



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO

JULIANA MELO BRUNO

GUARDA COMPARTILHADA: A DIFÍCIL PASSAGEM DA TEORIA À PRÁTICA À
LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

FORTALEZA

2008

JULIANA MELO BRUNO

GUARDA COMPARTILHADA: A DIFÍCIL PASSAGEM DA TEORIA À PRÁTICA À
LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, da Universidade
Federal do Ceará(UFC-CE), como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora:Prof.^aJoyceane Bezerra de
Menezes

FORTALEZA

2008

JULIANA MELO BRUNO

GUARDA COMPARTILHADA: A DIFÍCIL PASSAGEM DA TEORIA À PRÁTICA À
LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, da Universidade Federal
do Ceará(UFC-CE), como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof.^aJoyceane Bezerra de
Menezes

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Joyceane Bezerra de Menezes
Universidade Federal do Ceará

Prof. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará

Bacharel José Tarcísio Nogueira Paiva
Graduado em Direito(UFC)

A Deus
A minha amada filha Pietra
A meus pais, Ana e Ray
A meu irmão e colega Vicente

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela sua incomensurável misericórdia, pelas oportunidades e pelos anjos que sempre colocou em meu caminho.

A minha filhinha Pietra, que é uma bebezinha linda, e a principal razão da minha vida e luta diária.

Aos meus queridos pais, Ana e Ray, que sempre me incentivaram a persistir pela luta dos meus ideais, mesmo nos momentos mais difíceis.

Ao meu irmão, Vicente, que foi meu colega durante todos esses anos de faculdade e que ambos poderemos realizar o nosso sonho nos formando juntos.

Aos meus irmãos, Luciana e Affonso, que para mim foram grandes referenciais de profissionalismo e ética.

Aos amigos e colegas, que me acompanharam durante a jornada de estudos na faculdade.

À orientadora desta monografia, Professora Joyceane Bezerra de Menezes, que orientou e viabilizou esse trabalho, mesmo com tantos compromissos importantes a lembrar.

Ao Professor William Paiva Marques Júnior, um exemplo de magistério para a Faculdade de Direito.

Ao Bacharel José Tarcísio Nogueira Paiva, figura emblemática da Faculdade de Direito, que com todo amor e dedicação muito contribui para o aperfeiçoamento desta faculdade.

Aos mestres que apoiaram minha formação humana e acadêmica.

A todos os funcionários desta faculdade, pelo auxílio prestado durante toda a minha jornada acadêmica.

Aos servidores da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, pela amizade e aprendizado proporcionado nos anos de estágio.

“Sem uma teoria crítica do direito de família, será demasiado difícil alcançar o valor do novo, seja em matéria de técnicas, seja de práticas ou de instituições, para pô-las em relação com os termos da vida social.”

João Baptista Villella

(XV Conferência Nacional da OAB, 1994 – Anais)

RESUMO

Visa analisar a questão da guarda de filhos menores após a separação conjugal. Propõe um debate acerca do novo modelo de responsabilidade parental conhecido por guarda compartilhada, que objetiva a manutenção de laços de afeto entre pais e filhos após a separação. Enfoca os aspectos primordiais e as dificuldades práticas na aplicação da guarda compartilhada. Aponta as vantagens e desvantagens da custódia conjunta. Analisa os fundamentos constitucionais, legais, sociais e psicológicos da guarda compartilhada. Aborda a questão dos pressupostos necessários ao bom funcionamento do sistema da custódia conjunta. Considera o acordo entre os pais o pressuposto fundamental para a concessão do sistema de guarda compartilhada.

Palavras-chaves: Guarda. Compartilhada. Família. Pais. Filhos. Acordo.

ABSTRACT

It will analyse the question of custody of children after marital separation. Proposed a debate on the new model of parental responsibility known as joint custody, which aims to maintain ties of affection between parents and children after the separation. The primary focus aspects and practical difficulties in the implementation of joint custody. It points out the advantages and disadvantages of joint custody. It analyses the reasons constitutional, legal, social and psychological of joint custody. It addresses the issue of conditions necessary for the proper functioning of the system of joint custody. Does the agreement between the parents the essential requirement for the granting of the system of joint custody.

Keywords: Custody. Joint. Family. Parents. Children. Agreement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PODER FAMILIAR.....	13
2.1 Aspectos históricos do poder familiar.....	13
2.2 Delimitação conceitual de poder familiar.....	14
2.3 Pais separados e poder familiar.....	16
2.4 Guarda.....	19
2.4.1 Definição de guarda.....	19
2.4.2 Modalidades de guarda.....	20
2.4.2.1 Guarda exclusiva ou única.....	21
2.4.2.2 Guarda dividida.....	22
2.4.2.3 Guarda alternada.....	23
2.4.2.4 Guarda compartilhada.....	24
2.5 A guarda compartilhada.....	25
2.5.1 Noção de guarda compartilhada.....	25
2.5.2 Evolução histórica da guarda compartilhada.....	26
2.5.3 Características da guarda compartilhada.....	28
2.5.4 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.....	30
2.5.4.1 As Vantagens.....	30
2.5.4.2 As Desvantagens.....	31
3 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	33
3.1 Fundamentos constitucionais.....	33
3.2 Fundamentos legais.....	35
3.3 Fundamentos sociais e psicológicos.....	37
3.4 Pressuposto fundamental da guarda compartilhada: o prévio acordo entre os genitores.....	38
3.4.1 O Projeto de Lei N°6.350 de 2002 e o acordo entre os genitores.....	39
3.4.2 Autonomia privada versus melhor interesse do menor.....	42
3.5 Pressupostos secundários da guarda compartilhada.....	43
3.5.1 Proximidade de domicílios.....	44
3.5.2 A inviabilidade da alternância de lares principalmente na tenra idade.....	45
3.5.2 O convívio harmônico entre os genitores.....	47

4 REALIDADES E DIFICULDADES OPERACIONAIS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	49
4.1 Realidade Estrangeira.....	49
4.2 Realidade Nacional.....	49
4.3 Dificuldades legais.....	50
4.4 Dificuldades sociais.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
6 REFERÊNCIAS.....	57
7 ANEXO.....	61

1 INTRODUÇÃO

O tema que ora apresenta-se enfoca a questão da guarda de filhos menores após a ruptura conjugal, abordando especificamente o ramo da guarda compartilhada. A proposta do sistema de guarda compartilhada vem imantada de importância no século XXI, já que representa uma evolução para o instituto da guarda no Direito de Família brasileiro.

A postura tradicional estabelece a guarda à mãe, restando ao pai o direito de visita e de fiscalização. No entanto, o envolver social, em seu aspecto multifacetário, estabeleceu significativas mudanças no sistema familiar, passando os pais a pleitear participação mais ativa na vida de seus filhos. A clássica atribuição da guarda única foi contestada e, nessa nova conjuntura social, surgiu a possibilidade da guarda compartilhada.

Apesar de ser um ideal louvável, já que prioriza a manutenção do vínculo afetivo entre pais e filhos no período de ruptura pós-conjugal, a guarda compartilhada encontra algumas dificuldades práticas na sua aplicação. Para o bom funcionamento dessa modalidade de guarda, é necessária a presença de determinados requisitos que garantirão o êxito na aplicação desse instituto.

No desenvolver desse estudo científico, cujo objetivo central é o estudo da guarda compartilhada, atentando para as dificuldades de sua aplicação no rito de passagem da teoria à prática, buscou-se, primeiramente, expor a definição conceitual do poder familiar, analisando os seus aspectos históricos, além de enfatizar que a sua titularidade continua a ser de ambos os pais, mesmo depois de extinta a sociedade conjugal. Passou-se em seguida, para a abordagem propriamente dita do instituto da guarda, explicando as diversas modalidades de guarda existentes. Após a construção de toda essa base explanativa, abordou-se mais especificadamente a noção, a evolução histórica e as características da guarda compartilhada. Na etapa conclusiva do trabalho monográfico, adveio a aprovação e a sanção do Projeto de Lei que trata do tema, sendo este também objeto de estudo.

Em um segundo momento, foram analisados os fundamentos constitucionais, legais, sociais e psicológicos da guarda compartilhada, além dos pressupostos desse sistema de guarda, especificando quais os requisitos fundamentais para a eficácia prática desse tipo de tutela familiar.

Ao final, além de expor brevemente a realidade estrangeira e nacional acerca desse instituto, foram abordadas as dificuldades operacionais do sistema de guarda compartilhada no rito de passagem da teoria à prática.

O estudo da guarda compartilhada compreende uma área que transborda em análises sociais e psicológicas, já que a aplicação desse instituto de guarda não envolve apenas a aplicação automática de preceitos legislativos, fazendo-se necessária uma profunda análise do caso concreto, além de uma grande conscientização daqueles que trabalham na área, com vistas a aplicar esse sistema de guarda apenas quando adequado ao caso concreto e, desde que, respeitado o melhor interesse dos filhos.

No desenvolvimento do tema abordado, foram utilizadas as mais variadas fontes doutrinárias, jurisprudenciais, além de revistas acadêmicas e contemporâneas, com o intuito de dinamizar e enriquecer esse estudo científico.

2 O PODER FAMILIAR

2.1 Aspectos históricos do poder familiar

A expressão poder familiar é nova e tem correspondência com o antigo pátrio poder, cujo termo remonta ao direito romano: *pater potestas* – que significava o direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.¹

No entanto, a expressão pátrio poder contém uma conotação patriarcal, tendo em vista que só menciona o poder do pai para com o filho, guardando lembranças de uma sociedade patriarcal. Com a evolução da sociedade, houve um natural crescimento da participação da mulher no contexto social e familiar, tendo o instituto ganho novo elástico e se constituído no termo “poder familiar”.

De acordo com Paulo Lôbo², as vicissitudes por que passou a família repercutiram no seu conteúdo. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder. O que restringiu o poder parental foi a emancipação da mulher e o tratamento isonômico dos filhos.

Quando promulgado, em sua redação original, conforme o Código Civil de 1916 (Lei Nº 3.071/1916)³, o pátrio poder só caberia ao marido, o chefe da sociedade conjugal. A mulher somente exerceria com exclusividade o pátrio poder no caso de impedimento ou falta do marido. Sendo que, mesmo viúva, se a mulher se casasse novamente perderia outra vez o pátrio poder sobre os filhos.

Somente com o Estatuto da Mulher Casada (Lei Nº 4.121/1962)⁴ que atribuiu nova redação ao *caput* do art.380 e ao seu parágrafo único do Código Civil de 1916, o pátrio poder foi assegurado a ambos os pais, mas sendo exercido pelo

¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. V.6 São Paulo: Saraiva, 2004. p.353.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.183.

³ BRASIL, Lei Nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jan. 1916.

⁴ BRASIL, Lei Nº 3.071 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 set. 1962.

marido com a colaboração da mulher e, no caso de divergências entre eles, prevaleceria o desejo do marido.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988⁵ concedeu um tratamento isonômico ao homem e a mulher (CF/88, art.5º, I), assegurando ao mesmo tempo, direitos e deveres iguais referentes à sociedade conjugal (CF/88, art.226, §5º), outorgando a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.

Até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei Nº 8.069 /1990⁶ - o instituto tinha um sentido de dominação dos pais sobre os filhos. Com o ECA, o termo tornou-se um sinônimo de proteção, se tornando mais um poder-dever, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

No entanto, a expressão poder familiar ainda encontra críticas, já que mantém a ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Para Sílvia Rodrigues⁷ tal expressão pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.

Uma boa parte da doutrina prefere o termo autoridade parental, que reflete a mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes (CF/88, art.227). Para Paulo Lôbo⁸, reflete ainda, que o interesse dos pais está condicionado ao interesse dos filhos, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.

2.2 Delimitação conceitual de poder familiar

A fim de tentar delimitar o conceito de pátrio poder, poder parental ou poder familiar, como disciplinado atualmente, é importante destacar primariamente as diferentes posições doutrinárias sobre esse instituto.

⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁶ BRASIL, Lei Nº 8.069 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

⁷ RODRIGUES, Sílvia. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. V.6. São Paulo: Saraiva, 2004. p.355.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.178.

Lafayette Rodrigues Pereira, em seu clássico livro, escrito em tempos pré-republicanos, propõe o seguinte termo: “O pátrio poder é o todo que resulta do conjuncto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias”.⁹

No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua conceitua o instituto como sendo “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos”.¹⁰

Tais renomados juristas - em consonância com o então contexto social - em ambos os conceitos não privilegiaram a figura materna, que hoje desfruta da mais ampla igualdade, em direitos e deveres com a figura paterna referentemente à sociedade conjugal, conforme os arts.5º, I e 226, §5º, CF/88.

Há autores, como Washington de Barros Monteiro e Vicente Sabino Júnior¹¹, que apesar de considerarem a figura materna no conceito do instituto em pauta, referem ser ele apenas um conjunto de obrigações dos pais em relação aos filhos menores e não emancipados, sem qualquer preocupação com os correlatos direitos deles.

Com atenção à evolução desse instituto, há autores¹² que melhor o enunciam, como um complexo de direitos e deveres, quanto à pessoa e bens dos filhos, exercidos pelos pais na mais estrita colaboração e em igualdade de condições, segundo o art.226, §5º da CF/88.

Na atualidade, pode-se dizer que o poder familiar é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com a finalidade de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual e social, de acordo com as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo, o que existe é um deslocamento da pessoa dos pais para a pessoa dos filhos, que deixam de ser objeto dos direitos dos pais para se tornarem sujeito

⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910. p.234.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. atual. V.2. Rio de Janeiro: F. Alves, 1960. p.279.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 6 ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 1964. p.280-281

SABINO JÚNIOR, Vicente. **O menor: sua guarda e seus direitos**. 4 ed. São Paulo: Brasiliense(s.d.).p.51.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3.ed. V.5. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.238.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28 ed. V.6 São Paulo: Saraiva, 2004. p.360.

de direitos. Os atributos do poder familiar são vistos, na atualidade, como poderes-deveres, como obrigações dos pais para com os filhos e não como direitos e poderes dos pais sobre a pessoa dos filhos.

2.3 Pais separados e poder familiar

Já que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos de forma igualitária pelo homem e pela mulher (CF/88, art.226, §5º), a autoridade parental cabe a ambos os pais. A titularidade e o exercício do poder familiar se divide igualmente entre pai e mãe de acordo com o art.1.631 do Código Civil de 2002, Lei Nº 10.406/2002.¹³

Na vigência do casamento (CC/2002, art.1.566, IV) e da união estável (CC/2002, art.1.724) os pais são os detentores do poder familiar. O encargo é exercido por ambos, porquanto decorre da paternidade e da filiação, não do casamento ou da união estável. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.¹⁴

Extinto o relacionamento conjugal entre os pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC/2002, art.1632). Desta maneira, há de se perceber que o exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros, existindo uma desvinculação legal da proteção conferida aos filhos decorrente da relação entre os genitores.

Todos os atributos e prerrogativas decorrentes do poder familiar se mantêm com a separação ou divórcio dos genitores, não se modificando os direitos e deveres dos pais para com os filhos (CC/2002, art. 1579). Também, a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. Ocorrendo divergência, qualquer dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC /2002, art.1.631, parágrafo único).

¹³ BRASIL, Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28 ed. V.6. São Paulo: Saraiva, 2004. p.359.

Com relação à guarda, esta apenas absorve alguns aspectos do poder familiar. A falta de convivência no mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever, permanecendo este íntegro, exceto quanto ao direito de ter os filhos em sua companhia (CC/2002, art.1.632). Não existe uma limitação na sua titularidade e sim, apenas uma restrição ao seu exercício, o qual dispõe de graduação de intensidade. Sendo o poder familiar um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade.

Estando o filho sob a guarda de um dos pais, ao outro resta o direito de visita, permanecendo, entretanto, intactos tanto o poder familiar, como a sua guarda jurídica, pois persiste o direito de fiscalizar sua manutenção e educação (CC/2002, art.1.589). No entanto, esse poder de vigilância não é direito de ingerência, já que não dispõe o genitor não-guardião de direito de ação, nem de direito de veto em relação às decisões tomadas pelo detentor da guarda.

De acordo com art.1.631 do Código Civil de 2002, na falta ou no impedimento de um dos pais, o outro exerce o poder familiar com exclusividade. Porém, para autorizar o casamento ou conceder a emancipação, é exigida a concordância de ambos os genitores.

Se o genitor que detém a guarda dos filhos vier a constituir nova família, esse fato não afetará o princípio da incomunicabilidade do poder familiar. O casamento ou a união estável de qualquer dos pais, não enseja a perda do poder familiar, não cabendo a interferência do novo cônjuge (CC/2002, art.1.636). A proibição de ingerência do novo cônjuge encontra a sua diretriz no princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. O genitor e sua prole persistem configurando uma família monoparental, já que o casamento ou a união estável do guardião não gera a transferência do poder familiar, não se eximindo o pai e a mãe do dever de continuar provendo o sustento do filho, mesmo se o filho vier a residir no novo lar do seu genitor, passando a conviver com alguém dotado de elevado poder aquisitivo, o encargo alimentar persiste, assim como o direito de fiscalizar a sua educação (CC/2002, art.1.589).

Uma questão que pode salientar-se diz respeito à responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores. É o caso típico de dano causado por terceiro. Em regra, são os pais solidariamente responsáveis por seus filhos menores que com eles convivam, como dispõe o art.932, I do Código Civil.

O art.932, I do Código Civil, dispõe, *in verbis*:

Art.932: São também responsáveis pela reparação civil:

I-Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Na constância do casamento, ou da união estável, há uma presunção de responsabilidade, que se relaciona intimamente com o exercício do poder familiar. Se competem aos pais a educação e o dever de vigilância sobre os filhos menores, é correto concluir-se que, se estes não os vigiam devidamente e não os criam e educam adequadamente, os danos sejam atribuíveis aos genitores.

No entanto, no caso de separação judicial ou divórcio, com atribuição de guarda única, será responsável aquele que exerça a guarda exclusiva, por erro na educação ou falha no dever de vigilância, salvo se ao produzir-se o evento danoso, o filho estivesse aos cuidados do outro genitor. Essa solução parece ser a mais cabível, afinal decorre da lei, através do art.932, I: “sob seu poder” e “em sua companhia”.

No tocante a essa questão apresentada, tratando-se de guarda compartilhada, ambos os pais são solidariamente responsáveis, pois de acordo com Eduardo de Oliveira Leite:

As decisões relativas à educação são tomadas em comum(e a guarda conjunta é construída sobre essa presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores.¹⁵

Afinal, o fundamento da guarda compartilhada é um sistema de co-responsabilidade parental, que ultrapassa o direito de visita e de fiscalização. Se a todo o momento, as decisões na esfera da vida dos filhos são conjuntas, a responsabilidade na sua criação e educação também o será.

Então, no regime de compartilhamento da guarda, ambos os pais serão responsáveis solidariamente, caso os filhos venham a causar danos a terceiros, tendo em vista que o exercício da guarda no sistema abordado é conjunto.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997. p.277.

2.4 Guarda

2.4.1 Definição de guarda

A expressão guarda deriva do alemão *wargem*, do inglês *warden* e do francês *garde*, e pode ser usada de uma forma genérica no sentido de expressar vigilância, proteção, segurança, um direito-dever que os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor dos filhos.

Enfocada por diversos diplomas e oferecendo variegada casuística, torna-se difícil apropriar um conceito unívoco ao instituto da guarda, que é um dos mais delicados temas de todo o Direito de Família. Dada a difícil conceituação e delimitação do instituto da guarda, é prudente analisar primeiramente os conceitos encontrados na doutrina acerca desse instituto do Direito de Família.

Segundo a definição de José Antônio de Paula Neto, a guarda trata-se de um “direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este.”¹⁶

Guarda na lição de Pontes de Miranda, “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.¹⁷

Para Sérgio Gischkow Pereira¹⁸, é a situação do detentor da responsabilidade sobre o sustento e a manutenção do menor.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art.33), “a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

¹⁶ SANTOS NETO, José de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1993. p.139.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**- Parte especial. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t.8. p.94-101.

¹⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Ajuris, a.8, n.36, p. 53-64, março de 1986.

Percebe-se desta forma, que o conceito de guarda surge a partir de um valor maior protegido, que é o bem-estar da criança, a preservação do menor, que deve ser educado e sustentado, para atingir a maioridade com completa saúde física e mental, capacitação educacional e entendimento social, de modo a cumprir o princípio fundamental de ser um sujeito de uma vida digna, fundamento do próprio Estado de Direito esculpido em nossa Constituição (CF/88, art.1º, III).

A questão da guarda desponta com mais intensidade quando da dissolução da sociedade conjugal. No entanto, o poder familiar do genitor não-guardião não se resolve com a ruptura da sociedade conjugal, o que ocorre é uma limitação no seu exercício, não levando à extinção dos direitos e deveres que ele tem para com os seus filhos.

Deixando os pais de conviverem sob o mesmo teto, é necessário que haja uma determinação acerca da companhia de quem os filhos vão morar, os quais continuam sob o poder familiar de ambos os cônjuges. Há necessidade de definição sobre quem vai assumir os encargos decorrentes: ambos ou apenas um dos genitores. Mesmo na separação consensual, é necessário que conste o que foi acordado com relação à guarda e visitação.

Ainda que a “posse do filho” não decorra da simples presença física no domicílio da mãe ou do pai, a definição de “guarda” identifica quem tem o filho na sua companhia. Todavia, o fato de o filho residir com um deles não significa que o outro “perdeu a guarda”, pois apesar de não ter a guarda material, este ainda detém a guarda jurídica, tendo em vista que pode fiscalizar a sua manutenção e educação conforme o que dispõe o art.1.589 do CC/2002.

2.4.2 Modalidades de guarda

Com o vínculo matrimonial ou a união estável e a decorrência de maternidade ou paternidade, a guarda é comum ou originária. Ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes-deveres inerentes ao poder familiar, conseqüentemente a guarda, não existindo a figura do não-guardião.

Com a cisão da família, a guarda judicial é deferida de acordo com o que atende ao melhor interesse do menor, podendo o magistrado determinar o

cumprimento de quatro tipos de guarda: guarda única ou exclusiva, dividida, alternada ou conjunta (compartilhada).

Com a interposição de um processo de guarda/separação/divórcio, ocorre normalmente uma disputa pela posse do menor, sendo que o juiz antes de decidir o mérito é obrigado a determinar a guarda provisória para um dos cônjuges/parceiros. Essa guarda temporária não é um modelo de guarda, mas sim uma situação momentânea em que está o menor, pois uma vez julgado o mérito da ação, ocorrerá a guarda definitiva, a qual também não é um modelo de guarda, já que o juiz terá de adotar um dos modelos de guarda pós-ruptura conjugal: guarda única ou exclusiva, dividida, alternada ou conjunta ou compartilhada. Portanto, a guarda provisória e a definitiva nada mais fazem do que expressar o modelo de guarda que está sendo imposto. Imposição esta, que pode ser alterada a qualquer tempo, pois a guarda é regulada pela cláusula *rebus sic standibus*, não fazendo coisa julgada material.

2.4.2.1 Guarda exclusiva ou única

A guarda exclusiva é atribuída, isoladamente, a um dos genitores. Na maioria das vezes, apesar de no ordenamento jurídico não existir um modelo de guarda que o magistrado primeiramente deva adotar; o que normalmente ocorre é, no caso de ruptura conjugal, o magistrado optar pelo deferimento do modelo de guarda única, em que um dos cônjuges/parceiros é nomeado guardião, sendo detentor da guarda material, enquanto o outro é conhecido como não-guardião.

Ambos continuam a exercer a guarda jurídica, cabendo ao guardião, em virtude da guarda material, o chamado poder de decisão, enquanto ao não-guardião cabe o poder de fiscalização, sendo possível que recorra judicialmente caso constate que as decisões tomadas pelo guardião não estão sendo o melhor para o seu filho.

Verifica-se, destarte, que o não-guardião tem a guarda jurídica, mesmo que de forma indireta. Através das visitas, poderá constatar se o guardião presta corretamente assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente. Na maioria dos casos é a mãe que fica com a guarda dos filhos, principalmente os de tenra idade, restando ao pai o direito de visitas e de vigilância.

Alguns estudiosos, como é o caso de Maria Berenice Dias, dispõe que:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.¹⁹

Todavia, nos casos em que os filhos têm pouca idade e naqueles em que um dos genitores não detém características de responsabilidade na convivência com os filhos, parece ser o tipo de guarda mais adequado.

Concluindo, apesar da atribuição da guarda única a um dos genitores, ambos continuam com a titularidade do poder familiar, pois apesar de o guardião deter a guarda material, o não-guardião continua com a guarda jurídica do filho, já que a este é atribuído o direito de visita e de fiscalização.

Constata-se uma distinção entre o direito de guarda *stricto sensu* ou guarda material e o direito de guarda jurídica. Assim, a guarda jurídica é exercida à distância pelo genitor não guardião. A guarda material, prevista no art.33, §1º do ECA, realiza-se pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho monoparentalmente. Em verdade, aquele genitor que obtiver a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua extensão.

2.4.2.2 Guarda dividida

Nessa modalidade de guarda, o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não possui a guarda. Esse modelo é do chamado sistema de visitas, que tem sido questionado por muitos pais na atualidade, que procuram novos meios de garantir uma maior participação na vida dos filhos.

Para Waldyr Grisard Filho, “as visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.361.

entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias, perante os encontros e as separações repetidas”.²⁰

Essa sistemática de atribuição de guarda material a um dos genitores levou os juristas a procurar outro meio mais justo de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o genitor não-guardião ao exercício da guarda jurídica e o levou a se afastar do convívio com os filhos.

Na atualidade, há uma contestação a esse modelo de visitas e a procura por novos meios que garantirão uma participação maior e mais comprometida na vida dos filhos depois de finda a sociedade conjugal.

2.4.2.3 Guarda alternada

Na guarda alternada, cada genitor exerce, alternativamente, a guarda do filho com todos os atributos que lhe são próprios. Na guarda alternada, o casal determinará o período em que o menor ficará em cada domicílio, período este que pode ser de uma semana, um mês, um ano, sendo que os direitos-deveres inerentes da guarda ficarão sempre com o cônjuge que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não-guardião.

Logo, enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado, ao outro se transmite o direito de visita.

Segundo Jorge Augusto Pais de Amaral:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período, os papéis invertem-se.²¹

²⁰GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais. 2000. p.108.

²¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997. p.168

Esse modelo de guarda é muito criticado pelos juristas, uma vez que prejudica o menor na formação da sua personalidade. Como observa Armando Leandro, a guarda alternada não está em harmonia com o bem-estar do menor:

Pode ela afetar gravemente o equilíbrio do menor, sobretudo se é de pouca idade... uma das necessidades básicas da criança é a da continuidade e estabilidade das suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal desenvolvimento, causando, por vezes, retrocessos psicológicos espetaculares.²²

Tal modelo de guarda não se mostra eficaz por razões óbvias, ou seja, ao menor cabe a perturbação quanto ao seu ponto de referência, fato que lhe traz perplexidade e mal estar no presente e danos consideráveis a sua formação no futuro. Nesse sentido, constata-se que a adoção de uma guarda nesses parâmetros não traz constância de moradia, sendo que a formação de hábitos dos filhos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se a do meio familiar paterno ou materno. Uma divisão do tipo um mês com cada um, seria contra-indicada, principalmente na primeira infância.

2.4.2.4 – Guarda compartilhada

Para o Sérgio Gischkow Pereira, a guarda compartilhada é um dos meios de assegurar o exercício da autoridade parental que o pai e a mãe desejam continuar a exercer na totalidade conjuntamente.²³ Nesse modelo de guarda, ambos os pais participam da tomada de decisões sobre a vida do filho, diferindo do modelo de guarda única em que cabe ao não-guardião apenas o direito de visita e o poder de fiscalização.

²²LEANDRO, Armando. Poder parental: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária. In: **CICLO DE CONFERÊNCIAS DO CONSELHO DISTRITAL DO PORTO. Temas de direito de família**. Coimbra: Almedina, 1986. p.111-164.

²³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Tendências modernas do direito de família**. Revista dos tribunais, a.77, n.628, p.19-39, fev. 1988.

O §2º do art.2º do Projeto de Lei Nº 6.350/02, explica o significado do termo guarda compartilhada:

Art.2º ...

§2º Guarda Compartilhada é o sistema de corresponsabilização dos pais dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar para garantir a guarda material, educacional, social e de bem-estar dos filhos.

As considerações mais aprofundadas sobre esse tipo de guarda serão tratadas adiante.

2.5 A guarda compartilhada

2.5.1 Noção de guarda compartilhada

Em geral, numa situação de separação ou divórcio, o juiz outorga a guarda a um só dos genitores. Utilizando noções de psicologia e de sociologia, surgiram correntes que questionaram esse entendimento, propondo uma forma de guarda que atenda ao desejo de ambos os pais de compartilharem a criação e a educação dos seus filhos. Dessa forma, surgiu a noção de guarda compartilhada.

O instituto da guarda ainda se encontra em constante evolução. Anteriormente, a lei privilegiava o pai como natural e único guardador dos filhos. O pai era o encarregado da educação escolar e religiosa dos filhos, já que os pais tinham melhores condições de educar os seus filhos.

Com a eclosão da Revolução Industrial, ocorreu uma modificação desse quadro. Ocupados com os seus afazeres nas fábricas, os pais começaram a desinteressar-se da atenção diária dos filhos por entender que esta era uma tarefa da própria mãe. Essa preferência pela guarda materna perdurou até a década de 60 do século XX, sendo o homem o provedor e sem ter um papel ativo na educação dos filhos.

A partir do ingresso da mulher no mercado de trabalho, na segunda metade do Século XX, os homens começaram a ter uma maior responsabilidade no lar e a querer participar ativamente do convívio com os filhos.

O bem-estar dos filhos e a igualdade de direitos entre os pais levaram os tribunais a propor acordos de guarda conjunta, como uma reação a evolução desse instituto no Direito de Família brasileiro.

Para Eduardo de Oliveira Leite, “ela mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”.²⁴

Completando a noção de guarda compartilhada, o psicanalista Sérgio Eduardo Nick:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores(‘joint custody’, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única(‘sole custody’, em inglês).²⁵

A guarda compartilhada busca atenuar o ambiente de negatividade deixado pela separação, melhorando o relacionamento entre pais e filhos, mantendo os dois pais envolvidos na criação e na educação de seus filhos e fortalecendo o poder familiar de ambos.

2.5.2 Evolução histórica da guarda compartilhada

O instituto da guarda compartilhada nasceu na Inglaterra há mais ou menos 30 anos e de lá expandiu-se para a Europa Continental, desenvolvendo-se

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997. p.261.

²⁵ NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: Barreto, Vicente(Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.135.

na França. Depois, encontrou ecos no Canadá e nos Estados Unidos. Atualmente, desenvolve-se na Argentina, no Uruguai e no Brasil.

No século XIX, o Parlamento Inglês modificou o princípio de que a guarda em caso de conflito caberia ao pai, atribuindo à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos. Logo, na medida em que se passou a se atribuir a guarda exclusiva à mãe, os pais começaram a se sentirem injustiçados.

Então, os tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order* do exercício desse direito entre ambos os genitores. Esse novo modelo, logo recebeu a atenção do mundo jurídico, levando os tribunais a encararem a proposta com cuidadosa atenção.

Na França, a noção de guarda compartilhada começa a ser assimilada a partir de 1976, atendendo às contestações dos pais que queriam participar mais ativamente do cotidiano dos filhos. A jurisprudência que se formou favorável à guarda compartilhada resultou na Lei Nº 87.571 de 22.07.87, denominada de Lei Malhuret.

Os Estados Unidos absorveram a idéia de guarda compartilhada e a desenvolveram largamente. De acordo com Judith S. Wallerstein e Sandra Blakeslee ao escrever sobre o tema em 1989, referem que em 1971, “a dupla custódia quase não era conhecida. Atualmente, devido a um movimento para torná-la uma política comum em toda a nação, pelo menos trinta e três estados norte-americanos dão preferência a ela ou a permitem como opção”.²⁶

A guarda compartilhada cresce a cada dia nos Estados Unidos. No entanto, conforme adverte Edward Teyber, “não há nenhuma panacéia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias- principalmente no caso de pais em conflito.”²⁷

No Canadá, a guarda compartilhada só ocorre quando os pais acordam sobre ela. No entanto, não sendo possível o acordo, o Tribunal decidirá no sentido de atender aos melhores interesses dos filhos.

No Brasil, nas últimas décadas, a guarda compartilhada vem sendo examinada, principalmente nos tribunais do sul do país. A guarda compartilhada está prestes a ter uma disciplina jurídica específica ,tendo em vista que o Projeto de Lei

²⁶ WALLERSTEIN, Judit S.; BLAKESLEE, Sandra. **Sonhos e realidade no divórcio: marido, mulher e filhos dez anos depois**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.135.

²⁷ TEYBER, Eduard. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995. p.119.

Nº 6.350 de 2002²⁸, de autoria do deputado Tilden Santiago, que define a Guarda Compartilhada, foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 20.05.08 e foi sancionado pelo presidente da República em 13.06.08, estando aguardando a promulgação da nova lei no Diário Oficial da União. No entanto, mesmo anteriormente à existência do referido projeto, o poder judiciário já vinha aplicando esse instituto de guarda, baseado na jurisprudência nascente e na análise do caso concreto.

2.5.3 Características da guarda compartilhada

A ruptura do vínculo conjugal causa uma nova situação fática tanto aos filhos como a cada um dos genitores que se resolve por acordo ou decisão judicial. A guarda compartilhada tem por objetivo reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo um melhor relacionamento entre eles.

Quando a família permanece conjugada, não é costume adentrar em questões relativas à guarda, já que se trata de uma situação de exercício comum do mencionado instituto. Entretanto, quando o conflito é instaurado na sociedade conjugal, desaparece o casal conjugal, mas há necessidade de se manter o casal parental, como é observado por Clóvis Beviláqua: “ 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”.²⁹

A guarda compartilhada pretende reequilibrar os papéis parentais na tomada de decisões importantes relativas aos filhos, incentivando o contato freqüente e contínuo destes com seus dois genitores. Porém, guarda compartilhada não significa uma divisão dos filhos pela metade. Difere da guarda alternada, pois nesta os ex-parceiros são obrigados por lei a dividirem o tempo dos filhos em partes iguais (semana com um, semana com outro, semestre com um, semestre com outro). Uma guarda obtida dessa maneira seria prejudicial ao desenvolvimento do menor,

²⁸ BRASIL, Projeto de Lei Nº 6350 de 20 de março de 2002. Define a guarda compartilhada. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em 14/05/08.

²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. V.2.12 ed. atual. Rio de Janeiro: F. Alves, 1960. p.281.

que perderia um referencial de lar. Essa alternatividade de residências é prejudicial ao menor, principalmente os de tenra idade, que devem preferencialmente ficar com a mãe. De acordo com Waldyr Grisard Filho:

Na infância e na juventude, ao menor deve-se evitar grandes alterações em sua vida e rotina, permanecendo tudo o que não for imprescindível mudar. Assim, o menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e um centro de apoio para suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial(além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual ele sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida. São dessas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias.³⁰

No regime de guarda compartilhada, os filhos podem passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, de acordo com Eduardo de Oliveira Leite, “a residência continua sendo única”³¹. Logo, na guarda compartilhada, o menor tem uma residência fixa, porém dependendo do acordo entre os pais, podem passar períodos com o genitor com o qual não fixa residência.

Outro aspecto a ser considerado nesse modelo de compartilhamento de guarda é a possibilidade de os ex-parceiros deliberarem de forma conjunta sobre o programa geral de educação dos filhos. Ambos os pais têm a missão de dirigir a formação dos filhos. No dever de educação, compreende-se o de assistência, tanto no aspecto moral como no aspecto material, que é traduzido na obrigação alimentar. Sob o aspecto da obrigação de prestar pensão alimentícia, os pais devem saber que a guarda compartilhada não tem relação direta com o pagamento de pensão e nem com regime de bens ou patrimônio na hora da separação.

De acordo com o advogado da área de família Paulo Lins e Silva, se a situação de visitação for modificada, com a criança ficando, por exemplo, mais tempo com o pai do que ficava antes, o pagamento da pensão pode ser revisto, já que o pai poderá ter mais gastos. Ainda, na opinião do advogado:

³⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000. p.146.

³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo:RT, 1997. P.286

Mas uma coisa não está diretamente vinculada à outra. Guarda diz respeito a decisões; visitação, ao tempo que o filho passa com cada um dos pais. A pensão está ligada a situação financeira de cada um dos ex-cônjuges e com a necessidade da criança.³²

Nesse sentido, observa-se na jurisprudência:

ALIMENTOS – GUARDA DE MENOR COM AMBOS OS GENITORES – LEGITIMIDADE PASSIVA DO PAI – PAGAMENTO DA VERBA ALIMENTÍCIA DEVIDO.

Ainda que o menor fique sob guarda de ambos os genitores, de forma alternada, concorre interesse jurídico que justifica o ajuizamento da ação alimentícia. Não há que se falar em ilegitimidade passiva, se a ação foi manejada contra o genitor dos alimentandos. Verificando-se que a verba alimentícia foi fixada com observância das balizas traçadas pelo art.400 do Código Civil, confirma-se a sentença de primeiro grau, eis que despropositada se mostra a insurreição do apelante.³³

Para diferenciar a guarda compartilhada da guarda única ou exclusiva, pode-se dizer que, enquanto nesse sistema o guardião toma sozinho as decisões sob a fiscalização do não-guardião, no exercício conjunto da autoridade parental existe a necessidade de um acordo permanente entre os pais. Embora a criança viva com a mãe, as opções educacionais dessa criança não dependem somente da mãe, mas de uma ação conjunta.

Em decorrência do poder familiar, ambos os pais possuem a guarda jurídica, sendo os genitores titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, competindo a cada um dos deles conservarem seus direitos e obrigações em relação a eles. E, no sistema de compartilhamento da guarda, os pais podem, através de acordo mútuo, planejar a guarda física.

2.5.4 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

2.5.4.1 As vantagens

A principal vantagem do sistema de guarda compartilhada é a maior aproximação do menor com ambos os pais, o envolvimento do pai no cuidado com

³² REVISTA ÉPOCA. Edição 467, s.a., n.497, São Paulo: Globo, de 26 de novembro de 2007. P.93.

³³ BOLETIM BONIJURIS, Curitiba, p.4.291, 1997.

os filhos após o divórcio é facilitado, além das mães serem menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, as liberando para a busca de outros objetivos de vida.

A pesquisa de Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki, referida por Waldyr Grisard Filho³⁴, segue essa mesma linha de observações, desde a perspectiva dos pais e dos filhos.

- A) Vantagens na perspectiva dos pais:
- I. Ambos os pais se mantêm guardadores;
 - II. Qualificação na aptidão de cada um deles;
 - III. Equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional;
 - IV. Compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho,
 - V. Maior cooperação.
- B) Vantagens na perspectiva dos filhos:
- I. Convivência igualitária com cada um dos pais;
 - II. Inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais;
 - III. Não há pais periféricos;
 - IV. Maior comunicação;
 - V. Menos problemas de lealdade;
 - VI. Bom modelo de relações parentais.

2.5.4.2 As Desvantagens

A guarda compartilhada também é alvo de desfavores. Afinal todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas adicionais. É do mesmo estudo de Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki³⁵ anteriormente citado, a lista abaixo ordenada, sempre da perspectiva dos pais e dos filhos.

A) Desvantagens na perspectiva dos pais:

³⁴ OPPENHEIN, Ricardo; SZYLOWICKI, Suzana. Partir o compartir La tenencia. Es posible compartir La tenencia de los hijos em caso de divorcio? Derecho de família- V..5 Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, 1991.P.77-78 Apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo.:Ed. Revista dos Tribunais. 2000. p.172.

³⁵ *Idem*

- I. Maiores custos(moradias apropriadas)
 - II. Permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar
 - III. Constante adaptação
 - IV. Necessidade de um emprego flexível
- B) Desvantagens na perspectivas dos filhos:
- I. Adaptação a duas moradias
 - II. Problemas práticos ou logísticos

3 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Fundamentos Constitucionais

A aplicação da guarda compartilhada está de acordo com os princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A constitucionalidade da guarda compartilhada encontra o seu fundamento no art.227, *caput*, da Constituição Federal vigente, que corresponde ao Princípio consagrado de Proteção Integral a criança e ao adolescente.

O art.227, *caput* da Constituição Federal de 1988, dispõe *in verbis*:

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

Como se pode observar, tal dispositivo prioriza o bem-estar do menor, que pode ser plenamente alcançado quando a guarda compartilhada é aplicada de forma correta pelo juiz ao caso concreto, observando os pressupostos para seu emprego.

O instituto da guarda compartilhada tem o objetivo de amenizar uma série de perdas para a criança, as quais são acarretadas pelo advento da separação e do divórcio. Através desse regime de guarda, ambos os pais participam de maneira ativa do cotidiano e das decisões sobre o futuro dos filhos. E é importantíssimo que os filhos sintam que, após a separação, eles continuam sendo amados pelos pais.

Dessa forma, a guarda compartilhada, quando observados o pressupostos para o seu cabimento, o que será analisado adiante, atende ao preceito constitucional abordado.

Nesse contexto, é salutar a observação feita por Sérgio Gisckow Pereira³⁶, no sentido de que, não sendo a guarda compartilhada proibida, é permitida, podendo ainda ser, em determinados casos, a única capaz de atender o princípio constitucional já mencionado.

Na Constituição Federal de 1988, encontram-se, no Título VIII, Da Ordem Social, em seu capítulo VII, as normas reguladoras da família, da criança, do adolescente e do idoso. Analisando a Carta Constitucional sistematicamente, a ordem social é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art.3º, I. Tal fundamento está consagrado no próprio art.193, que dispõe sobre as bases da ordem social, cujo objetivo é o bem-estar e justiça social.

Assim é que, fazendo parte de tal título, as normas referentes às famílias erigiram as relações familiares ao *status* de Direito Constitucional. Dessa maneira, o valor maior, a obrigação da família, como da sociedade e do Estado, é no sentido de promover “com absoluta prioridade” (art.227, CF), o bem-estar da criança, assegurando-lhe os seus direitos e garantias individuais ali reproduzidos. Esses direitos são cláusulas inabaláveis e sequer podem ser alterados por meio de emenda constitucional (art.60, §4º, IV, CF/88).

A guarda compartilhada atende ademais ao princípio constitucional de igualdade dos cônjuges, consubstanciado no art.226, §5º da CF/88. O art. 226,§5º, dispõe *in verbis*:

Art.226 ...

§5º Os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Dessa forma, ambos os pais têm igualmente deveres para com os seus filhos, mesmo depois de extinta a sociedade conjugal, não sendo o poder familiar abalado para ambos os lados. É missão dos pais dirigir a sua formação, educando-lhes moralmente para enfrentar a vida. Na modalidade da guarda, ora tratada, ambos os pais participam da tomada de decisões acerca da vida dos filhos, atendendo ao preceito constitucional de igualdade.

³⁶ PEREIRA, Sérgio Gisckow. **Tendências modernas do direito de família**. Revista dos tribunais, a.77, n.628, p.19-39, fev. 1988.

A partir desses dispositivos constitucionais abordados, depreende-se a constitucionalidade da guarda compartilhada.

3.2 Fundamentos legais

Analizados os preceitos constitucionais, passa-se agora ao exame da legislação infraconstitucional, no que diz respeito à guarda do menor.

A lei que disciplina a guarda compartilhada está prestes a ser promulgada, pois o Projeto de Lei Nº 6.350 de 2002, de autoria do Deputado Tilden Santiago, foi aprovado na Câmara dos Deputados em 20.05.08 e foi sancionado pelo presidente da República em 13.06.08.

O Projeto de lei dispõe sobre a guarda compartilhada, estabelecendo a sua possibilidade de aplicação. De acordo com o art.3º do anunciado projeto:

Art.3º O *caput* do art.1584 da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerando-se o atual parágrafo único para §1º:

O art.1584 Decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído, sempre que possível, o sistema da guarda compartilhada.

§1º.....

§2º Deverá ser nomeado equipe interdisciplinar composta de psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança, incorporada a sugestão dos pais, objetivando subsidiar o juiz, nos termos do acordo, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.

§3º Na impossibilidade do cumprimento do disposto no §2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar relacionado com aquela jurisdição para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.

Entretanto, mesmo anteriormente à proposição do referido Projeto de Lei, a guarda compartilhada já poderia ser aplicada em nosso país, dependendo da

formação multidisciplinar e da sensibilidade do juiz de família, que poderia se utilizar de princípios constitucionais e infraconstitucionais, além da jurisprudência nascente sobre o tema para adotá-la, sempre em atenção ao estudo do caso concreto e com o objetivo de bem-estar do menor.

Os artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam a questão do instituto de guarda de menores. Ainda, de acordo com os arts.3º e 7º do referido diploma, *in verbis*:

Art.3º 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 e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art.7º A criança e o adolescente têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Como já explicitado anteriormente, a guarda compartilhada prevê uma ampla participação dos pais no cotidiano dos filhos, zelando ambos por sua criação e educação. Logo, atende ao princípio de proteção integral da criança e do adolescente, consubstanciado no Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, existe a ressalva de que essa modalidade de guarda deve ser aplicada somente a determinados casos, quando presentes os pressupostos para sua correta aplicação.

De acordo com o art.1.583 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

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

Ainda, a Lei Nº 6.515/1977³⁷, em seu art.9º, dispõe *in verbis*:

³⁷ BRASIL, Lei Nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez.1977.

Art. 9º No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual(art.4º), observar-se-à o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Pela leitura dos referidos artigos, conclui-se que se os pais acordarem pela guarda compartilhada, o juiz poderá deferir esse tipo de guarda, após a análise de um caso concreto, que demonstre ser o tipo de guarda mais adequado para o bem-estar do menor. O juiz, antes de deferir a guarda compartilhada, deve analisar todo o contexto do caso concreto, observando a viabilidade e a sustentabilidade do acordo, a colaboração entre os pais, além daquilo que trará mais benefícios ao menor. Estando presentes todos esses requisitos, o juiz deve deferir a guarda compartilhada. A correta aplicação desse instituto, no rito de passagem da teoria à prática, exige uma profunda conscientização dos que trabalham nessa área.

3.3 Fundamentos sociais e psicológicos.

Os fundamentos sociais da guarda compartilhada residem no fato de que ela privilegia a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após a ruptura do vínculo entre o casal, responsabilizando ao ex-casal nos cuidados cotidianos relativos à criação e à educação do menor. Dessa forma, fica assegurada a ligação emocional com seus genitores.

Assim, os fundamentos sociais para a aplicação da guarda compartilhada hão de ser aqueles que permitam que se tornem solidários ambos os genitores, podendo ambos atender aos reclamos afetivos do menor. Logo, a união dos genitores pela guarda do menor deve ser de tal forma que não induza o filho começar a sentir diferenças, o que poderá prejudicar o seu crescimento.

Aliás, a questão da guarda do menor, transborda em problemas psicoemocionais. A guarda compartilhada não é eficaz quando o ex-casal está em conflito. Afinal, se o casal não tem um relacionamento amigável, dificilmente entrará em acordo sobre as decisões a serem tomadas no cotidiano dos filhos.

Nesses casos, os conflitos podem se multiplicar, sendo mais adequada a guarda única associada ao direito de visita e de fiscalização para o outro genitor. De acordo com Waldyr Grisard Filho:

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procura amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação.³⁸

Para que se tenha um bom desenvolvimento e co-educação da criança é necessária uma dose de sensibilidade e flexibilidade. Para Maria Tereza Maldonado: “Para algumas pessoas, é difícil entender que a relação conjugal terminou, mas a função parental permanece”.³⁹

Logo, para o bom funcionamento da guarda compartilhada, é preciso se estabelecer uma diferença entre papéis maritais e parentais, o que vai facilitar o ajustamento familiar.

3.4 Pressuposto fundamental da guarda compartilhada: o prévio acordo entre os genitores

Como já foi dito anteriormente, mesmo antes da proposição do Projeto de Lei Nº 6.350 de 2002, o juiz de direito já poderia, baseado na jurisprudência nascente e nos fundamentos constitucionais, legais, sociais e psicológicos, citados nos itens antecedentes, deferir o regime do compartilhamento da guarda, quando presentes as condições para o seu estabelecimento.

No entanto, tem-se que salientar, que a aplicação da guarda compartilhada deve estar atrelada à existência de um prévio acordo entre os pais sobre a adoção desse regime. A existência de um acordo entre os pais é o pressuposto fundamental para a correta aplicação da guarda compartilhada.

³⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2000. p.160.

³⁹ MALDONADO, Maria Tereza. **Casamento: término e reconstrução**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.p.214

Guarda Compartilhada significa que os pais separados dividem direitos e deveres relativos aos filhos, sendo que as decisões devem ser conjuntas. Se não existir um acordo entre o ex-casal, tais genitores não se mostram aptos a gerenciar esse tipo de guarda, que está fadada ao fracasso.

Daí surge uma das principais dificuldades de aplicação da guarda compartilhada no rito de passagem da teoria à prática, pois esse acordo normalmente só ocorre com casais separados que mantêm um relacionamento amigável e no interesse dos filhos, o que geralmente é raro no período pós-ruptura conjugal. Portanto, um ex-casal que se encontra em litígio ou dificuldades para conversar, dificilmente conseguirá tomar decisões em comum sobre a vida dos filhos.

Dessa maneira, se não há possibilidade de acordo, não deve ser empregada a guarda compartilhada, devendo preferencialmente ser adotado outro modelo, tendo em vista que o entrosamento mútuo, a situação de cúmplices na educação e criação dos filhos é fundamental para se encontrar coerência na aplicação desse tipo de guarda.

3.4.1 O Projeto de Lei N° 6.350 de 2002 e o acordo entre os genitores

O Projeto de Lei N° 6.350 de 2002 tem por objetivo introduzir legalmente no direito privado brasileiro, o instituto da guarda compartilhada, acrescentando-o ao Código Civil. De acordo com referido Projeto, esse modelo de guarda deve ser adotado preferencialmente, reservando-se as demais modalidades apenas se as partes expressamente assim o desejarem ou se isso não corresponder ao interesse da criança.

Logo, com a promulgação da Lei resultante da sanção do Projeto de Lei N° 6.350 de 2002 , o regime de compartilhamento da guarda terá de ser opção prioritária nos casos de separação, mas só será aplicado nos casos em que o juiz de direito verificar a sua possibilidade. Referido projeto é, entretanto, apenas uma adequação de uma prática já existente, já que juízes e promotores, principalmente do sul do país já se mostram favoráveis a esse tipo de guarda.

A desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, é defensora ferrenha da guarda compartilhada, no que tem pautado suas sentenças. Para ela nem seria preciso uma alteração legislativa, já que uma nascente jurisprudência está aos poucos sendo criada. Maria Berenice Dias acredita que a guarda compartilhada é um instrumento para desestimular o conflito. Segundo a ilustre desembargadora, “de qualquer forma, havendo a lei, o costume se estabelece mais rápido, porque há juízes que não sabem flexibilizar. Ela vai obrigar muitas pessoas a serem civilizadas”.⁴⁰

A redação atual do art.1.584, que dispõe sobre a questão da guarda, do Código Civil é a seguinte, *in verbis*:

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

O Projeto de Lei sobre a guarda compartilhada supracitado alterará citado artigo, que passará a vigorar, conforme o determinado no art.3º do anunciado projeto, *in verbis*:

Art.3º O caput do art.1584 da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerando-se o atual parágrafo único para §1º:

O art.1584 Decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído, sempre que possível, o sistema da guarda compartilhada.

§1º.....

§2º Deverá ser nomeado equipe interdisciplinar composta de psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança, incorporada a sugestão dos pais, objetivando subsidiar o juiz, nos termos do acordo, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.

§3º Na impossibilidade do cumprimento do disposto no §2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar relacionado com aquela jurisdição para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.

⁴⁰ REVISTA ÉPOCA. Edição 467, s.a., n.497, São Paulo: Globo, de 26 de novembro de 2007. P.94.

Como se pode observar, mencionado Projeto de Lei ao objetivar a modificação do Código Civil, estabelecerá oficialmente a guarda compartilhada, como opção prioritária nos casos de separação. Porém, de acordo com referido pré-diploma legal, o juiz só a aplicará nos casos possíveis. A redação deste art.3º do citado projeto dispõe que "... sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído, sempre que possível, o sistema da guarda compartilhada...".

No entanto, é extremamente ilusório o juiz determinar a aplicação da guarda compartilhada sem o prévio acordo do ex-casal sobre a adoção desse instituto. O que se verifica na realidade é que para que a guarda compartilhada atinja o seu objetivo de atender ao bem-estar da criança, se faz necessária a existência de um prévio acordo entre os pais quanto a esse instituto.

Na opinião do então presidente da Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS) no tocante ao projeto de lei sobre a guarda compartilhada, o desembargador Sebastião Luiz Amorim, um magistrado com 25 anos de experiência em varas de família: "É louvável que o legislador queira instituí-la. Mas nunca consegui aplicar algo parecido. A guarda unilateral ainda é a que melhor funciona". Para referido magistrado, a mudança almejada pelo projeto de lei esbarra na necessidade de acordo entre os pais. "Caso contrário, que condições terá um magistrado de impor a guarda?" Inobstante as ressalvas, o juiz Sebastião Luiz Amorim considera a medida "um ideal a ser buscado". Segundo o magistrado, "na hora de decidir o juiz deve sempre buscar o bem-estar do filho. A guarda compartilhada vai ao encontro disso."⁴¹

Ora, se não existe nem um acordo quanto à questão da guarda entre os genitores, como esses irão tomar conjuntamente todas as decisões a respeito da vida dos filhos, conforme prevê o instituto da guarda compartilhada, nessa situação contextual? Afinal, se o sistema de guarda compartilhada prevê um acordo que está constantemente se renovando ao longo do tempo entre os pais, como poderia ser possível a aplicação desse instituto sem um acordo prévio, já que na realidade o melhor interesse da criança só é estabelecido com uma convivência acordada e harmônica entre os pais?

⁴¹ O ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.estado.com.br/editorias/2007/10/24/cid-1.93.3.20071024.1.1.xml>. Acesso em 13/05/2008.

Nesses casos, o melhor para a criança talvez seja a adoção de uma outra modalidade de guarda, que resguarde mais o seu bem-estar, já que um sistema que funciona bem em uma família pode se mostrar desastroso em outras. Daí, a necessidade de uma minuciosa análise do caso concreto.

Com relação ao relatório abordado no §2º do art.1584 do Código Civil, quando este for modificado, entende-se que somente deveria ser exigido pelo juiz de direito, com o objetivo de subsidiá-lo na sua decisão, quando o mesmo considerasse necessário ou o então representante do Ministério Público. Se aparentemente e externamente, o juiz já dispuser de meios de determinar o que melhor atender ao interesse do menor, é dispensável tal relatório. Afinal, a produção a todos os casos de relatórios sem a vislumbrada necessidade, conforme juízo do juiz, propiciaria um atraso burocrático e desnecessário na prestação jurisdicional.

3.4.2 Autonomia privada *versus* melhor interesse do menor

Ao analisar o caso concreto, um sábio e correto aplicador do direito irá verificar previamente se existe um acordo entre os genitores sobre esse tipo de guarda. Empós, analisará frente ao caso a presença de outros pressupostos, ditos secundários, que demonstrem que esse acordo é viável e sustentável com o passar do tempo, objetivando com esta conduta, reconhecer todas as vicissitudes do caso que autorizam o bom funcionamento desse tipo de guarda. Pode o juiz de direito utilizar-se do parecer de psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais com o objetivo de encontrar o tipo de guarda mais acertada.

Presentes todas as condições que implicam na correta aplicação do instituto da guarda compartilhada, o juiz deverá adotar esse modelo de guarda. Aliás, quando presentes todos os pressupostos para o seu cabimento, considera-se que o sistema de guarda compartilhada é o mais justo, atendendo a todos os anseios de equidade.

No entanto, se mesmo com a existência de um pré-acordo entre os pais, o juiz entender que esse acordo não atende aos pressupostos secundários para a viabilidade do sistema da guarda compartilhada, entende-se que o mesmo poderá recusar-se a homologar esse acordo, deferindo outro tipo de guarda mais condizente

com a realidade contextual, interferindo assim na autonomia privada, mas com o objetivo de resguardar o interesse do menor.

Logo, mesmo existindo um acordo sobre o tipo de guarda entre os genitores, já que conforme o art.1583 do CC/02 fica na esfera familiar a questão de quem fica com a companhia dos filhos, o que for acordado depende da chancela judicial, o que ocorre após a ouvida do Ministério Público. Na ação de separação é indispensável que estas questões fiquem definidas, não só nas questões consensuais, como também nas litigiosas.

Se o acordado não atende aos interesses dos filhos, o juiz pode deliberar de forma diversa, tendo a faculdade de até não homologar a separação, como se pode observar pelo disposto no art.1.574, parágrafo único do Código Civil, *in verbis*:

Art.1574...

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.

3.5 Pressupostos secundários da guarda compartilhada

Além do pressuposto fundamental para a eficaz e correta aplicação da guarda compartilhada, que é a existência de um pré-acordo entre os pais, faz-se necessária a observância de outros pressupostos, além do citado acordo, que atribuirão viabilidade e sustentabilidade ao sistema da guarda compartilhada. Afinal, não basta somente o acordo para que o sistema tenha êxito, pois o juiz só deverá homologar esse acordo se ele atender ao interesse do menor.

Para que ocorra a proteção do menor, é preciso ainda que o caso concreto atenda a requisitos secundários, os quais serão apresentados nos subitens adiante.

3.5.1 Proximidade de domicílios

Na lição de Waldyr Grisard Filho: “A guarda compartilhada funciona melhor quando ambos os pais vivem no mesmo bairro, ou ao menos na mesma cidade, na medida em que possam cooperar nas questões referentes à educação dos filhos.”⁴²

A guarda compartilhada envolve um convívio freqüente e harmonioso entre pais e filhos. E isso, não é atingido suficientemente, se um dos pais vive em um lugar distante do domicílio dos filhos. A preocupação dos defensores da guarda compartilhada é que os filhos mantenham fortes vínculos com ambos os pais, e isso é dificultado pela distância material entre ambos quando moram em regiões distintas.

Convém ainda, salientar que a guarda compartilhada envolve um responsável diálogo entre o ex-casal na tomada de decisões conjuntas sobre a vida dos filhos, relação essa dificultada pela situação de distância entre o domicílio dos mesmos.

No mesmo sentido, a psicóloga Maria Helena Rizzi: “A Guarda Compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuem uma relação de respeito e de cordialidade e estão emocionalmente maduros e resolvidos na questão da separação conjugal.”⁴³

Para Nelson Sussumu Shikicima, especialista em direito de família, para a eficácia da guarda compartilhada é necessário consenso, além de outros requisitos: “Os pais devem morar perto um do outro, precisam compartilhar valores e deve haver alternância de lares.” Acrescenta ainda: “ Senão correm o risco de continuarem brigando”.⁴⁴

A jurisprudência manifesta-se nesse sentido:

EMENTA: GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS

⁴² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000. p.184.

⁴³ RIZZI, Maria Helena. **Guarda Compartilhada sob o prisma psicológico**. Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=480180144>. Acesso em 13/05/2008.

⁴⁴ O ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.estado.com.br/editorias/2007/10/24/cid-1.93.3.20071024.1.1.xml>. Acesso em 13/05/2008.

E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR.

A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 - rel. Des. LAMBERTO SANT'ANNA - Data do acordão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003).⁴⁵

3.5.2 A inviabilidade da alternância de lares principalmente na tenra idade

A característica fundamental da guarda compartilhada envolve o fato de que as decisões sobre a vida dos filhos são conjuntas, devendo ambos os pais respeitarem o acordo sobre a guarda.

Guarda compartilhada não significa alternância de lares, mas sim decisões conjuntas. Na guarda compartilhada, os filhos podem viver com um dos cônjuges, tendo um referencial fixo, mas as decisões sobre todos os aspectos da vida dos filhos são através de um acordo entre os pais, pois ambos continuam com a guarda jurídica ilimitada, podendo planejar a guarda física conforme conveniência e com flexibilidade.

É nesse aspecto que a guarda compartilhada difere da guarda alternada, pois nesse tipo de guarda há uma alternância entre os pais, com relação ao tempo em que passam com os filhos, na razão de 1 mês, 1 semana, etc. Sendo que, no período em que um dos pais está com os filhos, todas as decisões sobre a vida destes encontram-se na sua esfera de autoridade, reservando-se ao outro o direito de visita e fiscalização, e passado o período de guarda física de um deles, invertem-se os papéis. Na guarda compartilhada, mesmo existindo um acordo em que haja uma constante alternância de lares, em todo o momento as decisões são conjuntas

⁴⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000, relator Des. Lamberto Sant'anna, publicado no Diário da Justiça em: 24/10/2003.

e ambos possuem a autoridade parental ilimitada sobre os filhos, sendo que ambos somente planejaram a guarda física desse modo.

No entanto, esse acordo sobre a alternância de lares não parece muito viável, principalmente quando os filhos possuem tenra idade, sendo nesse contexto, de maior conveniência a adoção de uma guarda única. A adoção de uma guarda compartilhada, nesse contexto, teria a prejudicial e condenada característica de alternatividade da guarda alternada, principalmente quando considerados os filhos de até 6 anos.

A jurisprudência brasileira manifesta-se nesse sentido:

MENOR – Guarda - Pais separados – custódia alternada semanalmente – Inconveniência – Permanência sob a guarda da mãe – Direito de visita do pai.

Ementa oficial: É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio da necessidade-possibilidade, o direito de visita.⁴⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois 'as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos' (RJ 268/28)." (TJSC - Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000).⁴⁷

De acordo com Eliana Riberti Nazareth:

⁴⁶ REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, a.85, v.733, P.333-336, nov. 1996.

⁴⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento nº 00.000236-4, Relator Des. Alcides Aguiar, publicado no Diário de Justiça em 26/06/2000.

Quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. 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.⁴⁸

Essa alternatividade de residências só tem a possibilidade de se mostrar eficaz quando os filhos são mais velhos. Em entrevista dada à revista *ÉPOCA*, na edição de 26 de novembro de 2007, o psicólogo catarinense Evandro Luis Silva e a administradora de empresas Patrícia Willi, afirmam que tem dois filhos: Matheus de 14 anos e Gustavo de 11 anos, e adotam o sistema de guarda compartilhada com alternância de lares, tendo esse sistema êxito. Segundo Evandro, os filhos estão acostumados e são felizes e saudáveis, além de bons alunos, prezando por ter um convívio significativo com ambos os pais.⁴⁹

3.5.3 O convívio harmônico entre os genitores

A guarda compartilhada envolve constante diálogo entre os pais, principalmente porque ambos devem decidir conjuntamente o rumo da vida de seus filhos. Como é observado, o período de pós-dissolução conjugal é marcado por profundas mágoas.

Na lição de Maria Berenice Dias:

Ainda que exista um acordo entre os genitores pela adoção do instituto da guarda conjunta e se deva respeitar a deliberação dos genitores, não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram, quando definem a guarda ou estabelecem a visitação. O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período de vida em comum. Passa a haver verdadeira disputa pelos filhos, além de excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário

⁴⁸ NAZARETH, Eliana Riberti Nazareth. Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: Eliana Riberti Nazareth (Coord.). **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de estudos n. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997. p.83.

⁴⁹ REVISTA *ÉPOCA*. Edição 467, s.a., n.497, São Paulo: Globo, de 26 de novembro de 2007. P.92

minucioso, exaurente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos.⁵⁰

Logo, a guarda compartilhada só é possível em casais que já superaram a situação de crise conjugal, e colocam o bem estar dos filhos em primeiro lugar, pois a guarda compartilhada envolve diálogo para a tomada de decisões sobre a vida dos filhos e quem está em guerra não pára para conversar.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.360.

4 REALIDADES E DIFICULDADES OPERACIONAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Realidade estrangeira

Conforme um estudo de Sérgio Eduardo Nick, a guarda compartilhada vem sendo adotada em países da Europa e em parte dos Estados Unidos⁵¹. Nos Estados Unidos, os Estados podem legislar independentemente e as cortes estaduais têm competência em matéria de divórcio e família.

O que se tem demonstrado, em certos casos, é que é a forma mais benéfica ao crescimento do menor, conforme o que se vê da *American Bar Association*, onde pesquisas e estudos multidisciplinares têm-se aprofundado na busca de melhores condições para que o magistrado defira a guarda conjunta a fim de proporcionar menores traumas aos filhos do divórcio.

Atualmente, a guarda compartilhada já é opção prioritária nos casos de divórcio na Suécia, Inglaterra, França, Canadá e em parte dos Estados Unidos.

4.2 Realidade Nacional

No Brasil, a partir de estudos dos profissionais do Direito de Família, estamos caminhando para o aprofundamento destas questões, verificando-se o que dispõe as normas constitucionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de preservar o interesse do menor.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), atualmente 91% dos casos de divórcio no país, a guarda é apenas materna. Um

⁵¹ NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (org). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 127-168.

estudo do IBOPE revelou novas características do pai brasileiro moderno: 52% disseram que podem e gostam de cuidar da casa e das crianças.⁵²

O Projeto de Lei Nº 6.350 de 2002, aprovado pela Câmara dos Deputados e sancionado pelo presidente da República, foi resultado da iniciativa de associações de pais separados que lutam pelo direito de uma maior convivência entre os filhos.⁵³

A APASE (Associação de pais separados), a ONG Movimento Paterno Brasil, a Participais, a Associação pais para sempre e o site Pai Legal têm feito pressão no Congresso Nacional pela aprovação do referido Projeto de Lei. No Orkut, site de relacionamentos virtual, há mais de mil comunidades sobre o tema, como a “A favor da guarda compartilhada” e “Guarda compartilhada já”.⁵⁴

4.3 Dificuldades legais

Como já abordado várias vezes ao longo do presente estudo, mesmo antes da proposição do Projeto de Lei Nº 6.350 de 2002, a proposta da guarda compartilhada já poderia ser aplicada pelo juiz de direito com base na jurisprudência nascente, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir promulgação da lei resultante do Projeto de Lei Nº 6.350 de 2002, a guarda compartilhada restará cristalizada e especificada no vigente Código Civil.

No entanto, mesmo que exista uma concreta base constitucional e legal, a aplicação da guarda compartilhada não se faz por simples determinação legislativa, o que tornaria, talvez, mais aplicável pelos legalistas tal instituto, mas sim pela confluência de conhecimentos multidisciplinares, os quais poderão determinar, com a precisão possível dentro da ciência jurídica, o que, em determinado momento e para determinado menor, lhe é mais benéfico.

Logo, além de analisar os fundamentos constitucionais, legais, sociais e psicológicos da guarda compartilhada, o aplicador do direito deve fazer uma

⁵² REVISTA ÉPOCA. Edição 467, s.a., n.497, São Paulo: Globo, de 26 de novembro de 2007. P.92

⁵³ *Idem*

⁵⁴ *Ibidem*

minuciosa análise do caso concreto. E, deste fato, resultam as dificuldades legais de aplicação da guarda compartilhada, já que esse instituto só deve ser aplicado após um minucioso processo de estudo do comportamento humano pelo aplicador do direito, a fim de que este tenha condições de, passando da teoria à prática, utilizar-se desse instituto.

Como toda solução no Direito de Família, a guarda compartilhada não está imune à necessidade de uma profunda conscientização daqueles que trabalham na área. É necessária, a constatação das diferenças, dos sinais internos e externos de cada caso, além da subjetividade e da objetividade no detalhamento de todas as nuances do caso.

Constata-se então, que a passagem da teoria à prática, só será efetivada a partir da superação de todas as dificuldades, o que só ocorre com a formação firme e multidisciplinar do juiz de direito, do aporte de condições humanas e materiais, além do apoio, se necessário, de profissionais especializados (psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, etc).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê nos artigos 161, §1º, 162, §1º, 167, 168 e 186, §4º, a intervenção de equipe interprofissional sempre que necessário, com essa competência, *in verbis*:

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

O Projeto de Lei Nº 6.350 de 2002, em seu art.3º, § 2º e 3º, dispõe *in verbis*:

Art.3º ...

§2º Deverá ser nomeado equipe interdisciplinar composta de psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança, incorporada a sugestão dos pais, objetivando subsidiar o juiz, nos termos do acordo, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.

§3º Na impossibilidade do cumprimento do disposto no §2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar relacionado com aquela jurisdição para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.

Dessa forma, através do estudo dessa equipe interdisciplinar, o juiz coletará elementos informativos para a determinação do melhor interesse do menor, concluindo se a guarda compartilhada poderá ser corretamente aplicada ao caso concreto.

4.4 Dificuldades sociais

A principal dificuldade social na aplicação da guarda compartilhada está atrelada ao relacionamento do ex-casal no período de pós-dissolução do vínculo conjugal. Durante esse período, todos os personagens envolvidos experimentam uma transição dolorosa. As dificuldades sociais para a aplicação desse instituto residem no fato de ser raro a existência de casais cooperativos nesse período, dada a própria natureza humana.

O profissional do direito deve ter a necessária compreensão e discernimento para evitar a recomendação da guarda compartilhada quando for possível vislumbrar que a harmonia não é uma constante na vida do ex-casal, sendo certo supor que, no futuro, tal instituto que pareceu *a priori* razoável e justo irá se tornar fonte de discórdia e inevitável sofrimento entre os filhos.

Casais em constante beligerância, mesmo que acordem pelo instituto da guarda compartilhada, ensejam um acordo judicial insustentável, uma vez que dificilmente será cumprido. Casais insatisfeitos e em conflito não têm diálogo e dificilmente entrarão em acordo conjunto sobre a educação dos filhos. Desta forma, as brigas e discussões se multiplicam, sendo essa situação extremamente prejudicial ao desenvolvimento do menor. Neste contexto, impõe-se que os pais trabalhem mais nos seus conflitos, até com acompanhamento profissional, para não atingirem a formação de seus filhos.

De acordo com Edward Teyber: "A guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos".⁵⁵

Porém, o mesmo autor adverte: "Esse sistema tem sido freqüentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições, ele fracassa redondamente".⁵⁶

No que respeita especificamente à "guarda compartilhada" a jurisprudência é igualmente pacífica no sentido de afastar sua aplicação quando a relação entre os genitores é marcada pela desarmonia, pelo desrespeito e pelos constantes conflitos e disputas.

Isso é o que se observa dos seguintes julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA.

Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitivada em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de vista. Apelo provido." (TJRS - Apelação Cível Nº 70005127527 - 8ª Câm. Cível - rel. Des. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - J. 18.12.03).⁵⁷

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO.

1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho.

2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.

⁵⁵ TEYBER, Eduard. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.p.173.

⁵⁶ *Idem* .p.173-174.

⁵⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70005127527, relator Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, publicado no Diário da Justiça em 18.12.03.

3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (TJRS - Apelação Cível Nº 70 005 760 673 - 7ª Câmara Cível - rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - j. 12.03.03)⁵⁸

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. FILHO. ALTERAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. Se o "melhor interesse" do filho é que permaneça sob a guarda materna, já que a estabilidade, continuidade e permanência dele no âmbito familiar onde está inserido devem ser priorizadas, mormente considerando-se que a mãe está cumprindo a contento seu papel parental, mantém-se a improcedência da alteração da guarda pretendida pelo pai. Descabe também a guarda compartilhada, se os litigantes apresentam elevado grau de animosidade e divergências. (TJRS - Apelação Cível Nº 70008688988 - 8ª Câmara Cível - rel. Des. JOSÉ S. TRINDADE - J. 24.06.04)⁵⁹

GUARDA COMPARTILHADA.

A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido. (TJRS - Apelação Cível Nº 70007133382 - 7ª Câmara Cível - rel. Des. MARIA BERENICE DIAS - J. 29.10.03).⁶⁰

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem o mesmo posicionamento:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO LITIGIOSA - CULPA RECÍPROCA.

Para que seja declarada a separação por culpa de uma das partes, não bastam alegações, por mais graves que sejam, sem amparo de provas seguras que as corroborem. Em se tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da GUARDA COMPARTILHADA quando o casal tem convivência problemática e com choques constantes." (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.343058-4/000 - 7ª Câmara Cível - Relator DES. WANDER MAROTTA - j. 23.09.03)⁶¹

⁵⁸BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70 005 760 673 ,relator. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, publicado no Diário da Justiça em 12/03/03.

⁵⁹BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70008688988, relator. Des. José S. Trindade, publicado no Diário da Justiça em 24/06/04.

⁶⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70007133382, rel. Des. Maria Berenice Dias, publicado no Diário de Justiça em 29/10/03.

⁶¹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação cível Nº 1.0000.00.343058-4/000, relator Des. Wander Marotta, publicado no Diário da Justiça em 23.09.03.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho intentou trilhar todos os meandros que justificassem, a partir da análise do caso concreto e com a observância de determinados pressupostos, a possibilidade ou a inconveniência da adoção do sistema de compartilhamento da guarda dos filhos menores no período de pós- dissolução do vínculo conjugal.

No entanto, ao que tudo indica, a guarda compartilhada surge como a modalidade de guarda que transmite maior valor de justiça e igualdade entre os pais e que mais atende aos reclamos afetivos do menor. Observa-se, entretanto, que para que haja possibilidade de aplicação desse instituto, é preciso que além de fundamentos teóricos, exista uma correspondência com uma possível realidade prática, que atente para a conveniência da adoção do modelo no estudo do caso a caso. Afinal, teoria e prática precisam trilhar os caminhos jurisdicionais unidas.

Acredita-se no valor do novo. No presente, ressaltam aos argutos olhos do estudioso do direito, institutos novos de grande relevância, despontando a guarda compartilhada como uma evolução no Direito de Família Brasileiro. É inconteste, que as estruturas sociais, ao longo dos anos, vão modificando-se e o que parecia conveniente há algumas décadas, não o é mais na atualidade. A guarda compartilhada surgiu a partir da nova realidade paterna, pois os pais contestam a clássica atribuição da guarda única materna e querem participar ativamente da tomada de decisões na vida dos seus filhos.

Confere-se à guarda compartilhada todos os seus méritos louváveis, ao priorizar a manutenção do vínculo afetivo, do contato regular e ininterrupto entre os pais e os filhos, como valores primordiais na família contemporânea, ao transpor a barreira do simples direito de visita e fiscalização.

No entanto, entende-se que a grande prioridade, quando se atém a determinar o tipo de guarda apropriado, encontra-se na esfera protetiva do menor, no sentido de optar pela conveniência apenas daquele modelo que atenda melhor ao bem-estar do menor.

Dessa forma, a necessidade de um acordo entre os pais, além da necessidade da inexistência de graves conflitos entre os mesmos e outros requisitos apontados no texto, surgem como condições essenciais para a possibilidade de adoção desse instituto.

A guarda compartilhada envolve acordo entre os pais sobre as decisões que ambos tomarão sobre o rumo da vida dos filhos. Sendo assim, um casal sem diálogo e em constante beligerância não pode tomar decisões conjuntas e o acordo é freqüentemente burlado. Na verdade, um sistema de guarda compartilhada se adotado nesses casos, acirraria ainda mais os ânimos do ex-casal, que já se encontram sobremaneira abalados dado o tortuoso período de ruptura. Uma situação como essa é extremamente prejudicial ao contexto psicológico dos filhos.

Esse estudo não é uma insurreição à adoção do sistema de guarda compartilhada, mas um juízo de consideração, também, sobre a conveniência de sua aplicação a determinadas famílias, quando não estão presentes as condições próprias descritas ao longo do presente estudo. Afinal, aquilo que pode funcionar com relação a uma família, pode fracassar gravemente em relação à outra.

Desse fato, vislumbra-se a necessidade de um minucioso e aprofundado estudo multidisciplinar do caso concreto e uma ampla consciência do profissional aplicador do direito. A questão da guarda compartilhada exige não apenas conhecimentos da área jurídica, mas também das áreas da Psicologia, Sociologia, Psiquiatria, etc.

A realidade humana mostra-se no sentido de que esse tipo de guarda só é plenamente eficaz em casos em que os pais são pessoas amadurecidas e mantêm um convívio harmônico e no interesse dos filhos. As principais dificuldades sociais de adoção desse modelo de responsabilidade parental decorrem de que raramente existem casais no estilo apontado e, principalmente, no período que segue a ruptura conjugal.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. V.2.12 ed. atual. Rio de Janeiro: F. Alves, 1960.

BRASIL, Lei Nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jan. 1916.

_____, Lei Nº 3.071 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 set. 1962.

_____, Lei Nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez.1977.

_____, Lei Nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990

_____, Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____, Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____, Projeto de Lei Nº 6350 de 20 de março de 2002. Define a guarda compartilhada. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em 14/05/08.

_____, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000, relator Des. Lamberto Sant'anna, publicado no Diário da Justiça em: 24/10/2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação cível Nº 1.0000.00.343058-4/000, relator Des. Wander Marotta, publicado no Diário da Justiça em 23.09.03.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento nº 00.000236-4, Relator Des. Alcides Aguiar, publicado no Diário de Justiça em 26/06/2000.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70005127527, relator Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, publicado no Diário da Justiça em 18.12.03.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70 005 760 673, relator. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, publicado no Diário da Justiça em 12/03/03.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70008688988, relator. Des. José S. Trindade, publicado no Diário da Justiça em 24/06/04.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70007133382, rel. Des. Maria Berenice Dias, publicado no Diário de Justiça em 29/10/03.

BOLETIM BONIJURIS, Curitiba, p.4.291, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

LEANDRO, Armando. Poder parental: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária. In: **CICLO DE CONFERÊNCIAS DO CONSELHO DISTRITAL DO PORTO. Temas de direito de família**. Coimbra: Almedina, 1986.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. IN: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MALDONADO, Maria Tereza. **Casamento: término e reconstrução**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado - Parte Especial**. 4. ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. t.8.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. V.6. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 6. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1964.

NAZARETH, Eliana Riberti Nazareth. Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: Eliana Riberti Nazareth(Coord.). **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de estudos n. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: Barreto, Vicente(Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar,1997.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.estado.com.br/editorias/2007/10/24/cid-1.93.3.20071024.1.1.xml>. Acesso em 13/05/2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3 ed.V.5. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Ajuris, a.8, n.36, p. 53-64, março de 1986.

_____. **Tendências modernas do direito de família**. Revista dos tribunais, a.77, n.628, p.19-39, fev. 1988.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, a.85, v.733, P.333-336, nov. 1996.

REVISTA ÉPOCA. Edição 467, s.a., n.497, São Paulo: Globo, de 26 de novembro de 2007. P.92-94.

RIZZI, Maria Helena. **Guarda Compartilhada sob o prisma psicológico.** Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=480180144>. Acesso em 13/05/2008.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **O menor:** sua guarda e seus direitos. 4. ed. São Paulo: Brasiliense(s.d).

SANTOS NETO, José de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1993.

WALLERSTEIN, Judit S.; BLAKESLEE, Sandra. **Sonhos e realidade no divórcio:** marido, mulher e filhos dez anos depois. São Paulo: Saraiva, 1991.

7 ANEXO

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA
REDAÇÃO FINAL
PROJETO DE LEI Nº6.350-C, DE 2002

Dispõe sobre a guarda compartilhada

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art 1º Esta lei institui a possibilidade de guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Art.2º O art. 1.583 da Lei Nº10. 406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art.1583.....

§1º Na audiência de conciliação, o juiz explicará para as partes o significado da guarda compartilhada, incentivando a adoção desse sistema.

§2º Guarda Compartilhada é o sistema de corresponsabilização dos pais dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar para garantir a guarda material, educacional, social e de bem-estar dos filhos.”

§3º“Art.3º O caput do art.1584 da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerando-se o atual parágrafo único para §1º:

“O art.1584 Decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído, sempre que possível, o sistema da guarda compartilhada.

§1º.....

§2º Deverá ser nomeado equipe interdisciplinar composta de psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança, incorporada a sugestão dos pais, objetivando subsidiar o juiz, nos termos do acordo, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.

§3º Na impossibilidade do cumprimento do disposto no §2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar relacionado com aquela jurisdição para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 60(sessenta) dias.”

Art.4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

Deputado SIGMARINA SEIXAS
Presidente

Deputado JAMIL MURAD
Relator