aos poucos foi se restringindo, fazendo com que o pátrio poder devesse ser exercido com afeição e não com atrocidade. Observa-se que houve a emancipação da mulher casada, e com a forma que os filhos foram manifestando em dignidade e obtendo tratamento legal, independentemente de sua origem, e limitando os poderes domésticos. Lobo (2006, p. 2), afirma que:

No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital.

Desta forma, logo foi observada a mudança no quadro legislativo, passando a confiar nos pais com a regência da pessoa dos filhos menores, cuidando do interesse destes, bem como a sua proteção legal.

Conclui-se que, a verdade jurídica se adaptou a essa transformação no instituto do poder familiar, e hoje em dia é correto afirmar que o poder familiar se constitui em um complexo de deveres atribuídos aos pais no sentido amplo e ilimitado, de suprir as necessidades e interesses dos filhos. Na sequência, o artigo 227 *caput*² da Constituição Federal/88 prevê, *in verbis*:

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

O presente artigo extrai-se o mínimo de deveres a serem cumpridos à família, ou seja, no poder familiar, em benefício dos filhos, enquanto criança e adolescente. Incontestavelmente, esse conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder, dos quais os deveres jurídicos correspondem a direitos cujo titular é o filho.

1.4 Suspensão do Poder Familiar

Em busca dos pais exercerem os seus deveres e obrigações com os seus filhos, o Estado ficará incumbido de fiscalizar, e quando não respeitado, pode acarretar a suspensão do poder familiar. E se o comportamento dos pais não estiver dentro dos parâmetros da lei e vier prejudicar os filhos, seja a pessoa ou os bens do menor, terão os pais seu Poder Familiar

² *Caput* é o termo geralmente usado nos textos legislativos, em referência ao enunciado do artigo. *Caput* vem do latim e significa “cabeça”. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caput> > Acesso em: 25 de mai. 2009.

suspensão por sentença judicial, pelo tempo determinado pelo juiz. Gasabona (*Apud* DINIZ 2002, p. 257), “é uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai (ou mãe) que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei”.

No interesse dos filhos, a suspensão do Poder Familiar pode atingir todos os poderes a eles inerentes ou apenas alguns deles, a critério do Juiz, o qual se baseará na análise do que lhe for apresentado e comprovado, contudo a gravidade do caso é que determinará a decisão judicial, pois, esta sentença poderá, inclusive, abranger todos os filhos, alguns ou somente um. Será interrompida a suspensão se ficar comprovada a regularização dos atos que a geraram.

A suspensão é uma sanção que visa resguardar os interesses dos filhos e da convivência familiar, a qual poderá ser aplicada somente pelo magistrado quando outras punições não produzirem efeitos desejados, no interesse de assegurar o menor de seus direitos.

O artigo 1.637 do Código Civil menciona as seguintes hipóteses de suspensão, *in verbis*:

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.

Por sua vez o Código Civil menciona que será suspenso com, o descumprimento dos deveres estipulados aos pais bem como a destruição dos bens dos filhos, estabelecendo que a pena excederá a dois anos de prisão em virtude do crime praticado.

Nos casos acima mencionados ficam bem claro que os pais serão obrigados a assegurar aos filhos a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Entretanto, convém ressaltar que a suspensão poderá ser revista, quando os seus genitores superarem os fatores que a provocaram. Gasabona (*Apud* VENOSA 2006, p.368),

assevera que “a suspensão é medida menos grave do que a destruição ou perda porque, cessados os motivos, extinta a causa que a gerou, pode se restabelecido o poder parental”.

Em suma, a pena de suspensão pode ser relativa, quando interposta ao pai, a mãe será responsável pelo filho, e assim vice-versa, em casos de falecimento ou se os genitores forem incapazes, o magistrado nomeará um tutor para o menor.

Vale ressaltar que a suspensão pode ser relativa, ocorrendo aos genitores, a perda de alguns desses direitos em relação à criança ou adolescente, os pais não serão dispensados do dever de alimentá-los.

1.5 Extinção do Poder Familiar

Acontece a extinção do poder familiar, tanto pelos fatos naturais, quanto por decisões judiciais. O artigo 1.635 do Código Civil estabelece os seguintes fatores de extinção, *in verbis*:

- Extingue-se o poder familiar:
- I - pela morte dos pais ou do filho;
 - II - pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único;
 - III - pela maioridade;
 - IV - pela adoção;
 - V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

As hipóteses da perda do poder familiar acontecem com a morte dos pais ou filhos, a qual surge originalmente de fatos naturais sem a interferência da justiça, desta forma a morte de ambos os pais impõe a nomeação de tutor ao menor. Caso só um dos pais venha a falecer, o encargo ficará com o sobrevivente se tiver condição de com ele arcar. Já a emancipação é uma forma que vontade humana interfere, ou seja, com o casamento, portadores de diplomas superiores, etc. Sendo assim com a maioridade (18 anos) serão emancipados deixando de precisar dos cuidados dos pais.

Desta forma, a adoção dos filhos com os pais biológicos em vida, o poder familiar será extinto à partir que as crianças forem adotadas. Ao finalizar, o inciso V trata da perda do poder familiar por decisões judiciais. A perda ou destituição do poder familiar são conseqüências de faltas graves cometidas com os filhos, sendo que será atribuída uma sanção em diversos diplomas infraconstitucionais, dependendo da gravidade do problema.

O artigo 1.638 do Código Civil menciona que, *in verbis*:

Artigo. 1. 638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Há certa discussão no que diz respeito ao castigo dos filhos. Alguns doutrinadores acreditam na possibilidade de aplicação moderada aos filhos, com objetivo de educá-los. Já outros doutrinadores não admitem discutir o que é e o que não é moderado, e outros nem sequer admitem a possibilidade de aplicação de castigos.

Contudo, os legisladores deixam bem claro que o pai pode aplicar castigos físicos e morais, em busca de corrigi-los de seus atos, esses castigos não podem ser excessivos e sim moderadamente.

Evidentemente, deixar uma criança em abandono é mesmo que tirar o necessário para sua subsistência, como à saúde, à educação e a moralidade, ou seja, tudo que um ser humano precisa para sobreviver. Gasabona (*Apud* RODRIGUES 2002, p. 413), “abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar, mas o descanso intencional pela sua criação, educação e moralidade”.

Todavia, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes da criança, gera para elas grandes conflitos, desta forma os pais têm que ficar atentos para evitar que o menor não frequente lugares com maus costumes, pois estes podem deixar-lhes em perigo moralmente. Por fim, acrescente-se que os pais, também, podem prejudicar a moral e os bons costumes dos

filhos se praticarem relações sexuais na frente dos filhos, prostituírem ou ingerirem drogas. Essas são características que geram a perda do poder familiar.

A princípio, incidir reiteradamente, nas faltas capazes de ensejar a suspensão do exercício do *mínus*. Sendo uma forma de evitar o abuso dos pais em circunstância repetidamente, fazendo com que estes ficam aguardando a pena a ser imposta a eles a qual esta prevista no artigo 1.637 do Código Civil. Observa também que os casos acima, consistem na perda do poder familiar, podendo ser respondido no âmbito do direito penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não controverte com o Código Civil, ele também prevê a suspensão e a perda do poder familiar em casos de infrações cometidas pelos pais como o dever do sustento, a guarda, educação, enfim tudo que possa infringir a lei, nos artigos 22 e 24. A única inovação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é a desobediência de ordem judicial, a qual gera a suspensão ou perda do poder familiar.

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente ressalva em seu artigo 23 que a falta ou carência de recursos materiais também constitui para a suspensão ou perda do poder familiar. Desse modo, se não existir outro motivo que dê autoridade para a decretação da medida, o menor será mantido na sua família de origem, e esta será incluída em programas oficiais de auxílio.

Portanto, as perdas do poder familiar são definitivas, mas os pais podem reverter a situação perante a justiça, os quais terão que comprovar o motivo das causas que determinaram a destituição de um ou outro.

Diante de todo exposto, no que diz respeito aos procedimentos de perda ou suspensão do poder familiar, estas são iniciativas incumbidas ao Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse. Todavia, as irregularidades cometidas contra a criança e o adolescente, podem ser fiscalizadas por qualquer pessoa, qualquer autoridade, ao juízo da Infância e juventude, e ao Ministério Público.

A respeito da suspensão e destituição do poder familiar, existem poucas diferenças, do Código Civil com o Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais são bem semelhantes a inovação da parte processual.

No segundo capítulo aborda-se o tema de Guarda, bem como na legislação brasileira, a definição de guarda, critérios de determinação da guarda e suas modalidades.

2 GUARDA

2.1 Evolução Histórica do Instituto Guarda, na Legislação Brasileira

O segundo capítulo busca analisar os modelos de guarda os quais devem ser diferenciados, para que não geram confusão ao escolher um modelo mais adequado, em uma separação, pois os cônjuges e os filhos terão que se adaptar ao processo de transformação devido à desunião.

Neste tópico, será analisada a evolução histórica no direito positivo pátrio na legislação brasileira sobre a guarda do menor. Na qual o legislador percorreu longos caminhos para verificar esse instituto, tendo convicção que o melhor interesse da criança, sempre foi o critério para a fixação da guarda do menor.

Na prestigiosa lição de Silva (2008, p.41):

A primeira regra que regulou o destino dos filhos de pais separados foi o Decreto 181 de 1890, que em seu artigo 90 estipulava: 'A sentença do divorcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles'. Em 1917 entrou em vigor o anterior Código Civil que, em seu artigo 325, mandava que na ocorrência de dissolução amigável de um casamento se respeitasse 'o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos' e, no artigo 326, estipulava que fosse observado, com rigor, se a ruptura fora gerada 'por culpa de um ou de ambos os cônjuges e a idade e sexo dos filhos'. Em 1941 surgiu o Decreto-Lei número 3.200, que, em seu artigo 16, regulou a guarda de filho natural, determinando que o mesmo ficasse com o progenitor que o reconheça e, sob o poder do pai, caso ambos o tivessem reconhecido. Também delegava ao juiz arbítrio para decidir de modo diverso, se o artigo 16 modificado pela Lei 5.582/70, a qual determinou que o filho natural, quando reconhecido pelo pai e pela mãe, ficasse sob a guarda da mãe, não mais do pai, a não ser que fosse necessário, deveria ocorrer a colocação do menor sob a guarda de alguém idôneo da família de qualquer um dos pais. O interesse do menor deveria sempre ser à base da decisão judicial. O surgimento da Lei número 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada – motivou, em relação à guarda, alterações no desquite litigioso, mas não no desquite amigável. O esquema exigido pelo Código Civil existente modificou-se, não mais observando sexo e idade no caso de o magistrado verificar que nenhum dos progenitores teria condições para a guarda, a

mesma poderia ser deferida a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando aos pais o direito de visitas. As disposições constantes no Código Civil de 1916 foram revogadas com a entrada em vigor de Lei 6.515/77 – Lei do Divorcio, mas ocorreu a absorção das regras a serem seguidas quanto à guarda de filhos menores na ocorrência de dissolução da sociedade conjugal. Quanto a isso, não basta verificarmos o artigo 9º da Lei do Divórcio: ‘No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (artigo 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos’. O Código Civil estabelece as determinações sobre a guarda de filhos nos artigos 1.583 a 1.590, abolindo, no artigo 1.583, o critério da culpa pela separação, que impedia o genitor, que deu a causa à separação, de ficar com a guarda dos filhos. Em caso de acordo entre os pais, a eles pertence a decisão sobre a guarda dos filhos.

Vale ressaltar que os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil foram alterados pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual fez referência explícita à guarda compartilhada, de modo que esta poderá ser requerida, por acordo entre os pais, bem como decretada pelo Juiz, observando as necessidades específicas do filho.

Desta forma, este modelo de guarda sendo o escolhido pelos pais, deverá ser aceito pelo Juiz da causa. Pois com destruição da relação conjugal, não se deve provocar o desaparecimento do casal parental. Além disso, o risco de desacordo ou conflito entre os ex-cônjuges existe igualmente na Guarda Única, não podendo ser erigido como impedimento à fixação de Guarda Compartilhada. Mas, não se pode esquecer também que a guarda, está sempre sujeita à revisão, se as respectivas regras deixarem de preservar os interesses do menor.

2.2 Definição de Guarda

Conforme Silva (2008, p. 39), se define guarda como “o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes”.

Na mesma direção, o entendimento de Silva (*Apud* STRENGER 1998, p.31):

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativa para o exercício de proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.

Desta forma, a guarda é ligada ao poder familiar, a qual é compartilhada por ambos os pais enquanto casados. Mas em uma separação, quem perde a guarda não perde o poder familiar, mas seu exercício afetivo, na prática, é do genitor-guardião. O outro genitor fica restrito, embora este deva cumprir com suas responsabilidades que decorrem do poder familiar, conforme o artigo 1.632 do Código Civil, bem como o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo quando a guarda for transferida a terceiros, pois com seus genitores existem certas atribuições, como fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos e a prestação de alimentos que só desaparecem com a privação do poder familiar por determinação do juiz.

Contudo, a guarda por natureza do poder familiar, não de sua essência, esta sendo transferida a terceiros, não acarretará a transferência desta. Pois, a guarda é atributo do poder familiar e tem a possibilidade de se separar dele, não se exaurindo nem se baralhando com o mesmo, entretanto pode existir sem ele.

A propósito assevera Silva (2008, p.41):

Ora, a guarda, enquanto manifestação opera do pátrio poder, compreende, em princípio, a convivência no mesmo local, desdobrando-se nas faculdades de autorização para sair de casa, de se comunicar com o menor e sua regulamentação (direito de visitas), de vigilância, o qual, em tema de responsabilidade civil, tem sérias implicações, consistindo na necessidade de evitar que os filhos estejam sujeitos a perigo a terceiros (...). Abrange ainda a faculdade de controle de comunicações postais, telefônicas, de acesso a leituras, espetáculos, companhias etc., de correção moderada, educação, formação física e mental, espiritual, segundo as aptidões e capacidades, de

exigência de respeito, obediência e até de prestação de serviços à idade, e dever de assistência material e moral.

Evidencia-se que o direito de guarda praticado pelos pais, em relação aos filhos, é antes um dever de assistência material do que uma prerrogativa, pois implica na obrigação dos pais no que diz respeito à sobrevivência física e psíquica dos filhos.

2.3 Critérios para fixação da guarda dos filhos

A guarda origina-se de determinação legal, resultado do exercício do poder familiar, o qual pode ter origem em decisões judiciais, nos de separação judicial, nulidade ou anulação do casamento, dissolução de união estável, e em situações irregular de menor. Desse modo, o acordo pode decorrer judicialmente homologado, em hipótese de separação consensual e divórcio direto consensual. Em conformidade com Gasabona (*Apud* RODRIGUES 2002, p.272), “em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores”.

Além disso, a legislação infraconstitucional tem igual conteúdo, para a preservação dos interesses do menor e o da proteção integral da criança e do adolescente. Sendo assim, o juiz atribuirá a guarda, a quem revelar melhores condições de exercê-la. Na opinião de Gasabona (2006, p. 129):

A legislação infraconstitucional tem igual conteúdo, qual seja a preservação dos interesses do menor. É o que se verifica na leitura do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da guarda do menor em situação irregular, e dos 1.583 a 1.590 do Código Civil de 2002. Como visto, na separação consensual ou no divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem ao que tange guarda dos filhos (artigo 1.583 do Código Civil). O mesmo poder do julgador, tendo como orientação o artigo 1.584 do novo Código, aplica-se em sede de medida cautelar de separação de corpos (artigo 1.586), bem como nas situações graves em que o juiz poderá regular de forma diversa a guarda de menores (artigo 1.586).

Todos esses critérios têm plena pertinência para a dissolução da união estável e visam proteger os interesses dos filhos menores, de forma que serão analisadas as questões da idade, bem como o critério de decisão, pois os menores que ainda precisa amamentar devem ficar preferencialmente com a mãe.

No dizer de Gasabona (*Apud* GRISARD FILHO 2002, p.67):

É certo que, na primeira infância, na tenra idade, o menor tem mais vinculação com a mãe, etapa da vida em que a personalidade do menor se desenvolve por instintos, não oferecendo preocupação quanto a um juízo de valor relativo aos pais, a guarda definir-se-á pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores mais insertos na maternidade. Ensinam as psicólogas Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Pisano Motta que, do nascimento até por volta dos 18/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe, formando com ela um par, da qual não se discrimina e qual depende quase que completamente para a própria sobrevivência física e psicológica, de modo que, conclui, a respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período.

Outro requisito a ser observado pelo julgador ao decidir a guarda é a questão dos irmãos, o juiz deve, na medida do possível, manter estes unidos na hora de estabelecer a guarda. Pois os separando, enfraquecerá o laço entre eles provocando uma separação profunda na família, já debilitada. No entanto, os irmãos permanecendo juntos, sustentam a idéia de manter unido o que resta da família.

Este requisito só perderá a razão quando estes irmãos tiverem grande diferença de idade, presumindo que cada qual destine, a seu tempo, para as diferentes atividades, contudo sendo impossível permanecer esses irmãos unidos, é recomendável um amplo e geral regime de visitas.

Salienta-se que o principio básico informador à atribuição da guarda do menor, devera ser determinado mediante uma pesquisa de outros critérios complementares, como a idade, a questão de irmandade, a conduta dos pais, e outros.

Compartilha esse entendimento Gasabona (2006, p.132), quando afirma que:

Na atribuição da guarda, o Estado deve estar atento ao vetor do artigo 227 da Constituição Federal, qual seja, pais e filhos devem ser considerados em suas necessidades, direitos e limitações. É imperativo que a determinação judicial avalie o sujeito ativo e passivo do instituto da guarda, considerados em sua globalidade e em sua singularidade, objetivando a solução, mas justa e priorize o prevalente interesse do menor.

Em suma, os direitos do genitor guardião e do genitor visitante são os mesmos, pois ambos têm o direito e dever de guarda e o cuidado sobre o filho. Todavia, hoje o interesse principal, é o da conservação das relações pessoais entre pais e filhos. Portanto, não se pode negar que devido rompimento conjugal, a criança não pode perder um de seus genitores. Por fim o direito à guarda deve sempre visar o interesse do menor, pois ele é o sujeito deste direito.

2.4 O princípio do maior interesse da criança

Foi com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas em 1989, que surgiu no universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral, a qual, mediante os critérios inscritos na Constituição Federal de 88, inteirou o conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No dizer sempre efetivo de Gasabona (*Apud* PIOVESAN 2000, p.196):

A convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade. Os direitos previstos na Convenção incluem: o direito à vida e à proteção contra a pena capital; o direito a ter uma nacionalidade; proteção ante a separação dos pais; direito de entrar e sair de qualquer Estado parte para fins de reunificação familiar; a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior; a proteção de seus interesses no caso de adoção; liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito ao acesso a serviços de saúde; o direito a um nível adequado de vida e segurança

social; o direito à educação; devendo os Estados oferecerem educação primária compulsória e gratuita; proteção contra a exploração econômica, com a fixação de idade mínima para admissão em emprego; a proteção contra o envolvimento na produção, tráfico ou uso de drogas e substâncias psicotrópicas; a proteção contra exploração e o abuso sexual.

Com eficácia, o artigo 227 da constituição federal de 1988, obteve de um modo expresso o princípio da proteção integral da Criança e do Adolescente, de forma que provocou uma significativa alteração, na produção e tratamento do grupo familiar, de seus institutos jurídicos, o qual cedeu espaço à valorização dos sujeitos.

Nesse sentido assevera Gasabona (*Apud* BARBOSA 2000, p. 206):

A primazia do sujeito na condição de filho vem revestida de promoção de seu interesse, examinada cada situação específica, onde a busca decisão acerca da guarda passa essencialmente pelo exame das condições pessoas na relação paterno-filial. O filho deixa de somente sentir os efeitos da escolha do guardião para fazer parte dela.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, a doutrina da proteção integral começou a vigorar no Brasil, no qual o princípio da proteção integral engloba o melhor interesse da população infanto-juvenil, responsabilizando-se, além dos seus direitos fundamentais. Visam também à sua proteção especializada, diferenciada e integral. Esta proteção com a prioridade absoluta, não trata simplesmente de uma obrigação exclusiva da família e do Estado, e sim de um dever social. As crianças e adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condições peculiares de desenvolvimento. Cabe mencionar aqui a reflexão de Gasabona (*Apud* CARBONERA 2000, p.198):

Diante das metamorfoses por que passou o modelo jurídico de família, cujos reflexos se fazem sentir em todas as relações que nela se desenvolvem, a alteração do conteúdo e da forma de desempenho de seus papéis provocaram na guarda e em seu estabelecimento uma mudança de rumo. A direção a ser seguida é a do exame de cada caso concreto, levadas em conta as aptidões pessoais dos genitores e as condições de cada filho, procedendo a uma efetiva valorização dos sujeitos da família, de seus sentimentos, de suas vontades, sem um prejulgamento que ofenda a dignidade, permitindo que

cada um desempenhe o seu papel de forma livre, na busca da realização pessoal e da felicidade.

No entanto, não é suficiente apenas admitir a existência destes princípios. É preciso, começar a colocar a teoria em prática para que possam colocar os referidos objetivos, pois ao contrário a sociedade correrá o risco de cada vez se tornar mais, alienada, sem temor e violenta. Por isso, cumpre ressaltar que a criança e o adolescente devem ser amparados. Estes bem protegidos e bem conduzidos, provavelmente serão felizes e assegurados a si mesmos relações satisfatórias e construtivas futuramente.

Em suma, o judiciário e os profissionais de direito são os responsáveis de fazer o possível e o impossível para evitar que se estabeleçam definitivamente, no mundo interno da criança, as conseqüências negativas e destrutivas advindas de anos participando de brigas judiciais em razão destas.

2.5 Modalidades de Guarda

Cumpre observar que a guarda e a visita dos filhos são estabelecidas pelo Juiz na própria ação de separação ou em ação de regulamentação de guarda e visita, por intermédio de um advogado, as quais serão definidos os dias e horários de visita que ocorrerão no futuro. De forma que os pais decidirão a melhor modalidade de guarda para conviver com os filhos, visando em primeiro lugar o bem-estar da criança.

Desta forma, como bem lembra Gasabona (2006, p.216):

Classifica as modalidades de guarda em:

- a) Guarda Comum, desmembrada e delegada;
- b) Guarda Originária e derivada;
- c) Guarda de Fato;
- d) Guarda provisória e Definitiva;
- e) Guarda Única;
- f) Guarda de Terceiros, Instituições e para fins Previdenciários;
- g) Guarda Jurídica e Guarda material;

- h) Guarda alternada;
- i) Aninhamento ou Nidação;
- j) Guarda Jurídica e guarda Material Compartilhada ou Conjunta.

Mediante a classificação exposta acima, há que se discorrer aqui sobre cada modalidade.

2.5.1 Guarda Comum, Desmembrada e Delegada

A guarda comum, desmembrada e delegada foram os primeiros modelos que surgiram, as quais são conceituadas por Leiria (*Apud* LEIVAS p. 15), na seguinte forma:

Guarda Comum diz respeito ao exercício da guarda dividido igualmente entre os genitores, normalmente vigente na constância do casamento, cuja origem é natural, ou seja, preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício. Ao contrário, a guarda desmembrada do pátrio poder se dá pela intervenção do Estado, através do Juizado da Infância e da Juventude, que a outorga a quem não detém o poder familiar, para a devida proteção do menor. É, ao mesmo tempo, uma guarda delegada já que é exercida, em nome do Estado, por quem não tem a representação legal do menor.

2.5.2 Guarda Originaria e Derivada

A Guarda Originária é considerada como um objeto de cisão em casos de dissolução do casamento ou união estável, a qual em parte será considerada ao se falar da guarda jurídica e material.

Gasabona (2006, p.216) conceitua guarda originária dizendo que:



Guarda Originaria é exercida pelos pais como parte do poder familiar, como um direito-dever de plena convivência com o menor, possibilitando assim, o exercício de todas funções parentais, quais sejam, educação, assistência, a

vigilância, a correção, a representação. Sua origem, sendo natural, é originária dos pais.

Esta guarda raramente é concedida, e ocorre geralmente por escolha das partes, pois a jurisprudência não concorda com esse modelo de guarda, a qual a divisão fica pela metade.

Para Guarda Derivada, buscou-se em Gasabona (2006, p.216), uma definição, ou seja, para o autor “é a que surge em decorrência da lei ou da decisão judicial, que a outorga a pessoa outra que não os pais”. Todavia essa forma de guarda só poderá ser aplicada quando tiver a possibilidade de colocar o menor em família substituta.

2.5.3 Guarda de Fato

Discorrendo sobre o tema Gasabona (2006, p.219), diz que “a guarda de fato, é aquela que se estabelece naturalmente, quando uma pessoa passa a cuidar de um menor sem qualquer atribuição legal ou judicial, não tendo, portanto, sobre ele nenhum direito da autoridade”.

Desse modo, esse vínculo jurídico só será desfeito por uma decisão judicial em benefício do menor. Os quais não são poucos a manifestação judicial, para reconhecer o direito da guarda originaria de fato.

2.5.4 Guarda Provisória e Definitiva

Por sua vez, a Guarda Provisória é aquela que estabelece um tipo de guarda temporária, a qual se aplica em casos de processos pendentes onde esta será discutida, desse modo, surge à necessidade de atribuir essa modalidade a uma das partes. (GASABONA, 2006).

De acordo com Gasabona (2006, p. 219), “é uma medida provisória, mas quando sentenciado o feito, após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto, a referida guarda torna-se ela guarda impropriamente definitiva”.

Desse modo, a guarda provisória classifica-se como impropriamente definitiva, porque sua fixação sempre obedece a clausula *rebus sic stantibus*³, a qual é sempre passível de mudanças a qualquer tempo, pelas vias processuais pertinentes.

2.5.5 Guarda Única

Na Guarda Única, um dos cônjuges será nomeado o guardião, detentor, portanto da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião, mas ambos continuarão exercendo a guarda jurídica, sendo que este tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entendam que a decisão não seja o melhor para o seu filho. Gomes (2006, p. 1) assim assegura:

Ocorre que, em nosso país, o modelo de guarda previsto legalmente é o da guarda única, em que se defere a um genitor o poder familiar e a guarda material (a imediatidade física) da criança, enquanto ao outro genitor, apesar de detentor do poder familiar, incumbe apenas o papel de supervisor da criação do filho, com direito à visitação, e sem qualquer poder de decisão.

Desta forma, o não guardião exercerá a guarda jurídica, mesmo que de uma forma indireta, através das visitas, aonde poderá constatar, fiscalizar se o guardião vem corretamente prestando assistências materiais, morais e educacional ao menor.

³ *Rebus sic stantibus* / representa a Teoria da Imprevisão e constitui uma exceção à regra do Princípio da Força Obrigatória. Trata da possibilidade de que um pacto seja alterado, a despeito da obrigatoriedade, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação não forem as mesmas no momento da execução da obrigação contratual, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra. Há necessidade de um ajuste no contrato. *Rebus Sic Stantibus* pode ser lido como "estando as coisas assim" ou "enquanto as coisas estão assim". Disponível em: < <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8711> > Acesso em: 18 de ago. 2009.

2.5.6 Guarda de Terceiros, Instituições e para fins Previdenciários

Essa modalidade de guarda é uma ação de responsabilidade do menor com fim previdenciário, cujo processo foi extinto, sem apreciação do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, e tem por finalidade garantir ao menor a usufruir os benefícios previdenciários do guardião (GASABONA, 2006).

A propósito, assevera Gasabona (2006, p.217), “guarda e responsabilidade para fins previdenciários. Possibilidade jurídica do pedido face o Estatuto da Criança e do adolescente. Provimento do recurso. Artigos. 6º, 7º, 33, parágrafo 2º, 153 e 198, VII em abono à Doutrina da proteção integral, consagrada pela própria lei tutelar.”

Desta forma, o benefício previdenciário é consequência da guarda, contudo este não pode ser usado apenas para o objetivo do benefício previdenciário. Esse modelo de guarda é concedido para que o menor não fique em situação irregular, para que ele tenha guardião.

Como bem acentua Gasabona (2006, p. 217):

Concessão de guarda à avó. Efeitos previdenciários. Simulacro. Impossibilidade. Estando os menores sob a égide de sua genitora, não há amparo legal para que se conceda a guarda dos mesmos à avó, apenas para fins previdenciários, simulacro com o qual não pode anuir o Poder Judiciário. Negaram provimento.

O menor não ficando sob a guarda do guardião, não existe guarda, e sim só se simula uma situação para obter o efeito secundário da verdadeira fraude.

2.5.7 Guarda Jurídica e Guarda Material

A guarda jurídica e a material são estabelecidas em casos de dissolução da relação de conjugalidade, quando está é atribuída a um dos genitores. Desse modo este passa a ter a guarda material e a jurídica, o qual tem o direito de reger a pessoa dos filhos, proporcionando a educação, carinho e decidir todas as questões do seu interesse.

Contudo, o pátrio poder e a guarda jurídica competem ao pai e à mãe. Dissolvida a sociedade conjugal ou o casamento, ambos prosseguem portadores do pátrio poder. Não há por que afastar, pois a possibilidade de o mesmo acontecer no pertinente à guarda jurídica, se esta providência se revelar benigna e até imprescindível ao interesse do menor.

Gasabona (2006, p. 219), esclarece que “a guarda jurídica é a exercida a distância pelo genitor não guardião, enquanto a guarda material realiza-se pela proximidade diária do genitor que convive com o filho”. Portanto, o genitor não guardião, tem o direito de fiscalizar a deliberação tomada pelo genitor a quem a guarda foi atribuída, as visitas são denominadas de guarda jurídica. De modo que a guarda material fica sempre com apenas um dos genitores, assim conforme a decisão do juiz.

2.5.8 Guarda Alternada

A Guarda alternada é uma modalidade que raramente é concedida, esta é escolhida pelos os pais. De acordo com Silva (2008, p. 56):

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, 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 paternal. No termo do período os papéis se invertem.

Percebe-se que esse modelo de guarda, predomina a continuidade do lar, a qual deve ser respeitada para preservar o interesse do menor. No entanto a jurisprudência discorda com essa modalidade, não sendo aceita por quase todas as legislações mundiais, pelo fato dos pais terem que dividir pela metade o tempo junto com os filhos.

2.5.9 Aninhamento ou Nidação

O aninhamento ou nidação é uma modalidade de guarda em que os pais mudam de casa para ficar com os filhos. Silva (2008, p. 59), explica que “o Aninhamento, também conhecida como Nidação é um modelo 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”.

Desta forma, nesse modelo de guarda existe uma divisão em que os ex-cônjuges dividem em partes iguais o período a ser passado com os filhos na residência fixa destes

2.5.10 Guarda Compartilhada ou Conjunta

A guarda compartilhada, também identificada por guarda conjunta, é um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, onde estes tomam decisões importantes em conjunto visando o bem estar, educação e criação dos filhos. São benefícios grandiosos que essa nova proposta oferece às relações familiares, não sobrecarregando nenhuns dos genitores e evitando ansiedades e desgastes para pais e filhos. Por sua vez Salles (*Apud* GASABONA 2006, p.243), elucida que:

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a idéia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar. A partir deste novo conceito, é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a idéia de estar com, de

compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e conseqüentemente dos pais.

Salientamos também que este modelo, prioriza o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, pois é uma continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta.

Nesse caso assevera Lagrasta Neto (*Apud* GASABONA 2006, p.244), “a guarda conjunta, fruto de atribuição bilateral do poder parental, revela-se, no casamento civil, na separação ou no divórcio, bem como na situação daqueles que formam entidades familiares, como a espécie, mas desejável, conciliatória e civilizada”.

O instituto da guarda compartilhada tem por escopo tutelar, a convivência assídua da criança com o pai, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo. Visando o direito do pai de desfrutar da convivência assídua com o filho, proporcionando-lhes atenções e cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

A abordagem desse capítulo foi sobre alguns pressupostos básicos sobre guarda e modalidades da mesma. No terceiro capítulo serão analisados os requisitos da Guarda Compartilhada, o qual é o tema central deste trabalho.

3 GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Breve Histórico

O novo instituto de guarda passou a existir devido algumas transformações históricas, que ocorreu na nossa sociedade, foi necessário providenciar soluções para esses problemas. Foi daí que a guarda compartilhada ou conjunta surgiu na *common Law*⁴, no direito inglês em 1960, onde aconteceu a decisão sobre a aplicação da guarda compartilhada.

Nesse particular, a explicação de Silva (*Apud* LEITE 1997, p. 266):

(...) na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não- atribuição, através da *split orderm* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *care and control* (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, *custody* (custódia).

Assim sendo, após o esclarecimento da introdução da informação da guarda compartilhada nos tribunais ingleses autorizou-se a repartição dessa modalidade entre os genitores, evidenciando que a guarda compartilhada terá possibilidade de ser aplicada.

⁴ Common Law do inglês / direito comum / é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law> Acesso em: 25 de set. 2009.

A este propósito destaca Silva (2008, p. 62):

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês, só ocorreu em 1964, no “*caso clissod*”, quando aplicou a guarda compartilhada demarcando o início de uma tendência que faria escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d’Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Corut d’ Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz Ormond, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição de guarda isolada na história jurídica inglesa.

Fechando este item, conclui-se que decisões têm um enorme valor histórico e jurídico, pois divulga o rompimento de uma tradição secular e a proteção do interesse do menor. Assim, após adquirir a noção de guarda compartilhada, e sendo colocada a prática judiciária cotidiana, os tribunais possibilitam a melhor estabilidade mental e emocional aos direitos dos genitores.

3.2 Conceito

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma nova forma dos genitores conviverem e manterem os seus vínculos afetivos com os filhos. Desse modo, essa modalidade de guarda visa proteger o melhor interesse da criança, como também às necessidades afetivas e emocionais. A guarda compartilhada valoriza o papel da paternidade e oferece, ao menor, equilibrado desenvolvimento psicológico, garantindo a participação comum dos genitores em seu destino, pois os filhos têm a necessidade de ser educado por ambos o pais, e não só por um deles.

Embora a Guarda Compartilhada, sendo um instituto novo e com pouca aplicabilidade no Brasil, traz inúmeras dúvidas e dificuldades quanto a sua compreensão e seus benefícios. No dizer sempre expressivo de Grisard Filho (2000, p. 115):

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.

Por sua vez Leite (*Apud* GASABONA 2006, p. 243) “a noção de guarda conjunta surgiu de duas considerações bem nítidas: o desequilíbrio dos direitos parentais, que tornou uma medida anacrônica, e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária”. No mesmo sentido a opinião de Silva (2008, p. 60), é:

A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade dos pais, e a guarda compartilhada veio propiciar a reorganização das relações entre pais e filhos no interior da família desunida, com a finalidade de diminuir os traumas pelo distanciamento de um dos genitores, geralmente o pai.

Deste modo, observa-se que os doutrinadores têm o mesmo posicionamento quanto ao conceito da guarda compartilhada, a qual é de um valor inquestionável. A sua prática é ainda embrionária e é baseada na modalidade de que o menor possua uma residência fixa, devendo ser compartilhados os direitos e deveres entre os pais, onde estes exerceram os seus papéis em relação aos filhos quando acontece ruptura da separação conjugal. De acordo com Lagrasta Neto (*Apud* GASABONA 2006, p.242):

A cega atribuição do menor à mãe não condiz com uma realidade justa, visto que nem sempre será ela a melhor orientadora ou guardiã, enquanto não superado o fim do relacionamento, ou necessitar do trabalho fora do lar, e de oportunidade igual de reconstituir a vida e a felicidade. A ausência da figura do pai quer por estar acomodado com o simples pensionamento, que por infundados temores, ou impedido de visitar a prole pela ex-mulher, acaba por desestabilizar o menor, fragilizado pela separação, pelos costumes, pela mídia, pela violência, e como reflexo do desemprego aliado ao desespero dos pais. Pais acomodados são negligentes; pais convocados a partilhar a vida dos filhos acabam por destes se aproximar, deixando de lado o orgulho ferido e as sustentabilidades.

Com essa modalidade de guarda, se possibilita a convivência de ambos os pais, mesmo a criança morando com a mãe, ter a presença do pai no seu cotidiano, em afazeres como, buscar esta na porta da escola, levando às consultas médicas, mantendo um convívio saudável com o genitor não guardião. A criança pode e deve ter uma residência fixa com o genitor que têm melhores condições para proporcionar um ambiente saudável para o desenvolvimento da criança, o que não pode existir é uma ruptura dos laços afetivos provocada pela guarda alternada, que distancia e torna frio o relacionamento entre pais e filhos.

Na guarda compartilhada, respeita-se a princípio de que a criança deve ter uma residência principal, ao contrário da alternada, que alterna a sua residência, ora fica com o pai ora com a mãe. Sobre a guarda compartilhada, Lopes (2002, p. 1), assegura que:

Ocorre que a desinformação de muitos sobre esse regime de guarda proposto iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneciam por um período na casa da mãe e por outro período na casa do pai, o que dentre outros malefícios, dificultaria a consolidação de hábitos na criança, provocando instabilidade emocional. Esse receio não tem qualquer fundamento, já que, conforme explicitado, a guarda compartilhada pressupõe a permanência do menor com um dos pais. Contudo, a guarda compartilhada torna mais efetiva a participação do não detentor da guarda na vida dos filhos, já que o tira da figura de mero coadjuvante, e, por vezes de simples provedor financeiro.

Desta forma, esse modelo de guarda faz com que o filho tenha um contato diferenciado com seus genitores, assim como os pais têm mais e melhor acesso aos filhos, mantendo uma convivência efetiva, e não que o filho seja simplesmente visitado pelos pais. Assim, a criança desfrutará de uma relação mais adequada com os seus genitores.

Com esta modalidade se quebra a visita quinzenal, a qual estabelece que a criança possa ir à casa do pai quando quiser, fazendo com que ela se sinta em sua própria casa. Nela têm o seu próprio quarto, os seus brinquedos, objetos de seu interesse e necessidade e podendo até mesmo receber seus amigos nesta casa. Portanto, a criança não vai visitar seu pai em um local que lhe é estranho, e sim, vai viver na plenitude da relação paterno-filial com aquele genitor.

3.3 A Guarda Compartilhada no Direito Comparado

A Guarda Compartilhada também é aplicada em outros países, é importante destacar que as experiências vivenciadas na realidade são diferentes de país para país, ou seja, cada um possui os seus costumes e suas práticas, como o grau de desenvolvimento cultural, formação e características particulares.

Portanto, essa modalidade de guarda surgiu em diversos países devido ao fenômeno globalização, pois foram diversas alterações sociais e familiares que ocorreram no mundo todo, desta forma em decorrência da Revolução Industrial veio à necessidade na questão de guarda dos filhos com o interesse de proteger os direitos dos genitores, bem como os interesses dos filhos visando uma boa formação intelectual, moral e social.

Por ora, apenas faremos uma descrição superficial da noção de guarda Compartilhada a qual já foi ressaltada, esta surgiu na *common Law*, sendo certo que muitos doutrinadores atribuem a origem deste novo modelo de guarda à Inglaterra.

No Século XIX houve uma alteração no parlamento inglês, de modo que complementou esse costume passando a atribuir à mãe a prerrogativa de obter a guarda de filhos. Entretanto esse privilégio era exclusivo dos pais, passou a ser abrandada pelo poder discricionário dos tribunais ingleses, dali essa modalidade espalhou por todo o mundo.

A partir da década de 70, a noção de guarda conjunta, já adotada pelos ingleses, ganhando a jurisprudência das províncias canadenses, onde a lei federal sobre o divórcio (de 1985) permite que a guarda de uma criança seja estabelecida a um dos pais concedendo-se ao outro o direito de visita. A guarda compartilhada só se confere quando os pais manifestam por essa opção, por meio de acordo, para atender os interesses dos pais e dos filhos. Se o acordo não é possível, o Tribunal decide por eles.

A propósito, como observa Silva (2008, p. 91), “no Canadá a guarda compartilhada só é deferida se os pais optam por ela. Entretanto, os juízes os orientam que essa é a forma

mais benéfica aos filhos e a eles próprios, fazendo-os ver que o relacionamento entre ambos tende a melhorar, pelo maior contato a fim de decidirem as questões filiais”.

Nos Estados Unidos, a partir da década de 80, muitos Estados promulgaram leis que incentivaram o contato frequente e contínuo da criança com os dois genitores. Desse modo, a guarda Compartilhada é um dos modelos de guarda que mais cresce. As estatísticas demonstram que os pais são a ela francamente favoráveis sob vários aspectos, como o bom relacionamento de ambos os genitores com os filhos, o desenvolvimento psicológico das crianças sem a perda de referencial dos próprios pais e a segurança dos genitores diante da própria prole por estarem ambos em pé de igualdade em direitos e deveres.

Como lembra Silva (2008, p.83):

A preocupação com a guarda compartilhada é patente nos Estados Unidos, sendo comum a ampla divulgação aos pais das características desse tipo de guarda e informações úteis, como: a escolha de advogado (o que se exigir dele, características profissionais, listas de advogados por área de atuação etc.), as leis de cada Estado a respeito, grupos de auto-ajuda. Existem até programas de educação para os pais, em 40 Estados americanos, que auxiliam a enfrentar a nova sistemática familiar.

Em Portugal, esta modalidade de guarda é conhecida como, guarda conjunta; e sua importância decorre do fato de permitir a opção dos pais pelo exercício comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à prole em condição idêntica às que vigoram na Constância do matrimônio. Assim, também assevera Silva (2008, p.88), “foi no ano de 1999 que o Código Civil de Portugal recebeu a emenda que privilegiou a guarda compartilhada, levando-a a categoria de lei, para permitir a consecução dos direitos de pais e filhos à convivência mútua depois do divórcio, separação ou anulação do casamento”.

O Código Civil da França em seu artigo 287 estabelece que a autoridade parental seja um conjunto de direitos e deveres que visam atender aos interesses dos filhos menores, que deve ser exercida por ambos os pais, de forma conjunta, até que aqueles atinjam a maioridade, ou seja, emancipados, resguardando sua segurança, saúde, morais, contribuindo para educação e desenvolvimento de sua personalidade.

Na lição de Silva (2008, p.81):

Na França se o casal se separa o exercício da guarda tanto pode ser exclusivo a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita, ou compartilhado por ambos. Sobre essa modalidade (guarda conjunta), a nova lei veio para confirmar a jurisprudência, fazendo da guarda compartilhada um referencial legal.

No Direito Alemão, até 1992, tinha uma guarda, a qual estabelecia que a escolha desta devesse ser baseada no interesse do filho, predominando a guarda unilateral. Esta se tornou inconstitucional, o Estado não pode intervir, pois após o divórcio, ambos os cônjuges tem o direito de optar por uma guarda compartilhada dos filhos, sendo que esta visa o melhor interesse do menor.

Participa desse entendimento Silva (2008, p.90):

Na sentença ELSHOLZ, de 13 de julho de 2000, a Corte Européia lhe deu razão e concedeu a Alemanha a pagar 4.600 DEM por danos morais. Essa sentença mostra que, quaisquer que sejam as leis nacionais, o interesse superior da criança se encontra no direito fundamental de ter acesso a seus dois genitores.

Após, essa sentença não precisa ter uma decisão quanto à guarda em caso de divórcio, portanto, só existe intervenção do Tribunal caso um dos pais se manifestar em ser detentor da guarda individual, sendo então cabível analisar a situação desse pedido em relação ao interesse do menor.

Na legislação Argentina há como regra básica o exercício compartilhado, dirigindo-a ao pai e a mãe, conjuntamente, estes sendo casados ou não. Esse exercício condiciona o melhor interesse dos filhos, mas cabe ao juiz analisar, qualquer conflito em consequência dessa decisão. Segundo Silva (2008, p.91) “é destacado que os pais têm o direito e a obrigação, advindos do pátrio poder, de criar seus filhos, alimentá-los e educá-los conforme sua condição e fortuna”.

Na América Latina, o Uruguai começa a se interessar por esse modelo de guarda. Desse modo, conclui-se 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.

3.4 Posição do Direito Brasileiro quanto a Guarda Compartilhada

Assim surgiu no Brasil a aplicação da guarda compartilhada, a qual vem sendo examinada em no ordenamento jurídico do país a partir da Lei 11.698/2008 e nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil uma norma específica que possibilita o exercício da guarda conjunta. O artigo 1.583 do Código Civil prescreve, *in verbis*:

A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei número 11.698, de 2008).

Parágrafo 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (artigo 1.584, parágrafo 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Parágrafo 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

III – educação. (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Parágrafo 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Parágrafo 4º (VETADO). (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Devido a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento, ou pelo divórcio direto consensual, os cônjuges despertam sobre a guarda dos filhos, visando proteger os interesses destes. Desta forma, esta guarda poderá ser conjunta ou compartilhada.

Vale ressaltar que a separação do casal conjugal, não poderá interferir em relação a guarda dos filhos, pois se houver conflitos entre os ex-cônjuges, não poderá ser aplicada a guarda compartilhada ou conjunta. Lembrando que a sentença que determina a guarda poderá ser revisionada a qualquer momento, se as regras deixarem de ser cumpridas em relação ao interesse do menor. Em fim, a guarda conjunta ou compartilhada privilegia os menores, e, diante dos acordos entre seus genitores, havendo interesse por esse modelo, o juiz não poderá recusar a estipulação.

O artigo 1.584 do Código Civil vigente enumera diversos direitos-deveres, *in verbis*:

A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei número 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Parágrafo 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Parágrafo 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Parágrafo 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Parágrafo 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Parágrafo 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei número 11.698, de 2008).

Após decretação da separação judicial ou do divórcio, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente, mas se ambos os pais tiverem culpa, os filhos menores vão ficar sob a proteção da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem

moral ou social, para eles. Entretanto, provando que os filhos não devem permanecer sob a guarda dos seus genitores, o juiz deferirá a guarda a uma pessoa que demonstrar capacidade para o tal exercício, e que seja idônea da família de qualquer dos cônjuges, mesmo que não mantenha relações sociais com o outro, a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita. Conclui-se que esse artigo privilegia os laços afetivos e de afinidade, sem estrita ligação com os vínculos de parentesco.

Finalizando essa pesquisa, com o quarto capítulo, serão abordados os aspectos psicológicos do tema, as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, a mediação interdisciplinar e o posicionamento judicial após a aprovação do projeto de lei sobre a guarda compartilhada.

4 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E EXTRAJUDICIAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Benefícios sob a Visão Psicológica

É muito importante que os aspectos psicológicos sejam observados na escolha da guarda dos filhos, pois essa decisão envolve as pessoas e seus destinos, por isso é necessário que juntamente com análise Jurídica, sejam analisados também por outros profissionais, como Psicologia, psiquiatria e sociólogos, os quais ajudarão nessa decisão, a fim de não cometer equívocos a esse respeito.

Certo é que o pai deve estar no cotidiano do filho e colocar estes, no mais amplo contexto social, ajudá-los a entender as exigências necessárias para viver em um mundo fora da família, desenvolvendo também na criança os seus limites.

Confira a opinião de Silva (2008, p.142), a respeito:

O pai é mais afetivo na disciplina. Tanto nas famílias intactas quanto nas divorciadas, por exemplo, as crianças estão mais propensas a obedecer ao pai do que à mãe. Enquanto as mães são mais ativas que os pais em ajudar os jovens com problemas pessoais, no que diz respeito ao uso de drogas por adolescentes o envolvimento do pai é mais importante.

Todavia, com a separação conjugal, os genitores pensam em uma forma de solucionar apenas os seus problemas, os quais colocam um fim em uma relação já desgastada, mas não vêem que tal decisão pode gerar outro problema que afetará os filhos, frutos desta união. De modo, que o menor poderá sofrer diversas consequências advindas dessa desunião, as quais podem causar enormes sequelas.

A respeito do tema, Pereira (2001, p.53), continua o raciocínio afirmando que:

[...] podemos falar hoje de uma crise da paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Sua função básica (do Pai) estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, de difícil compreensão, onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: o pai solteiro, ou separado, que só é pai nos fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o que não paga, ou boicota a pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isto; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento. Enfim, a ausência do pai e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono psíquico, tem gerado graves conseqüências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais (...) O mais grave é o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

Ao teor do que foi exposto, deduz-se que o modelo de guarda compartilhada é considerado o mais adequado, sendo que nesse, se contempla a continuidade do poder familiar em relação aos filhos, assegurados pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º. Contudo, os direitos e deveres ficam a critério de ambos os pais, porém estes é que irão garantir o bem-estar de seus filhos. Desta forma, no decorrer dos anos, o papel dos pais também foi modificado, deixando a imagem de pais ausentes, passando a serem mais participativos, carinhosos e atuantes nas mais importantes decisões dos filhos.

Com relação ao princípio do maior e melhor interesse do menor, observa Silva (2008, p.153), que este é:

O modelo tradicional de guarda exclusiva, atribuída na maior parte das vezes à mãe, a evidencia se mostrou falho e insuficiente na maior parte dos casos, para cumprir o papel parental no período pós-dissolução da sociedade conjugal, daí a procura por novas modalidades de guarda que possibilitem aos pais o exercício da autoridade parental em igualdade de condições, mesmo com o término da união.

Entretanto, o pai moderno reivindica a igualdade de direitos no momento da ruptura conjugal, os quais querem fazer parte da vida de seu filho e não apenas visitá-lo. Deste modo que surge a guarda compartilhada, a qual atende aos interesses dos não guardiões. Portanto, psicologicamente, este modelo de guarda se fundamenta no fato de que a separação ou divórcio traz inúmeras conseqüências, assim tem a finalidade de sublimar esses efeitos procurando a felicidade e segurança de todos que fazem parte deste processo.

Cabe aqui ressaltar que a Guarda Compartilhada se enquadra no procedimento ordinário, o qual é feito mediante produção de prova, desde a propositura da ação até a fase recursal, sendo que a atividade do Juiz é indispensável.

A propósito assevera Nunes (2001, p.196), que na prática:

Podemos dividir o procedimento em cinco fases: postulatória, saneadora, probatória ou instrutória, decisória e recursal. A rigor as fases não são estanques, mas há uma interpenetração de uma fase em outra. Mormente no que tange às fases probatórias e saneadoras, não há um momento determinador rígido. Permite-se a produção de prova (documental, sobretudo) desde a propositura da ação até a fase recursal. Com relação ao saneamento, a atividade do juiz é permanente. De qualquer forma, para os efeitos didáticos, vamos esquematizar o procedimento ordinário.

A fase postulatória é iniciada com o ajuizamento da ação mediante a petição inicial, sendo a forma legal de desafiar a Jurisdição, e irá até o prazo final para o réu fazer sua apresentação. Após o término da fase postulatória é iniciada a fase saneadora, incluindo as providências preliminares e o saneamento propriamente dito os quais está estabelecido nos artigos 323 a 328 do Código de Processo Civil, que tem a finalidade de preparar o processo para ser instaurado e julgado.

Desse modo, a fase probatória ou instrutória corresponde à fase posterior ao saneamento, pois as partes devem provar suas alegações mediante confissão, exibição de documento ou coisa, documentos testemunhas, perícia, inspeção judicial, indícios, as presunções e por fim as provas emprestadas, porém quando o processo chega nessa fase é porque os elementos de prova não são suficientes para convencer o juiz.

Finalizando com a fase decisória, pela prolação da sentença, isto é na audiência e julgamento, esta é proferida mediante a manifestação das partes sobre a prova colhida, sendo independente de audiência. Em suma, após a superação desses procedimentos, o juiz poderá acolher ou rejeitar o pedido do autor. Assim, nem sempre o processo da guarda compartilhada terá a necessidade de passar por todas as fases, pois muitos poderão ocorrer independentes de produções de provas.

4.2 Vantagens da Guarda Compartilhada

Analisadas as vantagens da Guarda Compartilhada, a qual tem por objetivo de admitir uma maior convivência dos filhos com seus pais, após a separação ou divórcio, e com isso as crianças são beneficiadas de uma convivência mais íntima com seus genitores, nas seguintes hipóteses, como afirma Taveira (2002, p.4):

a) maior responsabilidade dos genitores ao atendimento das necessidades dos filhos; b) maior interação do pai e da mãe no desenvolvimento físico e mental das crianças; c) menos atrito entre os ex-cônjuges, pois deverão, em conjunto, atender as necessidades dos filhos por um caminho de cooperação mútua.

Desta forma, ao analisar a situação dos filhos menores na separação ou divórcio dos pais, em se tratando de sua formação moral, social e psicológica, a prioridade é a criança, tem o direito de ficar com um ou ambos os pais, exceto quando considerar que estes são prejudiciais para o interesse maior da criança.

Contudo, a Guarda Conjunta, não impõe à geração, a escolha de um dos pais para ser o guardião, para evitar o desgaste psicológico e as consequências gravíssimas que prejudicam o desenvolvimento e bem estar do filho advindo desta fatalidade.

Com relação a esse modelo Akel (2008, p. 52) defende que:

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu aspecto de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a as inserções no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Portanto, a Guarda Compartilhada busca a igualdade dos pais na atividade dos direitos e deveres na vida de seus filhos. Englobando todos os aspectos, para que estes possam ter um desenvolvimento seguro e saudável, fazendo com que se tornem cidadãos úteis e necessários ao progresso da sociedade em que vivem. Desta forma, este modelo não sobrecarrega apenas um dos pais, as atribuições e responsabilidades são de ambos, estabelecendo estas aos seus genitores.

Nesse sentido a lição de Grisard Filho (2002, p. 175):

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, ente ao desenvolvimento saudável e à felicidade do menor.

Esta modalidade propicia grande prazer entre pais e filhos, preservando o interesse sentimental dos filhos, que preferem permanecer ao lado de ambos os pais, afastando de si o sentimento de abandono do não guardião e transformando o status da vida dos menores. Além disso o convívio com seus genitores é muito importante na vida da criança e do adolescente para seu desenvolvimento físico e moral.

Por sua vez Grisard Filho (2002, p.177) assevera:

Pais em conflito constante, não cooperativos, em diálogo, insatisfeitos, 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.

Contudo, outro efeito positivo da guarda conjunta é o respeito mútuo que existe entre ambos os pais, ainda que, estes não sejam mais casados, mas que tenham um único objetivo, o melhor para a vida de seus filhos, visto que nenhum outro modelo de guarda possui configuração, essencialmente se tratando das relações afetivas e sociais. Portanto, pode-se incontestavelmente, oportunizar aos envolvidos um modelo de guarda que venha trazer vantagens aos cônjuges, dos quais, os filhos são os personagens principais.

Por seu turno Silva (2008, p.135), observa que:

[...] o poder judiciário não pode exigir do réu e nem de ninguém que demonstre amor paterno e carinho por seu semelhante. A ausência do amor paterno não vai além de mero aborrecimento não indenizável. Como pode a parte autora pretender classificar de ilícita essa conduta? A indiferença do réu, se verdadeira, poderia até ser relevante no plano espiritual, mas nunca no plano jurídico, pois não existe no direito objetivo norma legal que imponha a qualquer do povo a amar os seus. Além disso, o estado é laico e não está interessado em transgressão de preceitos religiosos porque juridicamente irrelevantes.

Finalizando, percebemos igualmente, que os magistrados têm o dever de analisar o caso real, e com isso fundamentar juridicamente sua decisão, visto que a guarda compartilhada, hoje, está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, e se deve proporcionar a melhor escolha, que leve ao bem estar da criança e do adolescente e à igualdade entre os cônjuges.

4.3 Desvantagens da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada, como qualquer outro modelo de guarda, tem suas posições de desvantagens, sendo a questão do surgimento de males psicológicos, o qual é um dos principais impedimentos que se nota contra esta modalidade de guarda, tendo como explicação que há necessidade de se manter a criança em um lar definido. Gontijo (2009, p. 3) afirma que:

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 em ioiôs, 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..

Desta forma, por falta de estudos mais aprofundados sobre a guarda compartilhada, assim como a divulgação maior deste modelo no mundo jurídico, vez que percebe-se que a psicologia e a psiquiatria consagram um grau mais elevado de atenção a esse contexto, fazendo com que existam indecisão e cautela para sua proposição pelas partes no judiciário, pois ainda não a conhecem e pelos juízes que não devem concordar, sem maiores justificativas por ser uma modalidade nova.

Silva (2008, p.160) afirma que:

[...] os laços maternos são indispensáveis ao desenvolvimento psicológico da criança, tanto que a ruptura desses arrasta conseqüências desastrosas, oscilando entre a simples timidez e dissimulação, até os casos mais graves, de agressividade, de furto, mentiras (...) e problemas de ordem sexual. Já há um século Aluísio Azevedo escrevia: 'O homem, seja ele o que for bom ou mau, esperto ou tolo, nunca é mais do que o desenvolvimento fiel de uma criança e uma criança é obra exclusiva de quem a educou, as mães'.

Com relação ao princípio do maior e melhor interesse do menor, esse modelo de guarda deixa bem claro que numa especial circunstância ela não é aconselhada, ou seja, podem ocorrer diversos obstáculos nos seguintes casos, conforme Taveira (2002, p. 5):

a) pode ocorrer que os dois genitores desejem para si a guarda, mas quem a detém não concorda em reparti-la. Deve ficar claro na mente dos juizes, que o genitor que se opõe a compartilhar a guarda não deve ser obrigado a fazê-lo. Os genitores podem ambos desejar a guarda, porém a intervenção do Estado, na figura do juiz, se faz necessária porque os pais não estão de acordo quanto a isso; b) a guarda compartilhada também não é indicada nos casos em que os filhos são usados como moeda entre o casal, nas situações em que a disputa pela guarda é apenas um espaço privilegiado para o aparecimento de conflitos deslocados entre os pais; c) outra situação em que não se aconselha a citada guarda é quando as crianças são muito pequenas. Conviver ora com a mãe, ora com o pai, em ambientes físicos diferentes, requer uma capacidade de adaptação e de codificação/decodificação da realidade, só possível em crianças mais velhas; d) também não é aconselhável para crianças que se apresentem ou são inseguras, pois uma criança nestas condições necessita de um contexto estável.

Salienta-se também que quando um dos genitores não tem condições de realizar essa operação adequadamente, com certeza a guarda compartilhada se mostra desaconselhável. Exemplo disso são os casos do genitor não possuir acomodação específica para receber os filhos; morar muito longe da escola que os filhos frequentam há tempo; ter de se ausentar por longos períodos, a trabalho ou por outro motivo, tendo que deixar estas crianças sob a proteção de terceiros.

Portanto, esse novo modelo de guarda, onde os filhos conviveriam com seus pais em ambientes físicos diferentes, requer uma capacidade de adaptação da realidade, seja porque são crianças em condições distintas; se ainda amamentam se estão inseguras ou se necessitam de estabilidade na relação.

Oportuno mencionar ao entendimento de Silva (2008, p. 162):

[...] o maior argumento contrário à guarda compartilhada é que levanta a questão de que, na prática, a guarda conjunta só funciona quando ambos os pais e mães se entendem. E, dizem seus opositores, não há o que se fazer a fim de que casais traumatizados por longos e dolorosos processos judiciais

possam, de repente, conversar amigavelmente sobre os problemas dos filhos. Muitos advogados e magistrados ainda vêm a tese do compartilhamento com desconfiança, pois entendem que esse tipo de guarda dividirá o mundo das crianças principalmente quando os pais não morrem de amores, mas de ódio, um pelo outro.

São estas as considerações que, ao nosso sentir, devem orientar a escolha pelo modelo da guarda compartilhada que pode ser perfeito, quando seus genitores tiverem como objetivo central o exercício do melhor interesse do menor. Embora a guarda compartilhada não possa ser aplicada a toda ou qualquer família, a qual deve ser analisada primeiramente pelo juiz a possibilidade de sua aplicação. Como se nota, será permitida a continuação da relação dos filhos com os pais, ainda porque os mesmos, apesar de passarem por um momento delicado de suas vidas com a separação conjugal, devem visar o bem estar de seus filhos e buscar protegê-los de seus conflitos particulares.

4.4 A Mediação Interdisciplinar Na Guarda Compartilhada

A mediação familiar é bem complexa no que diz respeito a família na disputa judicial, porém ela se situa muito além do fato jurídico e, decorrência disso a justiça coloca a disposição das varas de família o trabalho interdisciplinar através de assistentes sociais e psicólogos, os quais exercem funções como peritos e auxiliam o juiz na medida dos fatos, proporcionando subsídios para uma melhor aplicação da lei ao caso definido.

A respeito do tema, Silva (2008, p.162) assim manifesta, “a justiça vale-se assim dos conhecimentos técnicos específicos dessas áreas do saber, para também aferir a ‘verdade’ emocional e relacional que permeou a convivência da família, ocasionando o rompimento das relações de harmonia familiar e dando lugar à demanda judicial”.

No entanto, o objetivo da perícia judicial não é analisar o tratamento das relações familiares ou a cura do mal que as esteja afligindo. Dessa forma, a sua finalidade é fazer um diagnóstico acerca da posição no meio da família e com isso passar a informação apurada para o juiz condutor do processo do que foi apurado por meio de entrevistas e visitas domiciliares.

Nesse sentido Silva (2008, p.163) leciona:

A sentença judicial tem efeito sobre aquele fato social aferido, mas muitas vezes não significa a solução do conflito familiar. Isso porque o ânimo conflituoso foi sendo construído ao longo do tempo e acabou por romper a comunicação entre os membros da família. Assim, apesar da aparente solução por meio da sentença judicial, as pessoas vão encontrar outras fórmulas judiciais para continuar um relacionamento insatisfatório, porém impossível de ser extinto pela via jurídica. É assim porque, no fundo, o que elas desejam é a manutenção do vínculo social, da união, através do próprio processo judicial. É como diz: 'o processo inicial gerará filhotes para toda a vida'.

Na mediação haverá um acordo de plena consciência, o qual procederá dos próprios pais. Desta forma, com essa decisão, poder-se-á confiar que, irão cumpri-la, porque a opinião a que chegaram não foi citada por terceira pessoa, advogados, juiz, promotor, pois surgiu do diálogo entre as partes e da consciência de suas responsabilidades acerca dos seus filhos.

Tratando especificamente do assunto Silva (2008, p.169), assegura que:

O mediador segue regras e possui técnicas de mediação como a valorização do que há de positivo em cada um dos mediandos e do que ainda restou de bom após a falência da união. É importante que ele também assuma conduta essencialmente imparcial, ou seja, em momento algum pode tomar partido deste ou daquele, assim como não lhe cabe criticar e muito menos 'julgar' as atitudes ou recriminar as eventuais condutas erradas das partes.

Desta forma a mediação não afasta o juiz da causa, mais sim ela é um passo positivo e construtivo do magistrado, sendo que este afirmará o seu dever e suas funções ao orientar os pais para as suas responsabilidades, permitindo ao juiz tomar decisões abertas, pela homologação que obteve do acordo entre as partes, após a devida conscientização e retomada de suas vidas e da de seus filhos.

No dizer sempre expressivo de Silva (2008, p.170):

Como a maior desvantagem da aplicação da guarda compartilhada, conforme rebatem seus opositores, é a falta de diálogo entre os pais, ainda ressentidos e portadores de rancor pelo fracasso do casamento, fato esse que impediria qualquer possibilidade de atuação conjunta do poder familiar, sem dúvida a mediação se torna caminho a ser pelo o menos tentado, para restabelecer a comunicação entre eles, essencial para que continuem a atuar não mais como esposos, mas como pais que serão para sempre.

Conforme lembra Silva (2008, p.171), ao abordar o tema:

A mediação tem sido difundida como forma de proteção às crianças, sendo freqüentemente invocada, nos países que já adotaram como método que ajuda na elaboração do luto da separação, de modo a que os pais possam manter o par parental depois de separado o par conjugal. Seus resultados têm sido animadores e sua utilização fortemente recomendada.

Desse modo, a mediação pode ser judicial e ou extrajudicial, a qual versa todo conflito ou parte dele. Assim cumprindo a atividade mediadora e chegando os genitores a um acordo, seguiu-se a homologação judicial, para que a sentença possa servir a título executivo. Assim sendo a mediação pode ocorrer em caráter preventivo antes de estabelecer o processo, desde que requerer ao juiz a nomeação do mediador.

Fechando esse item, é de se consignar que com a mediação familiar, se possibilita ao próprio casal a descoberta dos motivos que os levaram à dissolução da relação e, a partir daí, se buscar despertar o diálogo entre os mediandos e a revalorização de cada um, para que solucionem as questões inerentes à separação, a saber, a partilha do patrimônio, o sustento e, principalmente, o bem-estar dos filhos, sendo que possam chegar a um consenso por eles próprios.

4.5 Posicionamento Judicial após aprovação do Projeto Lei sobre a Guarda Compartilhada

Após a aprovação da Lei 11.698/2008, percebe-se que o posicionamento dos magistrados referente à Guarda Compartilhada, ainda está em construção, conforme já previa a Apase, *in verbis*:

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.⁵

Desta forma, a Guarda Compartilhada é uma eficaz modalidade de guarda de filhos nos processos de separação e divórcio. Pois as crianças terão mais contato com os seus genitores, os quais lhes passam segurança. Porém, esta, ainda é um pouco prematura para garantir a sua aplicação por ser um modelo pouco conhecido.

Analisando o entendimento de Silva (2008, p. 181) ressalta que “alguns Magistrados e membros do ministério Público mostram-se ressabiados e não acreditam nas vantagens da guarda compartilhada. E só o tempo e a prática evidenciarão sua total acolhida. Existem ainda muitas ressalvas levantadas”.

Sendo assim, é preciso uma maior divulgação da guarda Compartilhada, sendo necessárias, campanhas para divulgação mostrando como esta funciona e quais as vantagens de sua aplicação. Porque muitas pessoas ficam confusas com a guarda alternada, e com isso optam por guarda única.

Ao sancionar a Lei 11.698/08, o Presidente Lula vetou o artigo onde a guarda compartilhada poderia ser fixada por ‘consenso ou por determinação judicial’. Ficou estabelecido que os termos da guarda pudessem ser formulados em comum acordo pelas partes, entretanto somente o juiz poderá fixá-los. A partir de hoje, então, a nossa legislação passa a prever dois tipos

⁵ APASE - Associação de Pais e Mães Separados – Senado Federal / Projeto de Lei da Câmara / Número 58, de 2006. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/41106-boletim.htm>> Acesso em: 02 de out. 2009.

de guarda: Compartilhada - a criança ou adolescente mora com um dos pais, mas não há regulamentação de visitas nem limitação de acesso à criança em relação ao outro, as decisões são tomadas em conjunto e ambos dividem responsabilidades quanto à criação e educação dos filhos; Unilateral - a criança mora com um dos pais que detém a guarda e toma as decisões inerentes à criação, o outro passa a deter o direito de visitas, regulamentado pelo juiz. A pensão alimentícia, fixada mediante acordo entre as partes ou pelo judiciário, passa a ser obrigação do pai que detém o direito de visita.⁶

Salienta-se para fixação desta, deve ser estabelecida quando houver diálogo e civilidade entre os pais. Pois os casais que vivem em conflitos e que não conseguem dialogar, dificilmente estão preparados para a adoção desta. Porém, a adoção desse modelo está na própria realidade social e judiciária, a qual deve garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre os pais em relação aos filhos no seu desenvolvimento físico e mental.

Entende Silva (2008, p.102), que “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, potencializando-se a força nela imanente, o que redundará em menores riscos de marginalização e estigmatização”.

Estas foram em rápidas pinceladas as observações pertinentes ao posicionamento judicial acerca da guarda compartilhada, a qual tem por objetivo reorganizar as relações familiares entre pais e filhos, visando à diminuição dos desastres causados pelas desuniões conjugais. Pois as separações e os divórcios devem ocorrer simplesmente entre os pais, não entre pais e filhos.

⁶ Nova lei de guarda compartilhada já está valendo. Extraído de: INFOJUS - 18 de Agosto de 2008. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/95981/nova-lei-de-guarda-compartilhada-ja-esta-valendo>> Acesso em: 04 de out 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação de um casal é um momento difícil, sendo pior ainda quando se separam, disputando a guarda do filho. E nos dias atuais a separação e o divórcio são acontecimentos frequentes da vida conjugal. Dessa forma, percebe-se que, legais ou não, as uniões tornaram-se mais instáveis. Divórcios e separações são cada vez mais numerosos e as uniões duram cada vez menos. E pensando no bem estar da criança, cresce o número de casais que fazem um acordo para que as crianças não fiquem nem com ele nem com ela, mas com os dois. É a chamada Guarda Compartilhada. O que antes era uma reivindicação, agora virou Lei número 11.698, aprovada no dia 13 de junho de 2008, essa lei prevê a guarda compartilhada de filhos de casais divorciados, de uniões estáveis ou de relações eventuais.

Essas modificações foram feitas para suprir a necessidade da criança, pois diversas mudanças ocorreram ao longo do tempo no âmbito da sociedade familiar, conseqüentemente a instituição família e o Direito também foram afetados por tais mudanças, o êxodo rural, as revoluções industriais, o crescente ingresso das mulheres no mercado de trabalho, foram apenas alguns dos fatores que desencadearam enormes alterações na sociedade e na família.

Dentre as mudanças, as que mais possuem relevância em relação ao presente estudo dizem respeito à crescente igualdade entre homens e mulheres e ao aumento da importância dispensada às crianças e adolescentes. E com o divórcio a maioria das separações manteve a guarda das crianças com as mães. Mas com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho e estas se ocupando cada vez mais, tendo pouco tempo para o lar, os homens passaram, gradualmente, a preencher a lacuna deixada pelas trabalhadoras, exercendo as atividades do lar, incluindo nos cuidados dos filhos. Desse modo, devido a essa aproximação, os pais (homens) começaram a reivindicar mais a convivência com os filhos, isto é, que a guarda não seja mais exclusivamente única, em que o cuidado do menor ficava a cargo da mãe.

Conforme analisada anteriormente a guarda compartilhada, compreende a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Desta forma, a guarda compartilhada nada mais é do que a incumbência imposta a ambos os pais quanto aos direitos

e deveres relativos os filhos comuns. Isso engloba o dever de sustentar, proporcionar educação adequada, alimentos, vestuário, e quando necessários forem, recursos médicos e terapêuticos.

Mas mesmo com vários casos de sucesso da guarda compartilhada e com o referencial teórico em que autores a defendem como sendo o melhor tipo de guarda para os filhos, existem fatos em que este modelo de guarda não pode ser considerado como o melhor para o filho, principalmente quando os separados não conseguem administrar a situação de conflito conjugal, sem atingir a relação filiar, quando não há diálogo, quando não consegue abolir os filhos do conflito, o sistema da guarda compartilhada tenderá ao fracasso e não terá possibilidade de ser aplicada com sucesso.

Desta forma, a guarda compartilhada pode parecer um avanço nas relações de família, sendo a mais importante fonte protetiva, dos interesses da criança cujos pais se encontram separados conjugalmente, permitindo que os filhos vivam e convivam em estreita relação com pai e mãe. Havendo co-participação em igualdade de direitos e deveres. Sendo uma relação de aproximação materna e paterna, visando o bem-estar dos filhos.

Salienta-se que são benefícios grandiosos que o novo modelo traz às relações familiares, não sobrecarregando nenhuns dos genitores, e sim a dividindo responsabilidades sobre os filhos. Todas as discussões sobre a rotina das crianças, como os cuidados sobre a educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole, assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole. Esta nova modalidade é contrária do regime unilateral, onde apenas aquele que detém a guarda, tem o poder de tomar essas decisões.

Porém, a guarda compartilhada só poderá ser aplicada quando os genitores residem na mesma cidade, quando estes possuem uma relação de respeito e estão emocionalmente maduros e decididos na questão da separação conjugal. Pois a continuidade da relação, da criança com seus genitores, acabam por manter de forma mais normal e equilibrada o estado emocional e psicológico dos filhos.

Não resta dúvida que, se não houver uma concordância de idéias, um respeito às relações humanas entre cônjuges separados, não resultando a modalidade de opção de guarda familiar, seria um sonho em falar de aplicação do presente sistema, dado ao núcleo que se estabelece o melhor bem-estar do menor.

Portanto, se os casais separados que não conseguem conviver com a situação de conflito conjugal, sem prejudicar a relação filial, quando não há diálogo, quando não conseguem extinguir os filhos do conflito, o instituto da guarda compartilhada tenderá ao fracasso e não será possível, de ser aplicada com êxito.

Alguns doutrinadores se mostram ressabiados e não acreditam na nova lei que institui a guarda compartilhada, pois ainda é muito cedo para garantir a aplicação desta, e só o tempo e a prática para evidenciar sua total acolhida. Porém o novo modelo sempre levanta dúvidas quanto a sua eficiência. Há cautela judicial na aplicação desta, mesmo após a aprovação do texto legal, encontra explicação na falta de estudos mais aprofundados sobre a questão da atribuição da guarda de filhos.

No entanto no Brasil, atualmente, com a recente aprovação da lei que definiu a guarda compartilhada, o noticiário na mídia é grande a respeito. Mas esse novo modelo já vem sendo aplicado com êxito em outros países, em decorrência das alterações na família contemporânea, necessita de maior reflexão. Desse modo, a guarda compartilhada é um instrumento para desestimular o conflito, pois ela vai obrigar muitas pessoas a serem civilizadas.

Nesse sentido, se considerar que a guarda compartilhada atende o melhor interesse dos filhos, dá melhor cumprimento aos textos de leis ordinárias e constitucionais referidos neste trabalho, seu registro em lei ainda que como mera permissão às partes ou ao juiz, não apenas incorporará a modalidade ao ordenamento jurídico, mas como também será útil como planejamento educativo, comunicação esta que com o passar dos anos terminará por reproduzir o número de pessoas capazes de adotar esse modelo.

Contudo, como visto, é difícil afirmar se essa nova modalidade de guarda funciona, mas sem sombras de dúvidas para o seu bom funcionamento os pais têm que colocar o

interesse de seus filhos acima dos seus e que permaneçam no exercício da parentalidade, não obstante o perreio das dificuldades e desavenças que tenham vivenciado.

São essas as considerações cabíveis, salientando que os pais devem caminhar com seus filhos para o futuro, pois, para a criança a caminhada poderá ser longa. Para os pais poderá ter um final amanhã, às vezes daqui a alguns meses ou anos. Mas o importante é que esse caminho seja trilhado em conjunto e com muito amor. Se o afastamento entre eles, nessa jornada for precoce e rude, por intolerância e falta de compreensão acerca dos interesses primordiais do filho, seu futuro poderá ficar ameaçado e o menor pode correr sérios riscos no desenvolvimento da saúde física e psicológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Carolina Silveira, **Guarda Compartilhada: um avanço para família**. São Paulo: Atlas, 2008.

BARBOSA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. In Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família – Direito de Família: a família na travessia do milênio – coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBEDEFAM: OAB- MG: Del Rey, 2000.

BRASIL, **Constituição Federal**. Senado Federal. Brasília: 1988.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília. Senado, 1990

_____. **Código Civil. 2002**- Lei n.10.406.11.01.2000.

_____. _____. **Comentado**. 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito de Civil Brasileiro: Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de Direito de Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo, 2008.

GOMES, Érika Fabíola Silva. **Guarda única traz prejuízos ao desenvolvimento da criança**. (2006). Disponível em: <[http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1462494974&rvTextoRecenteTipo=\(TextoTipoNovo%20=%20'analysis'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'jurpru'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'disser'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'comment'\)](http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1462494974&rvTextoRecenteTipo=(TextoTipoNovo%20=%20'analysis'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'jurpru'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'disser'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'comment')>)> Acesso em 23 de jun. 2009.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de Filho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>> acesso em: 05 de out. 2009.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEIVAS, Maria Denise Bento. **Aspectos polêmicos da guarda compartilhada**. Disponível em: <www.pucrs.br/direito/graduação/tc/tccll/...2/Maria-Denise.pdf> Acesso em: 01 de out. 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. (2002). Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-757791949>> Acesso em: 01 de set. 2009.

LOPES, Claudia Baptista. **Guarda compartilhada valoriza papel do pai e da mãe**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-757791949>> Acesso em: 01 de set. 2009.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, **Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. vol. 6. 27. ed atualizado por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2000.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paul: Saraiva, 1998.

SILVA, Ana Maria Milano. **Lei Sobre Guarda Compartilhada**. São Paulo, 2008.

TAVEIRA, Carlos Alberto Atência. **Guarda compartilhada: uma nova perspectiva sobre os interesses psicológicos**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1649448949>> Acesso em: 01 out 2009.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de; WINDTH, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum** / obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil, v. 6, Direito de Família**, São Paulo: Atlas, 2003.