

GUARDA COMPARTILHADA – EVOLUÇÃO E ASPECTOS JURÍDICOS NO MODERNO DIREITO DE FAMÍLIA

*Edna de Souza Mazia**

SUMÁRIO: 1. Poder Parental. 2. Guarda de Filho. 3. Direitos e Deveres dos Pais em Relação aos Filhos. 4. Guarda Compartilhada. 5. Evolução da Guarda Compartilhada na Legislação Brasileira. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. PODER PARENTAL

O objetivo essencial da guarda é a proteção da pessoa e dos bens da criança e do adolescente, deste modo, hoje o pátrio poder consiste no conjunto de normas legais conferidas aos pais, para direcionar a criação, educação, proteção e a administração dos bens dos filhos, enquanto menores de idade. É, portanto, a soma de direito e deveres dos pais em relação à pessoa do filho.

Inicialmente, na legislação brasileira, a prerrogativa para o exercício desta faculdade era conferida exclusivamente ao pai, porém, com o advento do novo Código Civil, se estendeu também à mãe.

O exercício dessa faculdade conferida aos genitores, que deverão exercê-la de forma conjunta e igualitariamente, quer na constância da união conjugal ou não, tem previsão legal no artigo 5º, I, e 226, § 5º da Constituição Federal; artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro e artigo 12 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A concepção atual deste instituto indica o filho como figura central, sujeito de direitos¹ e, obviamente com direito à vida, ao

* Advogada do Serviço de Assistência Judiciária da Universidade Estadual de Maringá. Pós-Graduação em Direito Civil (Família e Sucessões) e Processo Civil pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Membro do Projeto de Pesquisa "O Direito de Família como elemento harmonizador das relações familiares e do acesso à justiça".

¹ FACHIN, LE. Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Lima (Coord.) *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223, assim escreve: "os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da

desenvolvimento integral, à filiação, ao respeito, à intimidade, à diferença, a ser ouvido, inclusive em juízo, a partir dos doze anos, nos termos do arts. 15 e 45, § 2º do ECA, e 1740, inciso III do NCC.

Assim, o pátrio poder ou poder parental que inicialmente consistia num abusivo poder da figura paterna sobre a pessoa e bens dos filhos menores, se tornou mais um *munus* legal do que propriamente um poder, passou a ser composto de direitos sobre a pessoa e bens dos filhos menores, e no dever de prover-lhes o sustento, criação e educação.

1.2 Breves Aspectos Históricos do Poder Parental

O instituto do pátrio poder remonta aos tempos primórdios da história da civilização do homem, sua origem esta no surgimento da própria humanidade.

Na Grécia antiga o instituto foi organizado e estruturado. Atravessou várias civilizações, orientando diversas culturas, alcançando, inclusive o direito brasileiro.

Contudo, em nosso direito, o instituto do pátrio poder tem suas características primárias e origens definidas no direito romano. A sua organização baseou-se na ilimitada autoridade paterna. Era na figura do pai que se concentrava todo o poder familiar.

O pátrio poder se assemelhava a um patriarcado, onde o *pater familiae*, que somente o varão poderia sê-lo, por ser pessoa *sui iuris*, centralizava o poder de administrador dos bens, da vida dos filhos e dos demais membros da família², sem precedentes em outras civilizações.

A influência romana no tratamento e disciplina do instituto do pátrio poder foi incorporado na nossa legislação através do Direito Português, quando este vigeu em nosso país. Mesmo após a independência política, permaneceu vigorando em território brasileiro as Ordenações Filipinas, bem como leis e decretos promulgados pelos reis portugueses pela simples razão de que não havia leis genuinamente brasileiras que ordenassem a vida da população, da jovem nação recém independente.

Deste modo, os princípios do Direito Romano, persistiram entre nós até mesmo após a revogação das Ordenações Filipinas, sendo características,

relação derivada da autoridade parental, mas não são sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais".

² GRISARD FILHO, W. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31, "O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos".

o exercício do poder familiar pelo pai, cabendo à mãe apenas direitos relativos a obediência familiar. Os filhos permaneciam sob o jugo do pai até

Os vinte e cinco anos, quando cessava a menoridade e se já possuísse independência financeira.

No entanto, através dos tempos, foi assimilando e aplicando preceitos do direito germânico. Isto por ser o germânico um direito costumeiro um direito costumeiro que se apresentava mais brando e que melhor atendia às mudanças sociais que foram ocorrendo através dos tempos, fugindo do rigorismo próprio da norma escrita do Direito Romano.

2. GUARDA DE FILHO

Em razão da multiplicidade de fatores que deverão ser considerados na definição do instituto da guarda de filhos e que estão rigorosamente ligados à lógica do conceito, sintetiza-l os em toda abrangência, no sentido moderno que se apresenta, torna-se tarefa difícil. Nesta linha de raciocínio Edgard de Moura Bittencourt³ afirma "conceituar a guarda de filhos não é tarefa fácil".

José Antonio de Paul a Santos Neto⁴ formula o seguinte conceito: "guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este".

Mário Aguiar Moura⁵ entende que a guarda compreende um controle objetivo do desenvolvimento do menor, que, "em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico".

Deste modo, a guarda deverá ser conceituada, considerando os elementos que a integram. Está conectada ao Pátrio Poder, através dos artigos 1.634, II do Código Civil e artigos 21 e 22 do ECA, com acentuada idéia de posse, extraído do artigo 33, § 1º do ECA. O direito-dever natural e imaginário dos pais de que consiste na convivência com os filhos, exsurge dos artigos 1566, IV; 1.630 e 1.633 do Novo Código Civil, que gera a possibilidade do exercício de todas as funções do poder familiar, previstas no artigo 1.634 do CC, do mesmo ordenamento.

Para Guilherme Gonçalves Strenger⁶, o exercício da *guarda* possui característica de *múnus*, e sugere o seguinte conceito: "Guarda de filhos ou

³ BITTENCOURT, E. de M. *Guarda de filhos*, 3ª ed., São Paulo: Universitária de Direito, 1985.

⁴ SANTOS NETO, J.A. de P. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994, p.138-39.

⁵ MOURA, MA *Guarda de filho menor*. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 19, p. 15, jul. 1.980.

⁶ STRENGER, G.G. *Guarda de filhos*, São Paulo: LTr, 1998, p. 32.

menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição".

De forma simplista, pode-se afirmar que a *Guarda* é o instituto através do qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre pessoa menor de 18 (dezoito) anos, dispensando-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência material, educacional, espiritual e moral.

2.1 Importância da Guarda

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu Princípio 2º, estabelece que:

*A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança*⁷.

Assim, para se decidir questões de guarda, há que se ter em vista que a questão ética sempre se impõe, ou seja, deve-se *privilegiar o maior interesse da criança e do adolescente*.

Este princípio consolidou-se na cultura geral dos homens e, hoje é tutelado pelo Estado, fazendo parte dos sistemas jurídicos mais avançados e, desde 1989 passou a integrar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁸.

Na legislação brasileira, o princípio *maior interesse da criança*, está implícito na Constituição Federal⁹, no Estatuto da Criança e do

⁷ Declaração Universal dos Direitos da Criança, Princípio 22.

⁸ Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral da ONU, em 20.11.1989. Artigo 32, § 12: "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem *considerar primordialmente, o maior interesse da criança*"~ artigo 92, § 12: "Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao *interesse maior da criança*. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança"; artigo 92, § 32: "Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao *interesse maior da criança*"

⁹ Constituição Federal. Artigo 227. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

Adolescentes¹⁰, bem como no novo Código Civil¹¹. Porém, apesar de estar inserido nos textos legais, estes não definem o que seja “*superior interesse da criança*”, ficando ao arbítrio do magistrado investigar se estão sendo respeitados os *interesses da criança*, acima do interesse dos adultos, por mais legítimo que sejam.

3. DIREITOS E DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO À PESSOA DOS FILHOS

O vigente Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.634, e seus incisos, especificam os atributos do poder familiar, enquanto que o artigo 1.566, em seu inciso IV, dispõe que são deveres de ambos os cônjuges: *sustento, guarda e educação dos filhos*, de modo que os deveres são assinalados dos filhos aos dos pais.

Se observarmos o instituto da guarda sob o prisma do direito-dever, ela deverá estar subordinada a um ponto limiar das prerrogativas do seu exercício e ser considerada num prisma que inclui a figura do guardião do menor e do genitor não-guardião.

Deve ser considerado, ainda, o aspecto relativo da autoridade parental, ou seja, até que medidas os pais estão isentos ou não das atribuições decorrentes da paternidade/maternidade.

Em tese, o genitor guardião é quem tem o exercício pleno do poder parental, assumindo a direção total das decisões e execuções relativas ao interesse do menor, bem como as responsabilidades e conseqüências que

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

¹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 32. “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual social, em condições de liberdade e dignidade”. Artigo 42. “É dever da família, da comunidade e da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

¹¹ Brasileiro. Artigo 1.574, parágrafo único: “O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses *dos filhos* ou de um dos cônjuges”; artigo 1.586: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a *bem dos filhos*, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”; artigo 1.612. “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, *sob a de quem melhor atender aos interesses do menor*”.

advém do exercício deste *mínus*, conforme disserta Strenger¹², cabendo, no entanto, ao genitor não guardião à fiscalização deste exercício, que poderá, sempre que necessário, solicitar, através de medidas próprias, a correção ou modificação dos atos praticados pelo guardião, se entender contrários aos interesses do menor.

O interesse do menor é o princípio basilar e superior que norteia os atos decorrentes das relações de filiação. Nos dias atuais, o interesse do menor, está para o direito, como verdadeira instituição. Portanto, o objetivo da lei é a proteção de forma geral e abstrata destes interesses, dando-lhe total prioridade sobre qualquer outro.

No entanto, apesar da extensa utilização da expressão *interesse do menor* por nossos doutrinadores e legisladores, não há, de forma precisa a noção do que realmente seja este interesse do menor. Assim, quando se fizer necessária a intervenção do judiciário, caberá ao arbítrio do juiz avaliá-lo em cada caso concreto, imperando o princípio de *que cada caso é um caso* para prevalecer o "interesse do menor", examinando a situação fática, a partir de elementos objetivos e subjetivos, para, efetivamente avaliar qual é o interesse de determinado menor em determinada situação.

Eduardo de Oliveira Leite¹³, afirma que algumas tendências jurisprudenciais assinalam para pontos que convergem para se determinar o *interesse do menor*, como:

o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de sua relações afetivas e sua inserção no grupo social constituem pontos de referência do "interesse" do menor. Outros juizes levam em consideração a pessoa da criança, como a idade (a criança em tenra idade são quase sempre deixadas com a mãe), o sexo (as filhas são confiadas à mãe, enquanto os filhos permanecem com o pai), a irmandade (procurando-se, sempre que possível, não separar irmãos), o apego ou a indiferença que a criança manifesta a um de seus pais, ou a estabilidade da criança.

Deste modo, o interesse do menor é o parâmetro para medir, avaliar e vigiar o exercício do poder parental, sem que se questione o direito dos pais. Enquanto unida à família, o interesse do menor é ser educado pelos pais, mas ocorrendo abuso destes no exercício da autoridade, o interesse do menor servirá de base para a correção destes desvios. Se houver ruptura da família, também será o interesse do menor a base de apreciação do judiciário, ao fixar a guarda, e por conseqüente o exercício das prerrogativas da autoridade parental por um dos genitores, ou até por nenhum deles, caso não mereçam a confiança do juiz e do órgão do Ministério Público.

¹² STRENGER, G.G. *Guarda dos filhos*, ob cit. p. 85.

¹³ LEITE, E. de O. *Famílias monoparentais*, p. 199.

3.1 A República dos Laços Familiares

Enquanto a família quer seja a constituída pelo casamento civil ou resultante da união estável, permanece física e afetivamente unida, a criança, fruto desta união convive com seus dois genitores, que exercem a autoridade parental naturalmente.

Ocorrendo a ruptura conjugal, a família matrimonial se divide, e aparece a figura da família monoparental (art. 226, § 40 da CF) e a autoridade parental, via de regra, passa a ser exercido por somente um dos genitores, resultando ao genitor não guardião um papel secundário, no exercício desta faculdade, que se resumem a visitas, geralmente quinzenais; ao dever de prestar alimentos ao filho e na fiscalização da condução do exercício do poder parental pelo genitor guardião.

Enfim, um dos genitores adquire o direito de exercer a guarda do filho no seu sentido amplo e ao outro resta a faculdade em potencial de exercê-la.

O advento da Constituição Federal em 1.988, que prevê em seu artigo 226, § 5º, e do Código Civil de 2002, 1.634, a simetria entre os genitores no exercício da autoridade familiar ou parental, expurgando de vez as orientações ultrapassadas na fixação da guarda em favor de um ou outro genitor, buscando-se hoje, a preservação do interesse da criança. Mas, ainda assim, são escassas as normas legais para definição desta matéria, ficando a cargo da Jurisprudência e da Doutrina o dever de estabelecer soluções que atendam de fato e de direito aos interesses dos menores, privilegiando a manutenção dos laços que os vinculam a seus pais.

No entender de Waldyr Grisard Filho¹⁴, ao legislador cabe a busca de meio para garantir a simetria adequada, o equilíbrio no estabelecimento entre os direitos e as obrigações de cada genitor, visando o superior interesse do filho, que ao final, é quem sofre as maiores mudanças com a ruptura do casal, atingindo diretamente sua vida, modificando a estrutura de sua família, alterando a organização de um de seus subsistemas, o seja, o parental.

Havendo a ruptura conjugal, impõe-se a definição da guarda dos filhos ao pai ou à mãe ou, ainda, a ambos, que poderá ocorrer do consenso deles, a forma mais adequada por entender-se que são eles quem conhece os caminhos para se garantir o melhor aos filhos ou, de uma sentença judicial, que atribui a um deles a guarda do filho, caso não consigam um acordo, modalidade menos desejável, pois há o inconveniente de se ter o Judiciário interferindo na esfera familiar.

Deste modo, a premissa sobre a qual se constrói a guarda compartilhada é a de que o desentendimento que propiciou o fim da relação

¹⁴ GRISARD FILHO, W. Ob. cit., p. 108.

conjugal entre os pais, não afete o relacionamento destes com os filhos comuns, que se preserve os laços afetivos que os unem a ambos os genitores.

4. GUARDA COMPARTILHADA

Com o advento de novos aspectos e formas de configuração familiar decorrentes da dissolução de casamentos e uniões estáveis, bem como as divisões dos papéis desempenhados pelos cônjuges na família acabam por gerar litígios na disputa de guarda de filhos¹⁵. Enquanto vigeu o modelo familiar patriarcal, cabia às mães o papel de cuidadoras/educadoras dos filhos, ficando ao encargo do pai o dever de prover o lar.

No entanto, a família do terceiro milênio se organiza de forma diferente, e também os genitores passaram a se envolver com os cuidados dos filhos¹⁶.

Até então, rompida a convivência conjugal entre os pais, aquele que não detinha a guarda dos filhos, ficava sem um modelo de convivência que preservasse intacto os laços afetivos entre eles.

Diante da necessidade de se manter os laços de convivência e afetividade entre pais e filhos separados em decorrência da ruptura da convivência conjugal, fez-se necessário o surgimento de alguns princípios orientadores para que os interesses da criança e do genitor não guardião fossem atendidos, no sentido manter a família, apesar da ruptura da sociedade conjugal dos pais.

A continuidade do convívio da criança com ambos os genitores é um desses princípios, sendo que a observância deste princípio é indispensável para que o desenvolvimento emocional da criança se dê de forma saudável¹⁷.

A cisão da família faz surgir, de imediato, a problemática da guarda dos filhos que deverá ser atribuída ao pai ou a mãe. A legislação vigente oferece duas possibilidades para a solução desta problemática: o acordo entre

¹⁵ GUIMARAES, M.S.; GUIMARAES, A.C.S. *Guarda - um olhar interdisciplinas sobre casos judiciais complexos*. '1n" ZIMERMAN, D.; COL TRO, A.C.M. e colaboradores. Aspectos Psicológicos da Atividade Jurídica. Campinas: Millennium. 2002, p. 447.

¹⁶ PEREIRA, R. da C. "In: *Direito de família: ma abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1997. p. 141. "No patriarcado, o pai, além de encarnar a lei, a autoridade, é instituído de um poder quase divino. Por outro lado, pouca atenção foi dada ao outro lado desse sistema: as crianças eram abandonadas afetivamente pelo pai e tornavam-se propriedades exclusivas da mãe. O início da vida se desenrolava sem a presença do pai. Hoje, com a revolução feminista, os homens tendem a uma participação mais afetiva e não se limitam a ser apenas a representação da lei."

¹⁷ MOTIA, MAP. *Guarda compartilhada*. Novas soluções para novos tempos. "In" Direito de família e ciências humanas. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira: 2000. p. 79.

as partes e, na sua ausência, a determinação da guarda, por decisão judicial a um dos genitores¹⁸.

O acordo dos pais sobre a guarda dos filhos, modelo que se apresenta, indiscutivelmente, como a melhor solução, porém, nem sempre é o que melhor atende aos interesses dos menores. Mas, assim mesmo, é considerado o ideal, por evitar a imposição de uma decisão judicial na solução da convivência familiar.

Neste caso, a forma é discutida e aceita pelos genitores e, confirmada, via de regra, através de sentença homologatória proferida pelo juízo competente. No entanto, percebendo, o juiz que o acordo celebrado não atende convenientemente aos interesses dos menores, poderá, nos termos do art. 34, § 2º, da Lei n. 5.515/77, deixar de homologá-lo.

Não sendo possível a composição amigável, entre os pais, sobre a guarda dos filhos, caberá ao juiz decidir e intervir diretamente nesta decisão.

A matéria guarda é tão importante, que o Código de Processo Civil, em seu art. 1121, II, exige a sua definição pelos cônjuges separandos ou divorciandos, para que o juiz possa proferir sentença declarando o divórcio ou separação equilibrada de um casal.

A tendência de se atribuir, isoladamente, a guarda a somente um dos genitores vem se restringindo, de modo, que se procura assegurar aos pais uma divisão equilibrada da autoridade parental¹⁹.

Deste modo, a modalidade compartilhada atribuída à guarda apresenta uma nova e inédita conexão ao instituto do poder parental, vez que possui por finalidade a ruptura da idéia de poder, vinculando a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar. Neste novo conceito é retirada da guarda a conotação de posse, para privilegiar a idéia de *estar com*, compartilhar, voltada para o atendimento do melhor interesse dos filhos e dos genitores²⁰.

4.1 Noções de Guarda Compartilhada

É na primeira infância que se forma o caráter do indivíduo. Do zero aos sete anos de idade, ocorre o período em que recebe noções de ética, moral, cidadania, respeito, etc. que vão nortear, quando adulto, os atos da sua vida, quer seja na comunidade em que vive, na família, ou trabalho, etc.

Considerando às necessidades da criança, em sua primeira infância,

¹⁸ LEITE, E. de O. ob. cit., p. 257.

¹⁹ Cf. LEITE, E. de Ob. cit., p. 258.

²⁰ Cf. SALLES, K.R.P.N. de *Guarda compartilhada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002., p. 91.

conclui-se que a continuidade do convívio com ambos os pais, quando estes se separam, é indispensável ao seu saudável desenvolvimento físico e emocional.

Visando o interesse dos menores, não se pode manter, sem questionamentos as formas tão ultrapassadas para solucionar esta problemática, de modo que este novo modelo de guarda compartilhada, opõe-se ao modelo de guarda única, pois traz vantagens ao bem estar do menor, que manterá o vínculo afetivo e o contato regular com ambos os pais.

A importância da guarda compartilhada ou conjunta, decidida pelos pais, reside no fato de se permitir à criança o desfrute de uma convivência igualitária com os seus genitores, similar a que desfrutava antes da ruptura da sociedade conjugal.

Apresenta-se a guarda compartilhada como solução para o conflito que surge por pretenderem os pais separados, tenham sido casados ou não, de terem maior contato com os filhos, assegurando-lhes a igualdade de condições na orientação da formação dos filhos. Procura-se é que tenham mais tempo para transmitir aos filhos experiências de vida e o que é importante para o seu futuro, o que se dará através do convívio diário; de exemplos que ocorrem através de gestos simples tais como fechar uma porta ou uma janela à noite, palavras ditas ao acaso na mesa do jantar, tornar-se-ão importantes experiências na formação do cidadão futuro.

Deste modo, a guarda compartilhada refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões relativas à criança.

Nesta forma compartilhada, um dos genitores pode deter a guarda material ou física do filho, ressalvando, porém, o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar, favorecendo a colaboração parental e assegurando a preservação dos sentimentos não excludentes, que decorrem, via de regra, da atribuição unilateral do seu exercício²¹. O pai ou a mãe que não possui a guarda física do filho, não se limita a supervisionar a sua educação, mas participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na sua educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, enfim na vida do filho.

Nesta modalidade de guarda permite-se que os filhos vivam e convivam em estreita relação tanto com o pai, quanto com a mãe, havendo entre eles, uma co-participação em igualdade de direitos e deveres, com vistas ao bem estar dos menores. Assim, o que esta nova proposta objetiva são os benefícios que traz as relações familiares, dividindo direitos e deveres, sem sobrecarregar nenhum dos pais, evitando deste modo,

²¹ STRENGER, G.G. Ob. cit., p. 70.

ansiedades, *stresses* e desgastes desnecessários.

Na guarda compartilhada busca-se reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, amenizando os traumas causados à criança pelo distanciamento de um dos pais. Considerando que as relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, que são atributos controlados pelo Estado, para proteção integral dos menores, a guarda compartilhada atribui de forma igualitária responsabilidade dos pais no provimento das necessidades dos filhos.

Por ser uma situação nova, de requisitos e efeitos muito mais amplos do que uma simples divisão igualitária do tempo entre os pais à guarda compartilhada objetiva a garantia da estabilidade emocional e o bom desenvolvimento dos filhos. É adequada quando o casal consegue romper o laço conjugal, mas manter hígido o laço parental, através de um bom sistema de comunicação, requisito essencial, pois na guarda compartilhada, não há hierarquia de papéis, ambos os genitores exercem o poder parental, envolvendo-se diretamente com as necessidades e interesses dos filhos, somando esforços para a sua melhor criação educação.

Para Marilene Silveira Guimarães e Ana Cristina Silveira Guimarães²²:

as crianças ganham com guarda compartilhada, pois, com isso, deixa de vigorar o modelo antigo de pai provedor e mãe cuidadora, com visitas rigidamente fixadas. [...] A nova configuração social de mudanças de papéis na família, com o pai se tornando mais participante na vida dos filhos, possibilita que, além de provedores, eles também desejem permanecer guardiões dos filhos quando a família se transforma pela separação". "A figura de pai-de-fim-de-semana, vem dando lugar a pais mais interessados em acompanhar o dia-a-dia". A educação e o crescimento dos filhos, e assim buscando legitimar direitos e aplicar garantias²³.

O exercício comum da autoridade parental, valorizando a paternidade e a maternidade, proporciona um desenvolvimento físico, mental e psicológico mais adequado aos filhos de famílias fragmentadas.

José Sebastião de Oliveira²⁴, escreve que:

A família que tem fim com a separação judicial ou com o divórcio pode ter sido extinta quanto ao relacionamento entre os cônjuges. Porém os laços

²² GUIMARÃES, M. S.; GUIMARÃES, A.C.S. Guarda. Um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos, p. 456 "In" CALTRO, A.C.M. e colaboradores. *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. Campinas: Editora Millennium, 2002.

²³ SILVA, E.Z.M. *A Paternidade ativa na separação conjugal*. Dissertação de Mestrado em Psicologia/Social - PUC - SP, citado em artigo da mesma autora intitulado *O pai frente à do 111 Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica*. 2000. São Paulo. Associação Brasileira de psicologia Jurídica. Universidade Presbiteriana Mackenzie, p. 145.

²⁴ OLIVEIRA, J.S. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 303.

afetivos que ligam os separados ou divorciados a seus filhos mantém-se íntegros e muito consistentes. A afetividade que teve fim com o fracasso do relacionamento não pode ser esquecida quanto aos filhos.

O que efetivamente define a guarda compartilhada “é o fato de ambos os pais compartilharem os direitos e deveres emergentes do pátrio poder”²⁵.

4.2 Conseqüências da guarda Compartilhada

A extinção do vínculo matrimonial põe fim ao casal conjugal, mas preserva a casal parental, o pai será sempre o pai e o filho sempre o filho, este vínculo é definitivo.

Se as decisões sobre a guarda dos filhos forem tomadas de forma consensual, a medida resultará em benefício para toda a família. O exercício em comum do instituto da guarda no que se refere à criação, educação e sustento dos filhos pelos pais, não trará dificuldade quando a família parental permanece unida e, conseqüentemente, nenhum dos genitores negligenciará na condução das suas obrigações decorrentes da paternidade, o que beneficiará igualmente pais e filhos.

O velho modelo de guarda exclusiva que era conferida a somente um dos genitores, normalmente a mãe, e que atendia exclusivamente às expectativas dos pais, vem sendo, paulatinamente, objeto de questionamento, com reflexo nas famílias, em decorrência da evolução cultural, econômica e social. Estudos científicos chegaram a conclusão que a presença tanto do pai, quanto da mãe é essencial para a formação física e emocional dos filhos menores.

Para atender as expectativas geradas na família contemporânea em relação a guarda dos filhos, no momento em que ocorre a ruptura da família conjugal, para fazer surgir a família parental, faz-se necessário a interferência de profissionais multidisciplinares (os advogados, juízes, os promotores, psicólogos, sociólogos, psiquiatras, assistentes sociais, etc.), que em conjunto, orientaram a família para que a solução aplicada ao caso seja aquela que resulte um benefício da própria família e da sociedade.

Para Eduardo de Oliveira Leite²⁶,

O pressuposto da guarda conjunta (embora a guarda supunha a presença física da criança no domicílio de um dos genitores) é o de que, apenas da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os

²⁵ MOTTA, M.A.P. *Guarda Compartilhada – Novas soluções para novos tempos*. “in” Direito de Família e ciência humana. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000. Cadernos de estudos n. 3, p. 86.

²⁶ LEITE, E. de O. *Famílias monoparentais*. Ob. cit., p. 270.

mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles exerciam quando a família permanecia unida. Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos (mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro deste espírito).

Nesta linha de raciocínio, a guarda compartilhada, visa reorganizar as relações parentais dentro da família desunida, através de relações próximas entre pais e filhos, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um relacionamento mais intenso o que a guarda unilateral não propiciava.

No exercício deste modelo de guarda, para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta²⁷, muitas vezes, resgata-se os laços de afetividade e companheirismo entre pais e filhos perdidos numa convivência inadequada de um ambiente familiar desgastado,

muitas vezes revela o poder de conseguir que os pais fiquem mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, validando o papel parental de ambos os genitores com igualdade de importância e relevância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar de sua prole. Além disso, alguns estudos revelaram uma tendência menor dos pais com guarda compartilhada a usarem os filhos como armas para atacar seus ex-conjuges.

Assim, na guarda compartilhada a tendência *adulto centrista*, cedeu espaço à nova tendência, *filho centrista*. A separação dos pais, não deve repercutir no desempenho de suas funções parentais, ou seja, a de pais, para as quais não há divórcio ou separação.

Almeja, em princípio, o exercício desta modalidade de guarda, conservar os mesmos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura conjugal. A premissa parte da idéia de que o rompimento da sociedade conjugal dos pais não poderá propiciar o afastamento entre pais e filhos, ou atingir o relacionamento destes, como observado por Clóvis Beviláqua²⁸: "O desquite dissolve a sociedade conjugal, porém, não a parental, entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados".

Na família unida física e espiritualmente, as questões diárias relativas à guarda dos filhos, são resolvidas naturalmente pelos pais, e a decisão tomada por um dos cônjuges é naturalmente pelos pais, e a decisão tomada por um dos cônjuges é naturalmente aceita pelo outro, conforme diz Eduardo de Oliveira Leite²⁹, "logo, não há nenhuma divisão no poder de decisão, que exerce conjuntamente". Ocorrendo à desunião do casal, a

²⁷ MOTIA, MAP. *Guarda compartilhada...Ob. cit. p.86-87.*

²⁸ BEVILÁQUA, C. *Código Civil...*, p.281.

²⁹ LEITE, E. de O. *Ob. cit.*, p. 270.

guarda compartilhada tem por objetivo dar continuidade ao exercício comum da autoridade parental, ou seja, a manutenção da relação da criança com seus genitores, tal como se dava na constância da família conjugal, conservando os laços de afetividade, direitos e deveres recíprocos, salvaguardando a continuidade da família, agora biparental.

Outra questão que emerge nesta nova concepção familiar, se refere ao local de residência da criança, se na casa paterna ou materna. Esta definição deverá orientar-se pela situação fática viável pelo casal, tanto poderá ser a materna, quanto a paterna, desde que seja com aquele que melhor reúne condições de atendimento dos interesses dos menores. O certo é que a determinação da residência dos infantes é, essencial, porque ela é indispensável à estabilidade destes, que necessitam de um ponto de referência, um centro de apoio de onde irradiam seus contatos com o mundo exterior, dando-lhes segurança e estabilidade, "A estabilidade que o direito deseja para o filho não exclui que a sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo", conforme ressalta Guilherme Gonçalves Strenger³⁰.

Pesquisas revelam que pais que dividem a guarda de seus filhos dedicam mais tempo a eles e participa de um maior número de atividades na companhia deles, além de serem mais participativos e incisivos nas decisões de questões relativas às crianças, do que aqueles que não partilham a guarda.

Outra consequência positiva da guarda compartilhada, porém, ainda não devidamente estudada é a de que os genitores que dividem a guarda de filhos, não sofrem sobrecarga decorrente dos cuidados e atenções necessários para o atendimento das necessidades das crianças, de modo que o convívio fica mais prazeroso e com maior grau de naturalidade e harmonia familiar.

Enfim, a guarda compartilhada funciona satisfatoriamente para pais participativos e cooperativos e até mesmo entre pais que não possuem um bom relacionamento entre si, mas que são capazes de separar as diferenças e conflitos conjugais que possuem da relação com os filhos, preservando o exercício adequado da parentalidade. No entanto, não funcionará, principalmente para aquelas famílias com pais em conflito judicial ou com enormes problemas conjugais não solucionados, onde as intrigas e os conflitos pessoais se sobrepõe a tudo. Portanto, o entendimento, a boa vontade do casal é fundamental, sem o que, todas as expectativas com relação à guarda compartilhada desaparecerão.

³⁰ STRENGER, G.G. *Guarda de filhos*, p. 71

4.3 Fundamentos Psicológicos da Guarda Compartilhada

“Nos processos de família, lida-se com pessoas e a singularidade de um de seus membros não pode ser ignoradas.”³¹ Assim, é de vital importância que os operadores do direito atendam para os aspectos psicológicos que envolvem um processo de guarda cuja decisão será de tão ordem imperativo que influirá em vários destinos.

Há que se considerar os aspectos psíquicos que envolvem a criança, os quais que requerem a guarda e o vínculo existente entre eles. A importância, a seriedade, a responsabilidade e a amplitude do tema, encerra um processo complexo, onde inúmeros aspectos, não só jurídicos, mas também psíquicos estão implicados e devem ser valorizados.

Para Marilene e Ana Silveira Guimarães³², o que encerra um processo de guarda é a *vida*, a vida de uma criança e, assim expressam:

Processos jurídicos de disputa de guarda remetem à questão do cuidar, do proteger, do criar. Criar pode ser associado com vida. É a vida de uma criança que está em jogo. A resolução desse ato jurídico poderá vir a repercutir nas vicissitudes do desenvolvimento e até mesmo na continuidade da estruturação psíquica da criança objeto da demanda. Se não forem considerados esses aspectos, o ato de atribuir o direito de guarda pode ser um ato juridicamente legítimo, mas sem validade psíquica.

A partir desta perspectiva, o Direito não pode prescindir do conjunto de conhecimentos oferecidos por outras ciências, a fim de poder dispor sobre o relacionamento entre os ex-cônjuges, e entre estes e seus filhos. É imperioso encontrar soluções para a reestruturação das famílias desunidas e a melhor forma de convivência para pais e filhos, neste novo contexto.

Ocorrendo a ruptura da sociedade conjugal, os filhos estarão sujeitos a aspectos positivos e negativos desta ruptura. Será positivo, no sentido de que estará isento do testemunho de conflitos parentais frequentes. Negativos quanto a redução da convivência entre eles e um dos genitores.

São efeitos da ruptura da família conjugal, o sentimento de rejeição e a baixo-auto-estima experimentados pelos filhos do divórcio. É imperioso que se pesquise novas modalidades de reestruturação da família desunida para minimizar os efeitos negativos da separação ou do divórcio garantindo uma convivência harmoniosa da família parental que sobrevive à conjugal.

Pesquisas realizadas em diversas áreas do conhecimento humano concluem que a preservação das boas relações entre pais e filhos nos anos que se seguem a separação da família conjugal se apresentam extremamente importante para o bem-estar psicológico e a preservação da auto-estima dos

³¹ GRISARD FILHO, W. *Guarda compartilhada.*, p. 160.

³² GUIMARÃES, M.S.; GUIMARÃES, A.C.S. *Guarda – um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos.*, pó. 449/450.

filhos, através da segurança, confiança e estabilidade que a certeza de os ter unido em torno de si, e de seus interesses lhes propicia e a percepção de que a sua família parentar, subsiste, atenua os efeitos dolorosos da ruptura da família conjugal, na medida que mantém os vínculos com ambos os genitores.

Assim, se os pais conseguem separar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade, a modalidade dos filhos, no que se refere à preservação dos laços afetivos com ambos os genitores que lhes propiciará a formação psicoemocional dentro da normalidade.

Deste modo, é de suma importância que os operadores do direito atentem para os aspectos psicológicos que decorre das decisões em matéria de caráter familiar e para a contribuição que outras áreas do conhecimento, possam ser trazer para minorar traumas, sofrimentos, e se valham da interdisciplinaridade com estas outras áreas do conhecimento.

Marilene Silveira Guimarães e Ana Cristina Silveira Guimarães³³, tratando da importância do trabalho interdisciplinar que envolve, além dos operadores do direito, outros técnicos como assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e psicanalistas, escreve: “A importância, a responsabilidade e a amplitude do tema guarda encerra um processo complexo onde inúmeros aspectos, não só jurídicos, mas também psíquicos estão implicados e devem ser valorizados.”

A utilização de técnicos de outras áreas pelo jurista que exerce o seu mister na seara do direito de Família, faz-se necessário por trabalhar, essencialmente com fatores sócio-afetivos, portanto interfere nas crises que podem ocorrer na família contemporânea, de forma que não pode prescindir desta interdisciplinaridade, e enclausurar-se no mundo normativo, valendo-se somente de lições jurídicas.

4.4 Vantagens da Guarda compartilhada

A guarda compartilhada vem ganhando adeptos em todas as áreas do conhecimento (jurídica, psicológica, social, educacional etc.), com a finalidade de se neutralizar os efeitos negativos de situações familiares conflitantes e do sentimento de abandono que poder ocorrer em filhos de casais separados.

³³ GUIMARÃES, M.S.; GUIMARÃES, A.C.S. *Guarda – um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos*, p. 449/450.

Para Sergio Gischokow Pereira³⁴, a partilha da guarda dos filhos entre genitores “cuida de tentar reduzir os efeitos patológicos, sob o prisma psíquico das circunstâncias adversas vivenciadas por quem está em fase de constituição de personalidade e do caráter”. Nesta modalidade de guarda, busca-se, apesar da ruptura do casal, preservar a continuidade da relação da criança com seus genitores, na medida que responsabiliza a ambos pelos cuidados diários e necessários a sua educação e criação e, principalmente, por manter a ligação afetiva e emocional do filho com os pais, “minimizando os desajustes e probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais”³⁵.

Enquanto que na guarda convencional, ou seja, unitária ou exclusiva, aquele genitor que não a detém terá, somente, contatos esporádicos com o filho, nos períodos pré-estabelecidos de visita que, via de regra, mostra-se insuficiente para a preservação dos laços de afetividade, decorrendo daí a figura do pai ou mãe *fantasma*, com tendência a de se afastarem. Assim, o modelo convencional não mais atende aos anseios da família contemporânea na qual o meio de reunião e emissão de afeto entre seus membros ocorre, quase que exclusivamente entre pais e filhos.

Na guarda compartilhada, mesmo separado o casal, permanecem os genitores participativos e influentes nas situações que se apresentam na vida do filho, o que não ocorreria se a guarda fosse exercida na modalidade exclusiva ou uniparental, concentrando em somente um dos genitores o poder de decisão sobre todos os atos que gerem a vida da criança, ainda que ao outro fosse assegurado o mais amplo exercício do direito de visitas, mesmo assim, não criaria a possibilidade de participação efetiva na criação e educação do filho.

Pensando nas vantagens que esta modalidade de guarda traz às crianças, muitos países a elegeram como regra e, somente excepcionalmente, é concedida a guarda exclusiva na disputas judiciais entre pais pela guarda do filho comum, pois o objetivo é a de preservar as relações entre pais e filhos, observando-se o princípio de isonomia das relações conjugais, que se estende às questões relativas à paternidade.

Atendendo e regulando o reclamo da família contemporânea, os Estados inseriram na convenção que estabelece os direitos da criança, a obrigação que resguarda o direito do menor, que está separado de um ou dos genitores, a manter relações pessoais e contato direto com ambos de forma regular³⁶.

³⁴ PEREIRA, S.G. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. Porto Alegre: Ajuris, 1986, p.54.

³⁵ GRISARD FILHO, W. *Guarda compartilhada...* p.171.

³⁶ Convenção sobre os direitos da criança. Art. 9, par.3: "Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente

Entre nós, a guarda compartilhada reafirma a igualdade parental almejada pela Constituição Federal que concentra seu foco de interesse na preservação dos *melhores interesses* da criança. Esta linha de entendimento para Eduardo de Oliveira Leite³⁷ é "válido e defensável, já que o interesse da criança é o critério determinante da atribuição da guarda".

Fundamentalmente, a guarda compartilhada, cria entre os pais, a consciência de que têm a obrigação de contribuir, após a ocorrência da separação ou divórcio da família conjugal, em conjunto, para a plena felicidade e desenvolvimento dos filhos. "Esta modalidade de exercício de guarda, antes de ressaltar o aspecto de convivência física, ressalta na realidade, algo que a guarda nunca retirou dos pais, que é o pátrio poder"³⁸.

Apresenta vantagem o exercício da guarda conjunta no que se refere aos conflitos de lealdade sofridos pela criança ou adolescentes quando vêm na condição de detentores do poder de decisão e escolha de um dos genitores em detrimento do outro, o que, via de regra, lhe causará sentimentos de culpa e remorsos.

Na forma conjunta da guarda, há uma elevação dos padrões éticos dos genitores, que passam a entender e visualizar a importância do outro na vida do filho, que deseja estar em contato permanente com ambos os pais, sem a necessidade de ter de optar por um ou outro, evitam, assim, que o menor se veja nesta situação estressante de escolha. Leva os genitores a conclusão de que se pode escolher em não mais se relacionar como homem e mulher, porém, "suas funções parentais não são divorciáveis"³⁹.

Conclui Waldyr Grisard Filho⁴⁰ que: "A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles".

Apresenta-se, também, como vantagem no exercício da modalidade da guarda compartilhada, o estreitamento das relações afetivas entre pais e filhos, o que poderá funcionar como elemento motivador do cumprimento do dever alimentar.

Quando ocorre o distanciamento entre o genitor não guardião e o filho, via de regra, ocorre também, negligência no dever de prestar

relações pessoais e contato direto com ambos. a menos que isso seja contrário ao „interesse maior da criança". Brasil. Dec. 99.710. de 21 de novembro de 1990. *Diário Oficial da República*. Brasília, p. 22.256 e seguintes, 21 novo 1990.

³⁷ LEITE, E.O. ob. cit p.278.

³⁸ OLIVEIRA, J.S. de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: W. 2002, p. 309.

³⁹ GEHLEN, M.K. Estado atual da guarda no Brasil. "In" SILVA, R.P.; AZEVEDO, J.C.Coordenadores. *Direito de família - uma abordagem interdisciplinar*, São Paulo: LTr. 1999, p.112.

⁴⁰ GRISARD FILHO, W. Ob. Cit. p. 172.

assistência material ao filho. "Quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão; quanto mais intenso é o relacionamento mais natural lhe parece assumir as obrigações decorrentes da paternidade"⁴¹, em especial as financeiras, indispensáveis para manutenção do menor.

Esta modalidade de guarda consagra o direito da criança a seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual, na qual um dos genitores se afasta do filho e negligencia com os deveres naturais decorrentes da paternidade, entre os quais o de assistência material e emocional, deve-se, até mesmo, *forçar* o genitor negligente a assumir a sua postura paterna/materna frente à criança.

Apresenta-se ainda, como vantagem da guarda compartilhada, a salutar divisão de responsabilidades no que diz respeito a criação, educação, orientação dos filhos, que se sob responsabilidade exclusiva de um dos genitores poderá representar uma carga excessivamente pesada, levando-o ao estresse. O ideal é que, se dividida, proporcionará igualmente aos pais, mais espaços para a realização de suas outras atividades, diversas das decorrentes da paternidade. Facilitando-lhes, inclusive, o estabelecimento de novo relacionamento conjugal.

A guarda compartilhada não deve ser encarada como a solução para os problemas que advêm com a ruptura da família conjugal, mesmo porque até nas famílias exemplares não há isenção de erros, dificuldades e limitações. A garantia de efetividade desta solução não poderá ser assegurada, por qualquer dos profissionais multidisciplinares que atuam na solução de conflitos familiares, porém, é a que apresenta maiores probabilidades de atender aos interesses da família parental, que subsiste a conjugal.

4.5 Desvantagens da Guarda Compartilhada

Alguns doutrinadores apontam como desvantagem da guarda compartilhada a falta de hierarquia nas decisões relativas à vida do filho, o que exigirá dos genitores maior grau de maturidade e um legítimo interesse pelo bem estar do menor.

Assim, a guarda compartilhada, só terá sucesso, se os pais proporcionarem aos filhos a continuidade de relação parental, sem disputas pelo poder.

É fator de desvantagem quando nos acordos há divisão de tempo de permanência dos filhos com cada um dos genitores, a mudança freqüente,

⁴¹ LEITE. E.O. *Famílias monoparentais*. p. 281

poderá ocasionar dificuldades na uniformidade de vida cotidiana do menor, que necessitam de um ponto referencial para dali, irradiar os seus contatos com o mundo exterior, quer seja a nível de escola, amigos, vizinhos, e até mesmo com o ambiente onde se sente em intimidade e protegido.

Para o sucesso da guarda compartilhada, pressupõe-se a existência de uma residência fixa, que propiciará ao menor a estabilidade que o Direito e a Psicologia recomendam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina⁴².

A nível psicológico, poderá, ainda, a guarda compartilhada gerar na criança inquietude, em relação a forma de se comportar perante os pais, procurando não demonstrar ou manifestar preferência a um ou a outro, gerando uma hiperlealdade⁴³.

A guarda compartilhada poderá criar no filho, uma imagem distorcida da não separação da família, perigosa porque contrária à realidade e gerando a falsa expectativa de uma reconciliação na família original, que é improvável.

Ocorrendo a ruptura da família conjugal, o objetivo da guarda conjunta é a preservação da família parental, objetivando a manutenção dos laços entre filhos e pais. Porém, o que se adapta bem para uma família poderá não funcionar para outra. Apesar da modalidade guarda compartilhada se apresentar como benéfica a maioria das famílias cooperativas, quando os pais possuem bom nível de diálogo e capacidade de afastar dos filhos os seus conflitos pessoais, poderá ser altamente negativa, para a família onde o casal ainda não superou, mesmo que parcialmente. Os conflitos que gerou a dissolução do seu matrimônio.

5. EVOLUÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Apesar de não haver em nossa legislação norma específica possibilitando o exercício da guarda compartilhada, nada impede a interpretação nesse sentido, da norma vigente. Primeiro, porque diz a lei, no *caput*, do art. 1.634 do NCC, que "compete aos pais", indicando que a função é afeta aos dois genitores.

Aliado a esta disposição legal há o dispositivo constitucional que estabelece a igualdade entre homem e mulher, proibindo a discriminação em função de sexo, art. 5º, I, da CF.

⁴² GRISARD FILHO. W. *Guarda compartilhado...*, p. 179.

⁴³ LEITE. E. de O. Ob.cit. p.284.

Assim, é plenamente compatível com a isonomia constitucional a interpretação desta norma, no sentido de que pode ser estabelecida a guarda compartilhada do filho, entre ex-cônjuges, desde que em consenso. Neste sentido têm nossos tribunais, sistematicamente, homologado esta modalidade de exercício do poder familiar rompida a sociedade conjugal e havendo consenso dos genitores.

A questão principal que se apresenta refere-se ao modelo de exercício deste poder adotado pelo atual Código Civil⁴⁴. Entre os doutrinadores nacionais não há um posicionamento objetivo quanto ao sistema de divisão da autoridade parental adotado pelo legislador. Esta obscuridade alcança tão somente a forma do exercício do poder parental, pois o poder, em si, está especificado na lei. Havendo, autores que concluem que ambos os cônjuges devem agir conjuntamente em todos os atos da vida familiar⁴⁵.

Entretanto, há em tramitação no Congresso Nacional três projetos de lei⁴⁶, que falam em guarda compartilhada, visando alterar artigos no Código

⁴⁴ 44 CC, art. 1.634: "Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores (...)". CC, art.1.631, *caput* "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".

⁴⁵ Posicionado-se sobre o exercício igualitário entre o homem e a mulher Humberto Theodoro Junior, considera que ambos os cônjuges devem se manifestar (Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Feder..1 de Uberlândia* 20/42, 1991); para Pedro Sampaio, os atos devem ser exercitados por ambos os cônjuges (*Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1990, p.20); Jorge Franklin Alves Felipe entende que marido e mulher devem decidir juntos (A nova Constituição e seus reflexos no direito de família. *Revista Forense* 304/94, Rio de Janeiro, 1988).

⁴⁶ PROJETO DE LEI N. 6350/02, Art. 1 Q Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1.583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

.Art. 1.583.....

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

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

Art. 3º O Art. 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com as seguinte redação:

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

A guarda tendo em vista o melhor interesse da criança."

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

Art. 42 esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

PROJETO DE LEI N. 6315/2002. Altera dispositivo do novo Código Civil

O Congresso Nacional decreta:

Art. 12 Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais

Civil, para constar a expressa previsão da modalidade guarda compartilhada.

No Projeto de Lei n. 6.350/2002, de autoria do Deputado Federal Tilden Santiago, há o acréscimo de dois parágrafos ao art. 1583, do Código Civil de 2002.

No parágrafo 1º, prevê que "O juiz antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada."

O parágrafo segundo deste Projeto de Lei, conceitua e define a modalidade guarda compartilhada.

Mostra-se, no entanto, um tanto quanto inconseqüente está imposição legal, pois o fato da separação ou divórcio estar se processando na forma consensual não significa que os ex-cônjuges possuam um nível de entendimento, cooperação, para a viabilidade desta modalidade de guarda. Poderá o casal, apesar de conflituoso, optar pela separação ou divórcio consensual, por não terem causa para o divórcio mesmo por conta da celeridade do rito.

No art. 3º, propõe uma alteração substancial do art. 1.584 do Código Civil, ao consignar como regra a guarda compartilhada sempre que não houver acordo entre os pais acerca da guarda, apesar da expressão "*sempre que possível*", caracterizando uma odiosa imposição legal. Se os ex-cônjuges não têm consenso quanto à guarda, como poderão administrar consensualmente o dia-a-dia da criança ou adolescente.

Quanto ao § 1º do art. 3º do projeto de Lei, mostra-se absolutamente desnecessário, haja vista que nas decisões sobre guarda, alimentos e visitas dos filhos impera a regra *rebus sic stantibus*.

Com relação ao Projeto de Lei n. 6315/2002, de autoria do Deputado Federal Feu Rosa, há demonstração de maior sensibilidade com está qtl estão *guarda de filhos*, pois num único parágrafo permite expressamente, a guarda compartilhada se houver acordo dos pais neste sentido.

em caso de separação judicial ou divórcio.

Art. 2Q O art. 1.583 da Lei n2 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1583.....

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

Art. 32 Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

PROJETO DE LEI N. 7.312/2002. alteração do Novo Código Civil

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

Apesar de simples este projeto, com a inclusão de um único parágrafo, resolve plenamente a questão, porque para a viabilização desta modalidade de guarda é imperioso o consenso dos genitores⁴⁷.

No Projeto de Lei n. 7312/2002, do deputado RICARDO FIUZA, dentre outras alterações do Novo Código Civil, na parte referente à Família, propõe o seguinte artigo: “Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou o divórcio, ou ocorrendo a separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz, estabelecerá o sistema de *guarda compartilhada*, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja essa possibilidade, será a guarda atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

Assim, caminha-se no sentido de que a guarda na modalidade compartilhada, passará, brevemente, a ter previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico.

4. CONCLUSÃO

A questão guarda compartilhada mostra-se bastante delicada. Apesar de ser um belíssimo instrumento de consolidação da sociedade parental, desde que exercida forma responsável. Não poderá ser aplicada indistintamente a todas as famílias rompidas, pois não se ajustará a todos os casos.

O *superior interesse da criança* deverá nortear todas as decisões no que se refere à definição do exercício do poder familiar. Se um dos pais não possui equilíbrio e capacidade para conduzir a educação e criação do filho menor, ele estará melhor assistido na companhia de um só genitor.

O sucesso da aplicabilidade da guarda na forma compartilhada nasce do consenso dos pais, do tipo de relação que os ex-cônjuges mantêm, do relacionamento anterior entre pais e filhos, e até mesmo de pressupostos materiais, após análise criteriosa realizada por profissionais multidisciplinares do perfil da família.

A participação dos operadores do direito na definição desta modalidade de guarda se apresenta extremamente importante, pois é através da atuação destes profissionais que o instituto da guarda compartilhada é, aluírá e será aceito na sociedade como a melhor forma de preservação dos filhos de pais separados.

⁴⁷ MOTTA, M.A.P. Guarda compartilhada..., p. 94, “[...] aplicar esta modalidade de guarda, em especial através de sentença e não como de um acordo exaustivamente ‘trabalhado’ e elaborado pelas partes, pode se revelar uma contra-indicação para o que de fato não existe, ou seja, deve haver uma disposição básica, natural, por parte dos pais para que tal modalidade de guarda venha de fato a funcionar, satisfatoriamente.”

5. REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, C. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12.ed., São Paulo: F. Bastos, 1960.
- BITTENCOURT, E. de M. *Guarda de Filhos*. 3ª ed., São Paulo: Universitária de Direito, 1985.
- COMEL, D.D. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.
- FACHIN, L.E. *Elementos Críticos do direito de família*. In: LIRA, R. L. (coord.) *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GEHLEN, M.K. *Estado atual da guarda no Brasil*. "In" SILVA, R.P.; AZEVEDO, J.O. Coordenadores. *Direitos da família - uma abordagem interdisciplinar*, São Paulo: LTr, 1999.
- GRISARD FILHO, W. *Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GUIMARÃES, M.S.; GUIMARÃES, AC.S. *Guarda - um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos*. In: ZIMERMAM, David.
- LEITE, E. de O. *Famílias Monoparentais - A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MOURA, M. A. *Guarda de filho menor*. Porto Alegre: Ajuris, 1980.
- MOTTA, M.AP. *Guarda compartilhada - novas soluções para novos rumos*. "In" *Direito de família e ciências humanas*. Caderno de Estudos n. 3, São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.
- NICK, S.E. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. A nova família: problemas e perspectivas. Coord. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- OLIVEIRA, J.S. de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, S.G. *A guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. Porto Alegre: Ajuris, 1986.
- PEREIRA, R. da C. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SALLES, K.R.P.N. de. *Guarda compartilhada*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- SANTOS NETO, J. A de P. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- SILVA, E.Z.M. *A paternidade ativa na separação conjugal*. Dissertação de mestrado em Psicologia Social, PUC, São Paulo.
- STRENGER. G.G. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1.998.