

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS DO SUL E SUDESTE DO PARÁ**

PAULA CRISTINA SANTOS OLIVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA
O NOVO MODELO DE CO-RESPONSABILIDADE PARENTAL**

**Marabá
2007**

PAULA CRISTINA SANTOS OLIVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA
O NOVO MODELO DE CO-RESPONSABILIDADE PARENTAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal do Pará, campus do Sul e Sudeste do Pará, como exigência à obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação da Professora Kellen Noceti Servilha.

**Marabá
2007**

Paula Cristina Santos Oliveira

GUARDA COMPARTILHADA
O Novo Modelo de Co-responsabilidade Parental

Monografia apresentada à Universidade Federal do Pará, campus do Sul e Sudeste do Pará, como exigência para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidenta: Professora Kellen Noceti Servilha
Universidade Federal do Pará
Campus do Sul e Sudeste do Pará

Integrante: Prof.
Universidade Federal do Pará
Campus do Sul e Sudeste do Pará

Integrante: Prof.
Universidade Federal do Pará
Campus do Sul e Sudeste do Pará

Ao meu filho, que me ensinou o verdadeiro significado da palavra “mamãe”.

À minha mãe – mulher, amiga e guerreira – pelo apoio incondicional e, sobretudo, pela doação diária de dedicação e amor, sentimentos que sempre me fortaleceram ante um obstáculo.

Ao meu pai pelo esforço em favorecer minha formação acadêmica.

Ao meu irmão, pelo carinho com que sempre me tratou.

Ao meu esposo, que tornou minha vida maravilhosa desde que entrou no meu mundo.

In memoriam, à minha saudadosa avó Maria dos Anjos, que sempre acreditou no meu potencial.

Agradeço à Excelentíssima Sra. Dra. Josélia de Barros Lopes pela dedicada colaboração na formação do meu conhecimento jurídico, bem como, pelas sugestões para o aprimoramento deste trabalho.

Agradeço ainda à professora Kellen Noceti pelos momentos de orientação.

E, por fim, ao meu amigo Heliomar de Souza pelo incentivo e palavras de carinho, com minha gratidão.

Espumas do Tempo

*Sempre imaginei que eu devia ser diferente
Que os saltos dessas gerações afastavam a gente.
Que os anos, alterando os costumes,
transformavam também as pessoas
e que as semelhanças que havia entre nós
eram tão poucas.*

*Quantas vezes, em sonhos te encontro
Neles, sempre você está bem.
E dizendo o que nunca me disse
E até com o silêncio me falas também.
Não podia imaginar que só hoje
Estaria tão perto de mim
E nem mesmo que somos iguais
Em tantas coisas.*

*A gente não pode deixar se levar
Nas espumas do tempo
Hoje entendo, a eternidade são ondas
Eterno movimento.
E hoje, com o seu neto no colo
Sinto mais a falta que você me faz
Quanto quero acalantar meu filho
Eu queria ninar meu pai
(Thito França)*

RESUMO

OLIVEIRA, Paula Cristina Santos. **Guarda compartilhada – o novo modelo de co-responsabilidade parental**. 2007. 44 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pará, Campus Universitário do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, 2007.

Pesquisa acerca do modelo de guarda compartilhada dos filhos menores, durante o processo de fragmentação da entidade familiar, objetivando minimizar os traumas psicossociais advindos da separação dos pais. Conquanto, seja alvo constante de estudos por profissionais de diferentes áreas, a fixação da guarda não possui fórmula única ou pré-moldada, pois sua decretação visará sempre a promoção do bem-estar do menor. Neste sentido, a co-responsabilização dos genitores separados surge para proporcionar uma continuidade na relação afetiva dos pais para com seus filhos, que, por seu turno, só ambicionam desfrutar do amor e da companhia de ambos os genitores no seu processo de formação. Na legislação estrangeira, este novo protótipo vem auferindo grandes resultados. No Brasil, seu emprego ainda se mostra tímido, embora haja uma crescente corrente de juristas defendendo sua aplicabilidade, em especial quando há uma relação amistosa entre os pais separados. Pautado nisto, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei que viabiliza aos pais continuarem compartilhando das responsabilidades emanadas da criação dos filhos.

Palavras-chave: guarda dos filhos. Separação dos pais. Traumas psicossociais. Co-responsabilização dos genitores.

SUMMARY

OLIVEIRA, Paula Cristina Santos. **He/she keeps shared - the new model of family co-responsibility**. 2007. 44 f. Work of course conclusion (graduation in Right) - Ability of Right, Federal University of Pará, University Campus of the South and Southeast of Pará, Marabá, 2007.

He/she researches concerning the the smaller children's shared guard's model, during the process of fragmentation of the family entity, objectifying to minimize the coming psychological and social disturbances of the parents' separation. Although, it is white constant of studies for professionals of different areas, the guard's fixation doesn't possess only or pré-moulded formula, because it will always seek the promotion of the smallest's well-being. In this sense, the co-responsabilização of the separate parents it appears to provide a continuity in the parents' affective relationship to its children, that, for its shift, they only ambition to enjoy of the love and of the parents' company in its formation process. In the foreign legislation, this new prototype comes obtaining great results. In Brazil, its employment is still shown shy, although there is a growing current of jurists defending its application, especially when there is a friendly relationship among the separate parents. Thinking of this, the Camera of the Deputies approved the bill that makes possible the parents to continue sharing of the emanated responsibilities of the children's creation.

Word-key: he/she keeps of the children. The parents' separation. Psychological and social disturbances. Co-responsabilização of the parents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – O INSTITUTO DA GUARDA	12
1.1 Poder parental	12
1.2 A guarda de menores	14
1.2.1 Evolução histórica da guarda no ordenamento jurídico pátrio	15
1.2.2 Critérios de determinação	19
1.2.3 Espécies de guarda	21
CAPÍTULO 2 – A GUARDA COMPARTILHADA	24
2.1 Noções introdutórias	24
2.2 Conceito	25
2.3 Direito comparado	25
2.4 Direito brasileiro	27
2.5 Conseqüências da guarda compartilhada	28
2.6 Embasamento psicológico	29
CAPÍTULO 3 – VANTAGENS E DESVANTAGENS	31
3.1 Vantagens	32
3.2 Desvantagens	33
3.3 Entendimento jurisprudencial	35
3.4 O projeto de lei n° 6.350/2002	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

Durante muitos anos, o exercício da guarda única foi aplicado como sendo o que, indiscutivelmente, melhor garantia os interesses do menor. Contudo, com o passar dos anos, uma equipe multiprofissional percebeu os nefastos efeitos gerados por este modelo e, visando minimizar o impacto causado no cotidiano dos filhos, que de forma abrupta se viam obrigados a conviver com apenas um de seus genitores, concluíram que os pais necessitam continuar unidos para favorecer a educação de sua prole, pois com o divórcio há a ruptura do relacionamento entre os cônjuges e não destes para com seus filhos.

Em quase sua totalidade, o casal em crise não se atém para as conseqüências que uma ruptura brusca de laços familiares provoca numa criança.

Não estamos aqui defendendo a tese de que a união entre um homem e uma mulher deva ser eterna, como apregoa a doutrina cristã. Estamos sim preocupados com o bem-estar dos filhos que, repentinamente, se vêem obrigados a conviver com apenas um de seus genitores; a optar com qual dos pais desejam ficar; e, a suportar a ausência que o outro genitor provoca em sua vida; contentando-se, em muitos casos, a vê-lo em finais de semanas (geralmente, alternados).

É inadmissível que em pleno século XXI, os pais sejam incapazes de superar sua desunião, ou até mesmo, de não transmitir aos filhos o sentimento de frustração advindo do insucesso do casamento.

O Estado brasileiro, seguindo uma tendência internacional, está experimentando uma nova tentativa de proporcionar aos filhos uma continuidade da atenção, companhia e amor dispensados antes da separação do casal.

Nesse contexto, juristas, psicólogos, assistentes sociais, pediatras e pedagogos estão cada vez mais certos de que apenas com a cooperação mútua dos pais, as crianças manterão uma vida saudável e livre dos sentimentos de perda e/ou culpa. Sendo este debate, portanto, o objetivo central da presente monografia.

No decorrer do trabalho será utilizado como método de abordagem o dedutivo, pois partiremos de uma premissa geral, explicando o que vem a ser a guarda, sua evolução histórica, seus critérios de determinação, bem como, suas espécies e características, para só então especificar o que vem a ser a guarda compartilhada, suas vantagens e desvantagens.

Não obstante a complexidade do tema serão utilizados como métodos de procedimento: o histórico, em face do estudo acerca da evolução histórica do instituto em voga; e, o comparativo, demonstrando as diferenças, as similitudes entre as várias espécies de guarda, e as vantagens do deferimento da custódia dupla.

A apreciação do tema será desenvolvida a partir da técnica de pesquisa bibliográfica, a qual inclui obras no campo do Direito, na área da Psicologia, além da legislação correlata, do entendimento jurisprudencial e de artigos especializados, devidamente citados na bibliografia geral das obras consultadas.

O trabalho se divide em três capítulos. O primeiro, busca introduzir o leitor ao tema, conceituando o instituto da guarda de menores, além de explicitar sua natureza.

O segundo e o terceiro fazem uma referência específica a guarda compartilhada, mostrando como ela vem sendo tratada pela legislação alienígena e nacional, assim como, esquematizando suas principais vantagens e desvantagens.

Considerando o número de obras consultadas optou-se por fazer sua remissão completa nas notas de rodapé e a utilização da expressão “*ibidem*” para substituir a obra mencionada imediatamente antes.

Finalmente, com relação às citações necessárias ao desenvolvimento do trabalho, foram feitas entre aspas as que não ultrapassaram o quantitativo de três linhas. As demais foram elaboradas em separado do texto, respeitando-se os quatro centímetros de distância do texto normal. O formato itálico foi reservado a palavras estrangeiras e expressões significativas no contexto. E, o negrito foi destinado a realçar o nome das obras citadas nas notas de referência.

Capítulo 1 – O INSTITUTO DA GUARDA

1.1 Poder parental

O poder parental, ou *pátrio poder*, se originou da delimitação dos direitos que a lei expressamente conferia à figura paterna sobre a pessoa e bens dos filhos.

Expressão muito utilizada durante a vigência do Ordenamento Civil de 1916, o qual lhe reservou todo um capítulo (capítulo VI do título V que disciplina acerca “das relações de parentescos”), onde a figura materna não desfrutava dos mesmos direitos e deveres conferidos aos pais.

Originariamente, o instituto do *pátrio poder* remonta ao direito romano, onde era visto como um poder análogo ao de propriedade, ou seja, o *pater familias* detinha a faculdade de expor ou matar o filho, de aliená-lo, de abandoná-lo e, até mesmo, de transformá-lo em escravo.

Esta concepção de propriedade trazida pelo direito romano foi paulatinamente sendo substituída pelo vocábulo proteção, vez que, o que se pretende é assegurar aos filhos o cumprimento dos direitos fundamentais ao seu desenvolvimento psicofísico.

Assim, a titularidade dos encargos decorrentes do conjunto de direitos e deveres que a norma jurídica impõe aos pais sobre a pessoa dos filhos foi, durante muito tempo, exercida exclusivamente pelo genitor. A figura materna só intervia

nesta relação em caráter excepcional, conforme redação do artigo 380 do Código Civil de 1916, proporcionada pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), *ipsis litteris*:

Art. 380 – Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo Único – Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.¹

Apenas no final da década de 70, precisamente no ano de 1977, com a entrada em vigor da Lei nº 6.515, juridicamente conhecida como a Lei do Divórcio, é que pai e mãe passaram a exercer em igualdade de condições os encargos parentais (art. 27), fato este ratificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que teve o condão de sepultar definitivamente a posição subserviente da genitora, bem como, suprimir a expressão “durante o casamento” do artigo 380, outrora transcrito; pois, as obrigações decorrentes do pátrio poder transcendem à existência ou não do matrimônio. Contudo, muito embora a legislação ultra ressaltada tenha sido considerada uma grande conquista, a guarda dos filhos, nos processos de dissolução da sociedade conjugal, continuava a ser atribuída apenas a um dos pais.

Desta feita, poder-se-á afirmar que o exercício do pátrio poder, atribuído igualmente a ambos os pais, passou a ser vislumbrado como decorrência natural da paternidade e da maternidade e não do casamento.

Hodiernamente, a Lei nº 10.406/02, que instituiu o contemporâneo Código Civil, substituiu a nomenclatura pátrio poder por poder familiar, abolindo de vez a idéia subalterna da figura materna (art. 1631). Ressalta-se que esta substituição

¹ BRASIL. **Código Civil**. Coordenação por Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

adveio da concepção trazida pela Carta Magna de 1988, que atribuiu ao pai e à mãe o direito de, conjunta e igualmente, promover o desenvolvimento integral dos filhos menores (arts. 5º, I, e 226, § 5º da Constituição Federal, 1.631 e 1.690 do atual Código Civil e 21 do ECA), quer estejam na constância do matrimônio ou não.

O que se vislumbra nessa nova conjuntura é uma concepção tida como “filhocentrista”, onde os filhos deixam de ser um objeto para passar a ser um sujeito dotado de direitos, dentre os quais destacamos o direito à filiação, à vida, à intimidade *et cetera*, conforme preceitua o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.2 A Guarda de menores

A palavra guarda advém da terminologia alemã *wargen* (guarda, espera) e é genericamente empregada para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração. Por seu turno, a locução “guarda de filhos” traduz-se como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, ou a um dos cônjuges, de ter seus filhos menores em sua companhia e, conseqüentemente, protegê-los².

Neste viés, o insigne professor Waldyr Grisard Filho assevera que para se definir o instituto da guarda faz-se necessário uma conexão com os elementos que a asseguram, assim é que “conectada ao pátrio poder, [...] surge, [...] como um direito-

² DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. p. 365-366 apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48-49.

dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, [...] e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas [...]”³.

A guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, bem como, de reger a sua conduta, traduzindo-se no dever de vigilância que atua decisivamente no desenvolvimento da personalidade do menor.

1.2.1 Evolução histórica da guarda no ordenamento jurídico pátrio

É relevante destacar que o instituto da guarda percorreu dois caminhos legislativos sujeitos, cada qual, a um ordenamento jurídico típico, vinculados na dissolução da sociedade conjugal, ou qualquer outra forma de união afetiva, e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, em linhas gerais, o cerne da presente monografia atém-se apenas aos casos ligados à dissolução sócio-conjugal ou uniões estáveis.

A primeira regra insculpida no Direito pátrio acerca do destino dos filhos de pais separados adveio no ano de 1.890, através do Decreto 181, que dispôs em seu artigo 90 que:

a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.⁴

³ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

⁴ BRASIL. Decreto nº 181, de 1890 apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

Em 1.916, o Código Civil inovou ao distinguir as hipóteses de concessão da guarda dos filhos em conformidade com o modo de dissolução da sociedade conjugal. Assim, dispôs que, para as situações amistosas, fosse observado o que os cônjuges previamente acordassem sobre a guarda dos descendentes (artigo 325), e, distintivamente, nos casos em que houvesse contenda judicial, que fosse analisado a ocorrência de culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura do casamento, o sexo e a idade dos filhos (artigo 326) ⁵.

Esquemáticamente, e, sobretudo, analisando os aspectos insculpidos no artigo 326, a guarda dos menores era assim deferida:

a) havendo cônjuge inocente, com este ficariam os filhos menores;

b) se ambos os cônjuges fossem considerados culpados, com a mãe ficavam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, pois, após essa idade, eram entregues à guarda do pai;

c) os filhos maiores de seis anos eram entregues ao pai;

d) por fim, havendo motivos graves, o juiz, única e exclusivamente a bem dos filhos, poderia deferir a guarda de maneira diversa.

Posteriormente, o Decreto-Lei 3.200/41⁶ disciplinou, em seu artigo 16, que a guarda do filho natural ficaria sob o poder do genitor reconhecente, entretanto, se ambos o reconhecerem, sob o poder do pai, salvo entendimento contrário do juiz e em consonância ao interesse do menor.

⁵ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. In: **SISLEX**: Sistema de Legislação, Jurisprudência e Pareceres da Previdência Social. [S.I.]: DATAPREV, 2007. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/11/1916/3071.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2007.

⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Planalto**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3200.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2007.

Na década de 60, foi promulgada a Lei 4.121⁷, a qual promoveu a ascensão da mãe nos casos em que houvesse litígio entre o casal acerca da guarda dos menores. Desta feita, se ambos os consortes fossem considerados culpados, à mãe era deferida a guarda das crianças, independentemente de idade ou sexo, salvo entendimento contrário do magistrado que estava autorizado a deferi-la a qualquer pessoa idônea da família dos cônjuges, assegurado, obviamente, o direito de visitas.

Seguindo a tendência da Lei 4.121/62, na década de 70, a Lei nº 5.582⁸ modificou o artigo 16 do Decreto-Lei nº 3.200/41 e lhe acrescentou parágrafos, os quais dispunham que ficaria sob a égide da genitora a guarda do filho natural reconhecido por ambos os cônjuges, salvo se de tal solução adviessem prejuízos ao menor.

Entretanto, expressivas mudanças foram vislumbradas com o advento da Lei do Divórcio nº 6.515/77⁹, dentre elas destacam-se:

a) na dissolução consensual continuaria sendo observado o que os cônjuges acordassem a respeito da guarda dos filhos (art. 9º);

b) nas separações não consensuais, o destino dos filhos obedeceria à seguinte ordem:

⁷ BRASIL. Lei nº 4.121, de 1962 apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

⁸ BRASIL. Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970. Altera o artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família. **Planalto**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/1970-1979/L5582.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2007.

⁹ 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. **Vade Mécum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1251-1254.

b.1) no caso especificado no *caput* do art. 5º, os menores ficariam sob a responsabilidade do cônjuge que não houvesse dado causa a separação (art. 10, *caput*);

b.2) ocorrendo o disposto no §1º do art. 5º, ficariam os filhos com o cônjuge em cuja companhia já se encontravam durante o tempo da ruptura da vida em comum (art.11);

b.3) finalmente, caso a separação fosse fundamentada no §2º do art. 5º, os descendentes ficariam sob a proteção do cônjuge que estivesse em condições plenas de assumir esta responsabilidade (art. 12).

Outro ponto relevante trazido pela Lei do Divórcio refere-se à separação litigiosa em que ambos os cônjuges forem considerados responsáveis, vez que, independentemente de sexo ou idade, os filhos menores ficarão sob a guarda da mãe, conforme regra insculpida no artigo 10, §1º.

Ratificou ainda a Lei em comento, os casos em que juiz, observando que os filhos não devem permanecer sob a vigilância tanto da mãe quanto do pai, poderá deferir a guarda à pessoa outra, notoriamente idônea, da família de qualquer dos casados (art. 10, §2º).

O que se observou com o advento desta Lei foi a mudança do núcleo para a análise de qual dos consortes seria o mais indicado a permanecer com a guarda de sua prole, haja vista, ter o legislador partido do pressuposto que melhor atendesse aos interesses dos menores. Assim, tais interesses, e não mais a autoridade paterna, passaram a ser o eixo da preocupação do juiz ao definir a guarda.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.583 a 1.590, em nada alterou as regras até então vigentes, conservando o princípio da preservação da prevalência dos interesses do menor.

1.2.2 Critérios de determinação

As questões inerentes à guarda dos menores surgem tão logo se iniciam as desavenças entre o casal, vez que, com o advento da ruptura conjugal os filhos deixarão de conviver com ambos os pais sob um regime igualitário de direitos e deveres que se estabelecem nas relações parentais.

Durante a existência do casamento, ou qualquer outra forma de constituição familiar, o exercício da guarda é comum sendo exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe. Com o rompimento aflora uma bipartição das funções parentais, ocasião em que as decisões passarão a ser tomadas unilateralmente pelo guardião, cabendo ao outro apenas o direito de visitas e vigilância dos filhos.

Nota-se que muito embora o conflito conjugal atinja diretamente a figura dos filhos, os pais têm que seguir cumprindo com seu bem comum familiar, qual seja, transmissão de valores para o desenvolvimento dos descendentes.

É conveniente frisar que na falta do acordo entre os genitores acerca da guarda, o magistrado utilizar-se-á de alguns critérios para o seu deferimento, dentre os quais, destaca-se o interesse do menor, a idade e o sexo, a união dos irmãos, a opinião do menor e, por fim, o comportamento dos pais.

Como já discorrido, a guarda visa primordialmente atender os interesses individuais e concretos do menor, que se traduzem na promoção dos anseios

material, moral, emocional, mental e espiritual do filho. Consubstanciado nestes aspectos, o juiz aparece como um agente que busca proteger e lograr pelo desenvolvimento e a estabilidade sócio-afetiva das crianças.

O fator sexual e etário foi suprimido do debate pela determinação da guarda com a revogação dos artigos 325 a 328 do Código Civil pretérito. Todavia, alguns juristas ainda continuam o considerando, em especial na fase conhecida como “primeira infância”, etapa da vida em que o filho de tenra idade (leia-se lactante) tem uma vinculação emocional maior com a genitora, por depender diretamente dela para fornecer o seu alimento, assim como, suprir a necessidade real de afeto e ternura inseridos na maternidade. Desta monta, afirma-se que a idade e o sexo do menor têm relevante incidência na medida em que fazem variar suas necessidades.

No que tange à separação dos irmãos, os psicólogos forenses não recomendam que eles sejam divididos entre os pais, haja vista enfraquecer a solidariedade e provocar uma dissensão profunda na família, já desestruturada. Contudo, quando se tornar impossível manter os irmãos unidos, recomenda-se que seja fixado um amplo e geral regime de visitas.

O critério de oitiva do menor vem sendo aplicado de forma tímida por nossos Tribunais, pois sua eficiência é objeto de críticas pelos aplicadores do direito. Sabe-se que, por não serem detentores de um juízo de opiniões, os menores são alvos fáceis de manipulação dos pais que, não muito raro, procuram seduzir a vontade dos filhos, com o intuito de que estes manifestem uma preferência (forçada) para estar sob sua guarda exclusiva. Assim, os Juízos de Famílias que fazem uso deste critério acreditam que ouvir a opinião do menor é uma atitude razoável para se

evitar que sejam prolatadas sentenças distanciadas da realidade a qual o filho encontra-se inserida.

E, o último critério disposto refere-se ao fator comportamental, onde serão consideradas tanto as condições materiais (profissão, renda e habitação) quanto às morais (idoneidade, caráter, ambiente social etc.) de ambos os progenitores, sendo o genitor detentor de uma conduta irregular, contrária a ordem e a moral familiar, afastado de deter a guarda dos menores para não influenciar no seu processo de formação. Ressalta-se, outrossim, que o aspecto financeiro não é fator suficientemente relevante para a fixação da guarda dos filhos; o que não raro ocorre é que o genitor não-guardião, que detém melhores condições, pague uma pensão mais elevada, de modo a compensar eventuais desequilíbrios.

1.2.3 Espécies de guarda

Muito embora não exista nenhum dispositivo legal em nossa legislação que discipline as diversas espécies de guarda e a regulamentação do direito de visitas, os insignes doutrinadores destacam a existência de quatro modelos de guarda de filhos: guarda única, guarda alternada, aninhamento ou nidação e guarda compartilhada.

Durante o curso da ação de separação, divórcio ou dissolução de união estável, ou até mesmo de regularização da guarda de filhos, pode o magistrado, analisando apenas as provas iniciais juntadas aos autos, deferir liminarmente a guarda provisória dos menores a um dos progenitores, visando precipuamente salvaguardar de forma transitória os direitos decorrentes da filiação, a qual, após um

exame minucioso de todos os critérios para sua atribuição será deferida de forma definitiva ao genitor que for considerado mais apto a exercê-la, cabendo ao genitor não-guardião apenas o direito de visitar e fiscalizar a criação proporcionada à prole. Este regime em que o menor é confiado a guarda de apenas um dos pais é conhecido como guarda única. Contudo, ainda que a sentença que atribua a guarda seja reconhecida como definitiva, esta, em verdade, é passível de modificação a qualquer tempo, à vista que a sentença que a conferiu a um dos pais não faz coisa julgada material. Outrossim, este modelo, conquanto muito utilizado em nosso meio, não se adéqua às necessidades do menor, pois provoca o afastamento progressivo do genitor não detentor da guarda.

Em linhas gerais, a guarda alternada consiste na possibilidade de cada um dos pais deter dentro de um espaço temporal (meses, quinzenas ou semanas) alternado a guarda do filho. Durante o período em que filho estiver com um dos pais, poderá o genitor não-guardião exercer todos os poderes-deveres de fiscalização e visitas integrantes do poder familiar. Esta modalidade de guarda é muito criticada no meio jurídico por prejudicar o princípio da continuidade da criação e, conseqüentemente, dificultar o bem-estar físico e mental da criança.

Por seu turno, no aninhamento ou nidação os pais se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores em períodos de tempo alternados. “Trata-se de um modelo surrealista e utópico”, consoante assevera o doutrinador Basílio de Oliveira¹⁰, pois esta acepção gera altos custos em face da necessidade de manutenção de três residências: uma para o pai, uma para a mãe e outra onde os filhos recebem os pais de tempos em tempos, de forma alternada.

¹⁰ OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2005, p. 141.

Finalmente, a guarda compartilhada surge como a fórmula mais recomendável de garantia da continuidade do bom relacionamento entre pais e filhos ante a dolorosa fragmentação familiar. Consiste este modelo em um “chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade, com a ampliação da convivência entre ambos e co-participação eqüânime na orientação da criação e educação do filho”¹¹. Significa assim discorrer que ambos os pais detêm os mesmos direitos e obrigações para com os filhos menores.

¹¹ OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2005, p. 141.

CAPÍTULO 2 – A GUARDA COMPARTILHADA

2.1 Noções introdutórias

Enquanto a família permanece una e a criança desfruta da convivência de ambos os genitores, os laços afetivos se solidificam, conferindo ao menor o direito de desfrutar de um seio familiar sadio. Todavia, é com a ruptura dos laços familiares que se inicia a crise, da qual os filhos são os mais prejudicados. A guarda que até então era exercida de forma conjunta, passa a ser disputada entre os pais, e, via de regra, acaba ficando a cargo de um deles, cabendo ao outro o exercício de um papel meramente secundário, qual seja, visitar, alimentar e fiscalizar.

É com a ruptura das bases familiares que surge o grande enigma acerca da atribuição da guarda: quem dentre os genitores possui a melhor estrutura para cuidar dos filhos? O pai ou a mãe? A resposta a este questionamento encontra duas vertentes. Ou decorre do acordo de vontade entre os progenitores, o que no meio doutrinário e jurisprudencial é tida como a mais ideal, pois evita o conflito e, conseqüentemente, seus reflexos negativos sobre a pessoa dos filhos; ou ela é atribuída a um deles por meio de sentença, interferindo assim o poder judiciário no ambiente familiar.

Atualmente, tanto a jurisprudência quanto a doutrina vem tentando minimizar os traumas que uma separação impõe aos filhos através do sistema de co-responsabilidade parental, que nada mais é que uma reaproximação dos pais

separados, para juntos exercerem a guarda de seus filhos e protegê-los dos sentimentos de desamparo e incertezas trazidos pela desunião.

2.2 Conceito

Embora o *Codex Civil* de 2002 não tenha recepcionado explicitamente o instituto da guarda compartilhada, uma ascendente corrente doutrinária, formada basicamente por juristas, psicólogos e sociólogos, vem questionando a outorga da guarda dos menores a um só dos personagens envolvidos numa separação.

De outro lado, o crescente desejo do genitor não-guardião de participar mais ativamente na criação de sua prole, tem motivado o desejo de ambos os pais de compartilharem a criação e a educação dos filhos.

Da leitura do vocábulo compartilhar extrai-se o entendimento de participar e partilhar.

É neste sentido que a guarda compartilhada aparece como “um dos meios de exercício da autoridade parental” em que “os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família”¹².

A guarda compartilhada além de buscar atenuar os impactos negativos que o rompimento familiar causa nos filhos, objetiva envolver, de forma conjunta, ininterrupta e solidária, os pais na criação e educação dos filhos.

2.3 Direito comparado

¹² FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

O instituto da guarda compartilhada surgiu há pouco mais de 02 (duas) décadas na Inglaterra e de lá trasladou para a Europa continental, encontrando sufrágio na legislação francesa. Pouco depois foi adotado pelo Canadá e Estados Unidos. E, mais recentemente, vem sendo desenvolvido na Argentina e no Uruguai.

As profundas transformações sociais ocorridas nas últimas décadas do século pretérito provocaram expressivas e substanciais mudanças nas legislações de países acerca da aferição da guarda, as quais buscam reequilibrar entre os pais o exercício do poder familiar e proporcionar aos filhos uma boa formação intelectual e moral.

Foi neste ímpeto que um grupo de trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas – ONU redigiu o documento conhecido por Convenção sobre os Direitos da Criança, em vigor internacional desde 02.09.1990.

O Congresso Nacional Brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 28/1990, ratificou a Convenção, tendo o poder executivo sancionado o seu texto através do Decreto nº 99.710, de 21.11.1990.

Esta supra referida Convenção sobreleva os interesses da criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade.

Interessante ainda ressaltar a recomendação esposada no artigo 9, parágrafo 3, da Convenção: “os Estados partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações

peçoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”¹³.

2.4 Direito brasileiro

Seguindo uma tendência mundial, o direito nacional vê no instituto da co-participação dos genitores na criação de seus filhos como a fórmula capaz de assegurar uma repartição eqüitativa no exercício da autoridade parental.

Neste contexto, a guarda compartilhada surge como uma medida eficaz que valoriza, sobretudo, o convívio entre o menor e seus pais, reservando a cada um dos progenitores o direito de participar das decisões mais relevantes que se referem às crianças, como a educação, a saúde, as questões psicológicas, as atividades extracurriculares, as viagens, as férias. Seu grande objetivo é minimizar os traumas psicoemocionais sofridos pelos filhos no processo de separação dos pais.

Como dito alhures, a guarda compartilhada não possui norma expressa em nosso ordenamento, tampouco é uma prática forense usual, mas, mostra-se lícita e absolutamente possível como o meio de salvaguardar uma estrita igualdade entre os separandos na formação e condução dos filhos.

Neste viés, é que ressaltamos que a Carta Magna de 1988 conferiu em seu artigo 5º, inciso I, uma igualdade de direitos e obrigações entre o homem e a mulher, e que o Estatuto Menorista garantiu ao menor o direito de participar da vida familiar e de ser criado e educado no seio de sua família (artigo 19).

¹³ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. **Senado Federal**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=1234377>>. Acesso em: 21 fev. 2007.

Da leitura desses dispositivos, é inegável dispor que, embora não tenha disciplinado de forma cristalina sobre a guarda compartilhada dos filhos, os legisladores a tornaram favorável quando concederam ao magistrado o direito de analisar o caso concreto e determinar o exercício da guarda do modo que melhor atenda as necessidades dos menores.

2.5 Conseqüências da guarda compartilhada

A guarda compartilhada tem o condão de reorganizar a desunião familiar advinda de uma separação, vez que o afastamento dos pais não deve repercutir no desempenho das funções parentais, para as quais não há divórcio.

Ressalta-se que essa modalidade de guarda visa, sobretudo, manter os laços afetivos entre pais e filhos, onde o menor, muito embora tenha um domicílio fixo, continua desfrutando do amor conjunto de seus genitores.

Com a desunião dos pais, os filhos precisam continuar mantendo um referencial, uma rotina; por isso, não devemos confundir o compartilhamento da guarda com alternância, pois esta só aumenta a sensação de insegurança e instabilidade na mente do menor.

Assim, o que se busca com a guarda compartilhada é o reequilíbrio do papel dos pais na tomada de decisões importantes a vida dos filhos, incentivando um contato freqüente e contínuo desses personagens.

A residência do menor continuará sendo única, contudo, nenhum obstáculo há que impeça o filho de passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe rigorosamente tais períodos de deslocamento.

Este sistema de co-responsabilidade permite que ambos os genitores deliberem sobre o programa geral de educação e manutenção de seus filhos.

No tocante aos alimentos, e por influência direta do artigo 1.703 do Código Civil, os pais separados, embora compartilhem a guarda de sua prole, contribuirão na forma de seus recursos para sua manutenção. Desta leitura, frisa-se que o pagamento das prestações alimentícias persistem no compartilhamento da guarda, cabendo ao genitor em cuja residência o menor não coabite o seu pagamento, com o intuito de contribuir com a manutenção de seu descendente.

Não se fala na guarda compartilhada em direito de visitas, pois o que se pretende neste novo modelo é dar continuidade ao relacionamento entre pais e filhos, existente antes da ruptura do casal, não o transformando em um simples esquema de visitas.

Por fim, ambos os pais serão solidariamente responsáveis por erro na educação ou falha no dever de vigilância, vez que possuem, conjuntamente, a obrigação de desempenhar e contribuir com a formação diária do filho.

2.6 Embasamento psicológico

É justamente com apoio na psicologia que nossas varas de família vem, cada vez mais, adotando o compartilhamento da guarda em processos de ruptura do casal.

Inegável dispor que para as crianças o divórcio dos pais representa uma diminuição da disponibilidade de relacionamento com o pai ou a mãe não-guardião,

gerando nos filhos diversos sentimentos que oscilam entre o medo, a raiva, até desaguar na culpa.

A situação é tão complexa que levou profissionais de diversas áreas (psiquiatria, psicologia, sociologia, pediatria, jurídica) a repensar um modelo que minimizasse os nefastos efeitos da saída de um dos pais do cotidiano do filho. É neste momento que surge o compartilhamento das responsabilidades parentais, buscando ensinar aos pais a continuarem agindo como pais mesmo após o divórcio.

Com muita sapiência Grisard Filho adverte que:

É importantíssimo que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divórcio suscita na criança: o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.¹⁴

Mais adiante o mesmo doutrinador coloca que:

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhes permite discutir os detalhes diários da vida dos filhos [...].¹⁵

Entretanto, cabe frisar que a guarda conjunta, ou compartilhada, dos filhos só tem eficácia quando os pais são capazes de discriminar seus conflitos conjugais do exercício da parentalidade; encarando, conseqüentemente, a complexa situação instaurada pela separação/divórcio com sapiência e responsabilidade.

¹⁴ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

¹⁵ *Ibidem*, p. 163.

Capítulo 3 – VANTAGENS E DESVANTAGENS

O cenário tradicional da mamãe mantedora do lar e do papai provedor das despesas não reflete mais nossa atual realidade. O panorama agora reflete a escalada feminina no mercado de trabalho, onde a cada dia a mulher tende a elaborar um plano que associe sua vida profissional com as funções maternas. Nesse mesmo aspecto, vislumbramos a figura paterna cada vez mais afetuosa e comprometida com a vida diária de seus filhos. Assim, temos que nos dias de hoje, as funções parentais entre os casais estão mais equilibradas.

Grisard Filho, ao analisar os deveres dos cônjuges para com seus filhos esculpidos na 1ª parte do artigo 229 da Carta Magna, dispôs:

[...], salta aos olhos a clara opção do legislador constituinte por um modelo de relacionamento familiar que envolva e responsabilize ambos os pais, na mesma medida e na mesma intensidade, nos cuidados dos filhos. E, quando os pais sentem-se eficientes em sua capacidade de trocar afeto com seus filhos, saberão manter esse envolvimento após o divórcio.¹⁶

Por isso, embora seja uma prática muito freqüente em nosso meio e que acarreta uma série de conseqüências nefastas, não podemos mais aceitar que os filhos de pais separados sejam vítimas da famosa “síndrome da alienação parental”, a qual é dinamicamente explicada pela nobre Desembargada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dra. Maria Berenice Dias:

[...], muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de

¹⁶ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 168.

descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Para isso cria uma série de situações visando dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “síndrome da alienação parental”: **programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa**. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.¹⁷

Após estas ponderações, passaremos a analisar as principais vantagens e desvantagens desse novo modelo de co-responsabilidade parental.

3.1 Vantagens

A guarda compartilhada proporciona aos pais o exercício igualitário e simultâneo de todos os direitos e deveres concernentes a pessoa dos filhos, favorecendo inclusive a tomadas conjunta de decisões entre pai e mãe separados.

Assim, quando os pais estão investidos do compartilhamento da guarda eles minimizam os problemas emocionais sofridos pelos filhos no processo de fragmentação da unidade familiar. Além disso, quando os pais cooperam entre si há a minoração dos sentimentos de perda e rejeição dos filhos.

Outrossim, a cooperação mútua dos genitores na criação de seus filhos eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os famosos conflitos de lealdade, na qual os filhos se vêem obrigados a escolher com qual dos pais deseja ficar.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **Prática Jurídica**, Brasília, DF, ano. V, n. 52, p. 30-32, jul. 2006, p. 31. Grifamos.

De forma dinâmica, os pesquisadores Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki elaboraram um esquema que sobressalta de forma pragmática as vantagens encontradas tanto para os pais como para os filhos no compartilhamento da guarda.

Tabela 1 – Vantagens para os pais e para os filhos

PAIS	FILHOS
a) Ambos os pais se mantêm guardadores;	a) Convivência igualitária com cada um dos pais;
b) qualificação na aptidão de cada um deles;	b) inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais;
c) equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional;	c) não há pais periféricos;
d) compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho;	d) maior comunicação;
e) maior cooperação.	e) menos problemas de lealdades;
	f) bom modelo de relações parentais. ¹⁸

Por fim, e muito embora não seja um modelo acabado e perfeito, pois a própria família original do menor também está suscetível a cometer erros, a guarda conjunta esboça a realidade contemporânea e assegura uma continuidade na relação entre pais-filhos, onde ambos os genitores são responsáveis pela educação e criação dos menores; assim como, confere aos filhos o direito de manter a ligação emocional com seus pais existente antes da ruptura.

¹⁸ OPPENHEIN, R.; SZYLOWICHI, S. Partir o compartir la tenencia. Es posible compartir la tenencia de los hijos em caso de divorcio? Derecho de família – Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, v. 5, p. 77-78 apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

3.2 Desvantagens

Considerando que nada no direito é absoluto, há uma corrente doutrinária que discorda das benéficas trazidas pela dupla custódia da guarda, em especial porque, na maioria dos casos, a confundem com a alternância da guarda.

Autores como Segismundo Gotijo se posiciona contra este modelo por entender que os filhos se transformariam em meros “iôôs”, sem um referencial familiar, pois ora estariam com o pai e ora com a mãe¹⁹.

Outra opositora do modelo é a jurista Eliana Riberti Nazareth que adverte que as crianças necessitam de um contexto estável para delinear sua personalidade²⁰.

Contudo, ambos doutrinadores não se atentaram para o fato de que seus anseios refletem unicamente na alternância de guarda e não no seu compartilhamento. Na alternância sim é que os filhos ficam sem referencial fixo, pois ora estão sob a égide da genitora ora do genitor. No compartilhamento da guarda, como outrora disposto, os filhos continuam, e necessitam continuar, tendo uma residência fixa (única e não alternada), pois o que será compartilhado é a responsabilidade dos pais para com seus filhos, tal como ocorre na sociedade familiar antes da fragmentação.

¹⁹ GONTIJO, S. Guarda de Filho. COAD-ADV, n. 44, p. 563-564 apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177-178.

²⁰ NAZARETH, E. R. Com quem fico, com papai ou com a mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: Direito de família e ciências humanas, p. 83 apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 178-179.

Assim como no quesito vantagens, Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki fazem um extrato das críticas apontadas na adoção deste instituto.

Tabela 2 – Desvantagens para os pais e para os filhos

PAIS	FILHOS
a) Maiores custos (moradias apropriadas); b) permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar; c) constante adaptação; d) necessidade de emprego flexível.	a) Adaptação a duas moradias; b) problemas práticos ou logísticos. ²¹

Contudo, como dispusemos anteriormente, nenhum desses quesitos é suficientemente relevante para a não concessão da guarda compartilhada dos filhos. Destaca-se, outrossim, que tanto a doutrina como a jurisprudência são uníssonas ao dispor que apenas quando os pais não conseguem desassociar seus conflitos pessoais do exercício afetivo da paternidade/maternidade de seus filhos é que esta co-responsabilidade de guarda não deverá ser aplicada.

3.3 Entendimento jurisprudencial

A jurisprudência de nossos Tribunais de Justiça vem, de forma ainda tímida, adotando o presente modelo para os casos em que os pais separados convivam

²¹ OPPENHEIN, R.; SZYLOWICHI, S. Partir o compartir la tenencia. Es posible compartir la tenencia de los hijos em caso de divorcio? Derecho de familia – Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, v. 5, p. 77-78 apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180.

solidária e amistosamente entre si, reforçando inclusive que na fixação da guarda deverá sempre salvaguardar os interesses do menor.

É neste sentido que julgados de todo o país enriquecem a discussão acerca do tema e de certa forma mostram as vantagens para a fixação da guarda compartilhada e suas características basilares.

A fim de ilustrar colacionamos o entendimento majoritário de alguns Tribunais de Justiça, iniciando pelo TJMG que define de forma objetiva o que vem a ser o modelo da guarda compartilhada:

(TJMG-048061) SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL – GUARDA COMPARTILHADA – INTERESSE DOS MENORES – AJUSTE ENTRE O CASAL – POSSIBILIDADE.

Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser um forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos.

(Apelação Cível nº 1.0024.03.887697-5/001, 4ª Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Hyarco Immesi. j. 09.12.2004, unânime, Publ. 24.02.2005).²²

Outro ponto de destaque é mostrado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul que delinea que em casos de desavenças entre os genitores a fixação do compartilhamento da guarda está fadada ao insucesso.

(TJRS-291676) AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA.

1. Pequenas são as chances de bom êxito no estabelecimento de guarda compartilhada e, no caso dos autos, praticamente certo é o seu insucesso, uma vez que do relato da petição do recorrente se percebe as dificuldades em superar a ruptura da relação de casamento, em geral recoberta de mágoas e ressentimentos.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processual Civil. Apelação Cível nº 1.0024.03.887697-5/001. Relator: Hyarco Immesi. Belo Horizonte, MG, 09 de dezembro de 2004. **Anais...** JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 92, jan./fev. 2007. 2 CD-ROM.

2. Esta circunstância faz fracassar a convivência pós-separação livre de conflitos e prejudica o projeto de guarda compartilhada que exige um nível de relacionamento ausente entre os litigantes.

3. O desejo paterno de convivência com os filhos e a consideração aos melhores interesses das crianças autorizam que seja ampliada a escala de visitas, com inclusão de um dia a mais na semana. Por maioria, deram provimento para ampliar o regime de visitação, vencida a presidente que dava provimento para instituir a guarda compartilhada.

(Agravo de Instrumento nº 70014577217, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. j. 10.05.2006).²³

Ainda neste sentido, temos a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

(TJDFT-066403) PROCESSO CIVIL – FAMÍLIA – GUARDA COMPARTILHADA – INTERESSE DO MENOR – SITUAÇÃO FINANCEIRA DO PAI – RECURSO IMPROVIDO.

1) Não há que se manter a guarda compartilhada quando os pais não têm uma convivência harmônica, chegando inclusive a agressões físicas. Tal instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação brusca do casal. Contudo, verificando que os genitores não conseguem manter um nível de civilidade suficiente, não é possível que a criança seja prejudicada emocionalmente pela relação tormentosa dos seus genitores.

2) O instituto da guarda deve atentar para o interesse do menor, não sendo possível conferir este direito a um dos pais, quando esta pretensão se baseia em fins meramente financeiros.

(Apelação Cível nº 20030310172570 (246893), 3ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Aquino Perpétuo. j. 20.03.2006, unânime, DJU 04.07.2006).²⁴

E, como não poderia ser diferente, nosso Tribunal de Justiça Estadual vem se comportando em consonância com o resto do Brasil e determinando o compartilhamento da guarda apenas quando esta traga benefícios ao menor, sempre buscando atender a teoria do interesse dos filhos (Apelação Cível/Reexame de Sentença nº 20043001470-6 (57342) e Agravo de Instrumento nº 200330058698).

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processual Civil. Agravo de Instrumento nº 70014577217. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 10 de maio de 2006. **Anais...** JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 92, jan./fev. 2007. 2 CD-ROM.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processual Civil. Apelação Cível nº 20030310172570 (246893). Relator: Aquino Perpétuo. Brasília, DF, 20 de março de 2006. **Anais...** JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 92, jan./fev. 2007. 2 CD-ROM.

Isto posto, convém frisar que a doutrina e a jurisprudência dominantes estão caminhando de forma uníssonas no sentido de sensibilizar os pais de que o melhor para seus filhos seriam continuar contando com a presença de ambos no seus processos individuais de formação. Mas, para que isto ocorra, faz-se necessário que os pais separados desvinculem seus conflitos pessoais advindos da fragmentação familiar da criação de sua prole.

3.4 O projeto de lei nº 6.350/2002

Quando o projeto de lei de autoria do Deputado Federal Tilden Santiago, com apoio das Associações de Pais e Mães Separados – APASE e Pais para Sempre, foi apresentado à Câmara dos Deputados, o novel Código Civil tramitava em fase final; por isso, não chegou a abranger em seus artigos nenhum texto que faça alusão específica a guarda compartilhada de filhos.

Após essa iniciativa, outras associações surgiram com o intuito de contribuir na luta pela participação conjunta dos pais na criação dos filhos, vítimas do processo de dissolução da união do casal, dentre as quais vale destacar: a Associação Pai Legal, de âmbito nacional; a Associação “ParticiPais”, com sede em Brasília/DF; e o Movimento pela Guarda Compartilhada Já.

Desta feita, o aludido projeto, o qual sofreu singelas adaptações da Comissão de Seguridade Social e Família, bem como, da Comissão de Constituição e Justiça, define o que vem a ser o instituto da guarda compartilhada através da inserção de parágrafos e modificação da redação dos artigos 1.583 e 1.584, ambos do Ordenamento Civil Nacional, que passariam a vigorar da seguinte forma:

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.

§ 1º. – Na audiência de conciliação, o juiz explicará para as partes o significado da guarda partilhada [sic], 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. – Os termos do sistema de guarda compartilhada, deverão ser estabelecidos de comum acordo pelos pais.

Art. 1.584- Decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído o sistema da guarda compartilhada.

§ 1º. – Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

§ 2º. – Deverá ser nomeada equipe interdisciplinar composta por 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, no prazo máximo de 60 dias.

§ 3º. – Na impossibilidade do cumprimento do § 2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar referente a jurisdição da Comarca para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 60 dias.²⁵

Atualmente, o projeto de lei encontra-se no Senado Federal para análise; e, após a aprovação deste, seguirá para a sanção do presidente da República.

Utopia ou não, nossa sociedade clama por mudanças. Os filhos de uma ruptura não podem ficar a espera de “pais de finais de semanas” ou “mães de feriados”.

É hora de pais e mães separados redefinirem seus papéis e se tornarem participativos na criação de seus filhos, que, por seu turno, só necessitam continuar desfrutando do amor, do carinho e da companhia dispensados antes da fragmentação da família.

²⁵ ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS. Breve histórico da guarda compartilhada. **.Net**, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/41201-historico.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2007.

CONCLUSÃO

O número de divórcios nunca atingiu um número tão significativo como o encontrado nas últimas décadas. O casamento não é mais visto como eterno, como era no início do século passado.

Essa mudança comportamental deve-se a maior independência conquistada pela figura feminina, que deixou de ser um mero objeto de prazer e subserviência aos mandos e desmandos masculinos, para se transformar em heroína, guerreira e capaz de executar tudo aquilo que durante anos foi considerado atividade inerente aos homens.

Nos dias de hoje, não há mais espaço para as famosas “mamães donas de casa” e a consequência disto é a diminuição contumaz do número de mulheres que se dedicam exclusivamente a desempenharem as atividades maternas.

É justo nesse momento de ascensão feminina no mercado de trabalho que surge o homem como um ser participativo na criação de seus filhos, equilibrando assim as responsabilidades filiais entre pais e mães.

Essa participação masculina na criação da prole deu margem a contenciosas disputas judiciais acerca da guarda dos filhos, no momento da separação do casal.

Durante anos predominou a responsabilidade da guarda a apenas um dos genitores, cabendo ao não-guardião o direito de fiscalizar a educação proporcionada aos filhos, visitar (geralmente, nos finais de semanas) e prestar alimentos para a manutenção de sua prole.

Contudo, nesse método de exercício único, a criança vai, paulatinamente, perdendo a afetividade com o genitor não detentor da guarda.

A guarda compartilhada, então, aparece como uma forma de resgatar os laços familiares existentes durante a união familiar.

Muito utilizado nos países europeus e norte americanos, a guarda compartilhada traz uma série de benefícios tanto para menor quanto para os pais. Ela (guarda compartilhada) tem o condão de minimizar os traumas sofridos pelo menor, assim como, os sentimentos de rejeição e perda.

No Brasil, ainda não é uma prática recorrente; embora, já venha sendo admitida em nossas Varas de Direito de Família. Ressalta-se, todavia, que a fixação do modelo de co-responsabilidade dos pais na criação dos filhos apenas é admitida quando subsiste uma relação harmoniosa entre o casal de separandos.

Muitos confundem o compartilhamento da guarda com sua alternância. O que ocorre nesta é uma divisão do tempo do filho com cada um de seus pais, fator não recomendado por especialistas das áreas da psicologia e da assistência social, vez que o menor acaba perdendo seu referencial de educação e moradia.

No compartilhamento, os filhos continuam tendo uma residência fixa, porém ambos os genitores são responsáveis em promover sua criação e educação. É o que usualmente chamamos de participação ativa de ambos os pais.

O casal de pais não pode esquecer que o que deixa de existir com a separação é a relação conjugal entre eles e não a relação afetiva para com seus filhos.

Visando unicamente defender os interesses do menor, o Projeto de Lei nº 6.350/2002, o qual ainda espera aprovação do Senado Federal, busca inserir na legislação civil o modelo de guarda em comento, onde caberá ao magistrado explicar e incentivar a adoção do compartilhamento da guarda.

Cabe a nós torçemos para que os pais se conscientizem que os filhos precisam continuar desfrutando do amor de ambos durante o seu processo de formação, bem como, que os aplicadores do direito acreditem que o compartilhamento fomentará um melhor vínculo entre a família fragmentada, aumentando, conseqüentemente, a responsabilidade parental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sylvia Mendonça do. Guarda de menores – o que é melhor para a criança? **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, ano. X, n. 236, p. 12, nov. 2006.

ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS. Breve histórico da guarda compartilhada. **.Net**, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/41201-historico.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2007.

ASSOCIAÇÃO PAI LEGAL. Câmara aprova lei da guarda compartilhada. **Net**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold=1149951827>>. Acesso em: 9 jul. 2006.

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada X guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos. **Jus Navigandi**, Teresina, set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>. Acesso em: 03 out. 2005.

BRASIL. **Código Civil**. Coordenação por Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. **Senado Federal**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=1234377>>. Acesso em: 21 fev. 2007

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Planalto**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3200.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. In: **SISLEX**: Sistema de Legislação, Jurisprudência e Pareceres da Previdência Social. [S.l.]: DATAPREV, 2007. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/11/1916/3071.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970. Altera o artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família. **Planalto**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/1970-1979/L5582.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2007.

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. **Vade Mécum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1251-1254.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processual Civil. Apelação Cível nº 20030310172570 (246893). Relator: Aquino Perpétuo. Brasília,

DF, 20 de março de 2006. **Anais...** JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 92, jan./fev. 2007. 2 CD-ROM.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processual Civil. Apelação Cível nº 1.0024.03.887697-5/001. Relator: Hyparco Immesi. Belo Horizonte, MG, 09 de dezembro de 2004. **Anais...** JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 92, jan./fev. 2007. 2 CD-ROM.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processual Civil. Agravo de Instrumento nº 70014577217. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 10 de maio de 2006. **Anais...** JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 92, jan./fev. 2007. 2 CD-ROM.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **Prática Jurídica**, Brasília, DF, ano. V, n. 52, p. 30-32, jul. 2006.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIÚZA, César. **Direito Civil Curso Completo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 943-945.

FRAGA, Thelma. **A Guarda e o Direito à Visitação sob o prisma do Afeto**. Niterói: Impetus, 2005.

GOMES, Érika Fabíola Silva. Guarda única traz prejuízos ao desenvolvimento da criança. **Net**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold=-1462494974>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2005, p. 73-160.

RIBEIRO, Fernando. Separação: Quem deve ficar com os filhos?. **Net**, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/fernandosepara.htm>>. Acesso em: 13 out. 2005.

RODRIGUES, Sílvio Paulo Brabo; RODRIGUES, Oirama Valente Santos Brabos. **Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente – Doutrina, Jurisprudência, Prática e Legislação**. Belém: Cejup, 1997, p.19-61.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Direito de Família**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271-281. 6 v.

VIEIRA, Liliane dos Santos. **Pesquisa e Monografia Jurídica na Era da Informática**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

VILELA, Sandra Regina. O que é guarda compartilhada?. **Net**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold=1145223686>>. Acesso em: 26 dez. 2006.