

ROBERTA FRAZÃO SILVA

Guarda Compartilhada: A Aplicabilidade do Instituto

Bacharel em Direito

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009

ROBERTA FRAZÃO SILVA

Guarda Compartilhada: A Aplicabilidade do Instituto

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS**

2009

Folha de Aprovação

Assis, ____ de _____ de ____

Assinatura

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior _____

Examinador: Sérgio Augusto Frederico _____

Dedicatória

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele nada seria possível. Para aqueles que mais amo, meus pais Suelly e José Marcos, e à minha irmã Marcela por todo esforço, dedicação, amor, compreensão e incentivo em todos os momentos de minha vida, inclusive nesta caminhada. Ao meu namorado Gustavo por toda sua paciência, carinho e apoio incondicional. E aos amigos que de alguma forma tornaram mais fácil este caminho.

Agradecimentos

Agradeço a meus pais pelo amor incondicional e confiança depositados durante estes anos. À Dra Maria Aparecida Frazão Zunta, minha prima, com quem pude contar com enorme ajuda. Ao Dr. José Meirelles Filho, presidente da OAB de Cândido Mota, pela ajuda na escolha do objeto de pesquisa. Às assistentes sociais do Fórum, em especial a assistente Carmen Silvia Rigueti, pela colaboração. Ao Professor Jesualdo Eduardo de Almeida Junior pela orientação. E a minha chefe Silvia Maria de Abreu Zanchetta, por toda paciência e compreensão sem tamanho. Obrigada.

Sumário

Introdução.....	08
I - Breve Histórico da Guarda.....	10
1.1 – Conceito de Guarda.....	12
1.2 – Principais Tipos de Guarda.....	13
1.2.1 - Guarda Comum.....	13
1.2.2 - Guarda Desmembrada e Delegada.....	14
1.2.3 - Guarda Derivada.....	14
1.2.4 - Guarda de Fato.....	14
1.2.5 - Guarda Provisória	15
1.2.6 - Guarda Definitiva.....	15
1.2.7 - Guarda por Terceiro.....	16
1.2.8 - Guarda Jurídica e Guarda Material.....	16
1.2.9 - Aninhamento ou Nidação.....	16
1.2.10 - Guarda Alternada	16
1.2.11 - Guarda Compartilhada.....	17
II - Guarda Compartilhada.....	18
2.1 - Conceito.....	18
2.2 - Evolução Histórica.....	21
2.3 - Direito Comparado.....	24
2.3.1 – No Direito Inglês.....	24
2.3.2 – No Direito Canadense.....	24
2.3.3 – No Direito Americano.....	24
2.3.4 – No Direito Francês.....	25
2.4 - Previsão Legal.....	26
III - Aplicabilidade da Guarda Compartilhada.....	30
3.1 Fundamentos Psicológicos.....	30
3.2 Consequências da Guarda Compartilhada.....	33
3.3 Vantagens e Desvantagens do Instituto.....	35
3.4 Contra-indicações do Instituto.....	40
3.5 Visão Psicossocial.....	41
3.6 Aplicação pelo Judiciário.....	42
Considerações Finais.....	45
Referencias.....	48
Anexos	
Anexo 1 – Lei nº 11.698/2008 de 13 de junho de 2008	

Resumo

Desenvolveu-se neste trabalho um estudo sobre o instituto da guarda compartilhada e sua aplicabilidade diante a realidade brasileira. O objetivo é analisar a atribuição da guarda dos filhos menores quando ocorre ruptura dos laços conjugais, apontando as vantagens, desvantagens e conseqüências do novo modelo de guarda, através de comparação com o tradicional modelo de guarda única, comumente aplicado. Pretende-se demonstrar a importância da manutenção dos laços afetivos dos filhos com ambos os genitores, a fim de atenuar possíveis efeitos negativos produzidos pela dissolução do lar. Visa também à proteção aos direitos e interesses dos menores, garantindo-lhes um crescimento e um desenvolvimento saudável.

Palavras chave

Guarda Compartilhada. Proteção. Menor. Poder Familiar.

Abstract

Developed in this work a study on the office of shared custody ahead and its applicability to the Brazilian reality. The objective is to review the award of custody of minor children when marital break ties, pointing out the advantages, disadvantages and consequences of the new type of guard, by comparison with the traditional model of sole custody, usually applied. It is intended to demonstrate the importance of maintenance of affective bonds to children with both parents in order to mitigate possible negative effects produced by the dissolution of the home. It also aims to protect the rights and interests of children, ensuring them a healthy growth and development.

Keywords

Shared custody. Protection. Minor. Family power.

Introdução

Com a evolução dos tempos e conseqüentemente a evolução da sociedade, a estrutura familiar vem sofrendo inúmeras transformações; com o passar dos anos, a separação entre os casais se torna cada vez mais frequente. Culturalmente, a guarda dos filhos é atribuída exclusivamente á um dos genitores, geralmente à mãe.

Diante de tantas transformações, os pais começam a buscar seus direitos e exigirem o convívio com a prole; porém, sendo aplicada a guarda única, um dos genitores permanecerá privado do contato cotidiano com os filhos.

O instituto da guarda compartilhada surge para atender as necessidades deste novo modelo de família, para que ambos os genitores, mesmo após a ruptura dos laços conjugais, possam permanecer presentes na vida dos filhos. Afinal, o não possuidor da guarda física não se limitará mais às visitas periódicas, e à participação como mero fiscalizador na vida dos menores.

Com o compartilhamento ambos participariam efetiva e conjuntamente da vida dos filhos, levando-se sempre em conta o melhor interesse do menor, o seu convívio familiar, o seu bem estar e a sua saúde mental. Além de respeitar a igualdade entre homens e mulheres, tanto nas suas obrigações quanto nos seus direitos, mas priorizando a preocupação em relação à proteção do desenvolvimento emocional e psicológico da criança.

O presente estudo tem como objetivo analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada e suas conseqüências após a separação do casal; bem como suas vantagens, desvantagens e manifestações tanto doutrinárias como jurisprudenciais.

Para tanto se traz um breve histórico da evolução e dos tipos de guarda, buscando compará-las e diferenciá-las da guarda compartilhada.

Demonstram-se também os benefícios proporcionados pelo compartilhamento, quando este é possível, e os casos em que sua aplicação não é aconselhável ou até inviável, bem como a importância do convívio dos filhos com ambos os genitores para um desenvolvimento saudável.

Dessa forma, esta monografia estrutura-se em três capítulos.

O primeiro deles expõe o surgimento e o conceito de guarda, e uma breve conceituação dos principais tipos.

No segundo capítulo buscou-se fazer uma análise mais profunda sobre o tema escolhido; conceituando, analisando seu desenvolvimento e sua aplicabilidade no direito comparado, bem como sua previsão legal em nosso direito.

O terceiro capítulo discorre sobre a aplicabilidade do instituto e suas consequências, abordando aspectos psicológicos, sociais e jurídicos para analisar sua viabilidade. Verificou-se também as vantagens, desvantagens e contra-indicações geradas pelo novo modelo de guarda, e como ela vem sendo aplicada pelo judiciário.

Para conclusão deste trabalho monográfico uma ampla pesquisa bibliográfica foi realizada, utilizando-se de especialistas deste ramo do direito, bem como de profissionais das áreas sociais do Poder Judiciário, além de pesquisas jurisprudenciais, para verificação da aplicação prática pelo judiciário.

Enfim, expõe-se um estudo sobre a guarda compartilhada e sua aplicabilidade diante da realidade brasileira.

I - Breve Histórico da Guarda

Para melhor compreensão do instituto da Guarda Compartilhada, é necessário fazer uma breve análise da evolução do poder familiar no direito brasileiro a partir do Código Civil de 1916 até a contemporaneidade.

Inicialmente o Código Civil de 1916 era baseado no modelo patriarcal, o pai era o chefe da família, basicamente rural, responsável pelo sustento da casa. À mulher, cabia o papel da criação dos filhos e os afazeres domésticos, não tendo influência nos outros assuntos do lar.

Com a urbanização, o homem já não conseguia mais manter o sustento de sua família sozinho, necessitando, assim, que a mulher também trabalhasse de forma a colaborar com as despesas da casa. Dessa forma, as mulheres foram, aos poucos, abandonando sua submissão e participando cada vez mais das decisões do lar. Com essa nova estrutura familiar, o pai deixou de preocupar-se tão somente com as necessidades econômicas e passou a participar da criação e educação da prole.

O Código Civil de 1916 não previa a dissolução do casamento; quando ocorria o desquite, a guarda dos filhos era entregue para o cônjuge inocente, como uma forma de prêmio a ele, e de punição ao causador da separação da família. Da mesma forma, a Lei do Divorcio favorecia o cônjuge inocente; a prioridade não era o direito da criança, e sim a manutenção do matrimônio.

Uma nova concepção surge quando a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da igualdade, trazendo o artigo 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”¹; e assegurou, em seu artigo 226, parágrafo 5º;

¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). In: VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

igualdade aos cônjuges, no que se refere ao cumprimento desses direitos e obrigações, durante a sociedade conjugal: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”².

Posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente aprofundou-se mais no tema. O ECA destacou os direitos fundamentais e priorizou o interesse das pessoas de zero a dezoito anos; também ditou paradigmas para que esses direitos pudessem ser respeitados.

Com todas essas mudanças, o chamado “pátrio poder”, que era baseado no modelo patriarcal, onde todas as decisões eram tomadas pelo marido, abre espaço para um novo modelo de família, onde responsabilidades e deveres são divididos. Também é deixado de lado o autoritarismo do pai na educação e criação dos filhos, para uma relação de afeto e confiança entre eles. Surge então, o que chamamos de poder familiar.

Maria Helena Diniz conceitua poder familiar:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor e não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os cargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.³

O Código Civil de 2002 traz a expressão “poder familiar”, em substituição à “pátrio poder”, atribuindo a ambos os cônjuges os direitos e as obrigações de exercerem esse poder familiar. Independentemente de permanecerem em união ou não, têm o dever de participarem da formação moral e educacional, e de todos os aspectos referentes à vida de seus filhos.

Enquanto a família permanece unida, os filhos desfrutam de seus dois genitores. Porém, como é de fácil percepção, as separações entre os casais estão se tornando cada vez mais frequentes, e com elas surgem os conflitos em relação à guarda dos filhos. Mas a dissolução dos vínculos afetivos dos genitores não pode comprometer o exercício do poder familiar, pois mesmo com o fim do casamento, os direitos e os deveres em relação à prole devem permanecer os mesmos. Infelizmente não é o que ocorre.

² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). In: VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.512.

Com o fim do casamento e a ruptura do lar, a autoridade parental, antes exercida pelo pai e pela mãe, se concentra apenas em um dos genitores, e outro passa a exercer papel secundário na vida dos filhos, que corresponde a visitas, ao pagamento de alimentos e fiscalização.

A separação dos cônjuges, mesmo que de forma consensual, afeta diretamente a vida dos filhos, que são quem mais sofrem durante esse processo, pois há uma modificação em sua organização cotidiana, e perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional.

Todas essas mudanças fazem com que as crianças se sintam rejeitadas e solitárias no mundo. É necessário então, buscar um equilíbrio entre os direitos e obrigações de cada um dos pais, de forma a garantir o melhor interesse do menor. Dessa forma, surge o problema da guarda, a quem ela deve ser atribuída? Essa questão pode ser resolvida simplesmente por acordo entre os pais, ou em caso de conflito, por determinação judicial. É importante ressaltar, que mesmo que haja consenso em relação a guarda, é necessária a confirmação judicial, podendo o juiz recusar-se a concedê-la em prol dos interesses dos menores.

Há que se observar, que o fato do filho residir com um dos pais, não significa dizer que o outro perdeu sua guarda; ambos continuam detentores do poder familiar, o filho vive com um, mas ao outro é garantido o direito de visitas, o que diminui significativamente sua participação nas atividades cotidianas da criança. Mesmo assim, o não guardião mantém a guarda jurídica do filho, ou seja, tem o direito e o dever de fiscalizar sua manutenção e educação.

1.1 - Conceito de Guarda

A expressão guarda significa dizer que será atribuído um conjunto de direitos e obrigações ao genitor guardião da prole, e que ele ficará então, responsável por seu desenvolvimento e crescimento saudável.

Guilherme Gonçalves Strenger conceitua guarda:

A guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.⁴

Diante de uma situação de conflito entre os genitores, a principal questão a ser resolvida é a da guarda. Os filhos não podem se tornar objeto de disputa. Compete ao juiz analisar qual dos genitores possui melhores condições de criar os filhos. E condições, neste caso, não quer dizer melhor situação econômica, mas sim, aquele que está psicologicamente e emocionalmente mais preparado para receber a guarda dos menores.

Conforme ensina Waldyr Grisard Filho:

Qualquer corte ao decidir sobre a guarda indagará acerca dos melhores interesses da criança. O juiz considerará muitos fatores relativos ao bem-estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor. O meio econômico não é o fator decisivo. Se a criança tem mais de doze anos, o juiz considerará também a sua vontade, que não tem, entretanto, o direito de fazer a decisão por si mesmo.⁵

A conduta moral também é outro fator muito importante na atribuição da guarda, afinal, o guardião deve servir de exemplo e transmitir valores e princípios morais fundamentais para boa formação dos filhos.

Ao definir-se a guarda os interesses dos filhos devem ser priorizados, levando-se em consideração todas as suas necessidades.

1.2 - Principais Tipos de Guarda

1.2.1 - Guarda Comum

A guarda comum é aquela que ocorre na constância do casamento, ou seja, é aquela exercida pelos pais em conjunto, dividida de forma igualitária em meio a estrutura e organização familiar.

⁴ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.32.

⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 129.

De acordo com Waldyr Grisard Filho:

A chamada guarda comum, consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada assim ai pátrio poder não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei, senão preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício.⁶

1.2.2 - Guarda Desmembrada e Delegada

Esse tipo de guarda ocorre com a intervenção do Estado, por meio do Juizado da Infância e da Adolescência, que impõe a guarda do menor àquele que não a detém, para protegê-lo. Também é delegada, pois é exercida por quem não tem representação do menor ou adolescente, em nome do Estado.

1.2.3 - Guarda Derivada

Essa modalidade de guarda deriva-se de outro instituto do Código Civil; provem daquele que exerce a tutela do menor, como nos mostra Waldyr Grisard Filho:

Guarda derivada é a que surge da lei, através dos artigos 407,409 e 410 do CC, e corresponde a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja pó um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme artigo 30 do ECA.⁷

1.2.4 - Guarda de Fato

Esse tipo de guarda origina-se no momento que a pessoa toma para si todas as responsabilidades e cuidados com a educação e assistência do menor, sem atribuição ou comunicação do Estado. Basta ter consigo o exercício do poder de assistência do menor, não é necessário ser um dos genitores.

⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 73.

⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 74.

Waldyr Grisard Filho define a guarda fática:

Aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais e tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações à guarda desmembrada, como assistência e educação.⁸

É o tipo de guarda que ocorre informalmente, quando, por exemplo, os avós acabam assumindo a criação dos netos, sem regularizar a situação legal.

1.2.5 - Guarda Provisória

Também conhecida por guarda temporária, ocorre quando surge necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores durante o processo de separação ou divórcio; tem a finalidade de organizar a vida familiar.

É uma medida provisória, podendo ser alterada a qualquer tempo; e apenas torna-se efetiva, depois de examinados todos os critérios para atribuição de guarda, e constatado que aquele é o genitor mais apto ao seu exercício.

1.2.6 - Guarda Definitiva

Ocorre através de sentença, que homologa ou decreta a dissolução do vínculo conjugal. Porém, essa definitividade é relativa, pois caso seja necessário, a guarda poderá ser modificada.

Para Waldyr Grisard Filho:

A guarda nunca é definitiva, pois seu regime há de seguir a evolução das circunstâncias que envolvem a vida dos personagens. O interesse do menor há de ser satisfeito sempre primordialmente.⁹

⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 74.

⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 75.

1.2.7 - Guarda por Terceiro

Possibilidade que o Juiz possui de entregar a guarda do menor a uma terceira pessoa, que não seja os genitores. Só deve ser concedida em casos extremos, visando sempre evitar a separação entre pais e filhos.

O guardião fica responsável pela assistência moral, material e educacional do menor, tendo o direito também de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

1.2.8 - Guarda Jurídica e Guarda Material

Durante a constância do casamento, ambos os genitores possuem o poder parental; com a separação, nenhum dos dois perde esse poder, a guarda apenas dissocia-se.

O genitor que fica com a guarda dos filhos, possui não apenas a guarda material, mas também a guarda jurídica, tendo a responsabilidade de resolver as questões de interesse do menor. Ao outro genitor, cabe a fiscalização dessas decisões.

1.2.9 - Aninhamento ou Nidação

Este é um modelo de guarda pouco prático, e dificilmente atribuído, pois nesta modalidade o filho possui uma residência fixa, e os pais que se revezam, mudando para a casa do menor por determinado período de tempo.

1.2.10 - Guarda Alternada

Neste modelo, o menor mora um período de tempo com a mãe e outro período com o pai. O genitor que estiver durante esse período pré-estabelecido com o menor, é quem vai exercer os direitos e deveres referentes à guarda.

Para Waldyr Grisard Filho:

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica a alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio da “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.¹⁰

O período que o menor passará com cada um dos pais, ficará estabelecido durante o processo de separação.

1.2.11 - Guarda Compartilhada

Waldyr Grisard Filho conceitua a Guarda Compartilhada como:

Significa que ambos os pais possuem os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.¹¹

Essa modalidade de guarda garante ao menor a convivência com seus dois genitores, e que todas as decisões relativas aos seus interesses, sejam tomadas conjuntamente por eles.

¹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 79.

¹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 79.

II - Guarda Compartilhada

Com a separação do casal os filhos são sempre os principais afetados, e tendem a apresentar problemas de ordem emocional.

Além da dificuldade em aceitar a dissolução da união dos pais, e também a dificuldade de adaptar-se a nova rotina, a prole ainda sofre com a briga judicial por sua guarda. Os casais iniciam uma verdadeira batalha judicial, que só faz com que seus conflitos aumentem, e o que era pra trazer a solução, acaba trazendo ainda mais problemas para o menor.

A disputa pela guarda acentua a rivalidade entre os genitores, podendo se transformar até em uma espécie de punição. Como exemplo, temos os casos em que o guardião dos filhos dificulta as visitas do outro genitor, afastando-o do convívio do menor com a intenção de puni-lo pela separação da família.

A Guarda Compartilhada surge justamente para atender a necessidade que os filhos apresentam em manter contato com ambos os genitores. O afastamento de qualquer um dos pais causa prejuízos incalculáveis ao desenvolvimento dos filhos. Além do mais, ocorre o enfraquecimento dos laços parentais com o genitor privado de sua convivência.

2.1 - Conceito

Por se tratar de uma nova modalidade de Guarda, existe ainda dificuldade em compreender e em conceituar o instituto da Guarda Compartilhada.

Este novo modelo jurídico de guarda tem a prerrogativa de amenizar os possíveis impactos que a separação dos pais pode causar no relacionamento com os filhos, atribuindo, para tanto, a guarda aos dois genitores.

Conforme nos ensina Waldyr Grisard Filho:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.¹²

No modelo de guarda compartilhada, o menor possui uma residência fixa; o que devem ser compartilhados são apenas os direitos e obrigações exercidos pelos pais.

Os genitores continuam a exercer seus poderes parentais, exatamente como era na constância do casamento. Dessa forma, os menores não perdem sua referência de lar, não sofrem grandes alterações em sua rotina, e ainda permanecem assistidos por ambos os pais, o que diminui os reflexos negativos causados pela separação da família e ruptura do lar.

O intuito é aproximar as relações entre pais e filhos no seio da família agora desunida. Visa à continuidade da convivência da prole com seus genitores, mantendo os laços familiares de afetividade, e conservando as obrigações e direitos dos pais, tal como era anteriormente à dissolução do casamento.

O conceito da guarda compartilhada, nas palavras de Akel:

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutam do convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade. Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e educação, preservando, assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção.¹³

A Guarda Compartilhada proporciona aos genitores, a possibilidade de dividirem, legalmente, as responsabilidades e direitos sobre os filhos, permanecendo presentes em seu cotidiano.

¹² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 130.

¹³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008, p.113.

De acordo com Maria Antonieta Pisano Motta:

Um dos conceitos que precisa ser urgentemente absorvido é o de que ambos os pais devem continuar centralmente e igualmente envolvidos e responsáveis pelo cuidado com o interesse e bem estar de seus filhos mesmo e talvez especialmente, após a separação do casal.¹⁴

Guarda compartilhada, nada mais é do que a participação dos pais nas atribuições referentes ao pátrio poder; é a situação em que ficam como detentores da guarda jurídica do menor pessoas residentes em locais separados, contrariando a modalidade de guarda única, modelo este, consagrado por nosso ordenamento jurídico.

Mesmo após a separação, os pais devem permanecer unidos quando o assunto se refere aos interesses dos filhos, o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança e não os conflitos entre o casal.

Ainda que não haja entendimento entre o casal após a desunião, é importante existir respeito entre eles, para que os filhos possam desenvolver-se de forma saudável, sem qualquer tipo de dano emocional. Possuem o dever de prezar, primeiramente, pelo exercício em conjunto do poder familiar.

A guarda física do menor fica com apenas um dos genitores, mas ambos possuem igualdade de direitos e deveres no que diz respeito à criação dos filhos. O compartilhamento se refere à guarda jurídica.

Diferentemente do que ocorre na guarda única, o genitor não possuidor da guarda física poderá participar efetivamente do convívio com o filho, tomando decisões no que se refere à sua educação, religião, saúde, estudos, e tudo mais que disser respeito ao cotidiano do menor; não ficando mais limitado a simples visitas antecipadamente estabelecidas, e à supervisão da criação e educação.

Ainda de acordo com Maria Antonieta Pisano Motta:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm

¹⁴ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada**: Novas soluções para novos tempos. Disponível em: [-http://www.apase.org.br/91001-gcnovassolucoes.htm-](http://www.apase.org.br/91001-gcnovassolucoes.htm) acesso em 25 de jun 2009.

uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar os filhos.¹⁵

Acompanhando as transformações nos costumes sociais, e, conseqüentemente as modificações nos modelos familiares, a guarda compartilhada surge para melhor atender aos interesses dos menores, proporcionando a eles a possibilidade de manter os laços afetivos com seus dois genitores, sem perder o referencial do lar e de seu cotidiano.

Para que este modelo de guarda possa cumprir seu papel, é imprescindível que os pais residam na mesma cidade, ou se possível, até no mesmo bairro, assim torna-se mais fácil o contato frequente com o outro genitor.

A guarda compartilhada refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por seus dois genitores. Nela os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem estar dos seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições.

2.2 - Evolução Histórica

Algumas transformações que ocorreram em nossa sociedade ao longo dos anos, como por exemplo, a ocupação da mulher cada vez mais crescente no mercado de trabalho, a condição de igualdade entre homens e mulheres e o maior aprofundamento trazido em vários estudos acerca do que seria o melhor para a criança ou adolescente quando seus pais se separam, contribuíram para o surgimento do instituto da Guarda Compartilhada.

Após a separação dos casais, a maioria das decisões judiciais coloca a mãe com a guarda dos filhos, e o pai como mero provedor de alimentos, que possui apenas o direito de visitas, muitas vezes regradas. Apesar da sociedade se encontrar completamente modificada, o tradicional modelo de guarda unilateral ainda prevalece.

As mulheres estão se tornando, cada vez mais, uma força de trabalho presente na sociedade, assumindo um papel gradualmente importante no orçamento familiar; os homens acabaram se

¹⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Direito de Família e Ciências Humanas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, Caderno de Estudos nº2, 1998, p. 197-213.

voltando mais para o ambiente familiar, encarregando-se não apenas dos proventos, mas também da participação efetiva na criação dos filhos. Diante de todas essas transformações, os modelos de guardas antes aplicados se tornaram ultrapassados.

Esse novo modelo de guarda é consequência da falência do modelo patriarcal, por isso deve sempre ser cogitado como opção alternativa às soluções tradicionais e imutáveis: a guarda com a mãe, os alimentos com o pai.

A grande maioria dos pais sempre aceitou o papel que lhes era atribuído, o de simples provedor material, com pouca influência nas questões voltadas à educação e à criação dos filhos. Com o gradativo aumento de separações e divórcios, esse papel de simples provedor acaba por se consolidar, excluindo-o ainda mais da criação dos filhos.

A família moderna, onde o pai e a mãe participam e dividem as responsabilidades pelo sustento e criação da prole, tornou insuficiente o modelo de guarda única, no que diz respeito a atender as necessidades e interesses, tanto dos pais, quanto dos filhos.

O Novo Código Civil reconhece a igual importância dos pais no processo de formação e criação dos filhos, assim permite que a guarda da criança seja igualmente concedida tanto para a mãe quanto para o pai, podendo qualquer deles ser o guardião único.

Dessa forma, os homens se tornaram mais presentes na educação dos filhos e em alguns casos de separação, passaram a ser os guardiões oficiais dos filhos.

De acordo com Grisard Filho:

Enquanto a família, *legítima ou natural*, permanece física e afetivamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização). Quer isso dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação.¹⁶

Começou-se a perceber, ao longo dos tempos, que o fato de conceder a guarda dos filhos para apenas um dos cônjuges/companheiros não priorizava os interesses dos menores, pois o

¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 121.

genitor que ficava apenas com o direito de visitas acabava se afastando da prole. Ao afastar-se, não conseguia participar de sua vida, de seu cotidiano, devido ao pouco tempo comum de convívio, geralmente limitados a finais de semana ou dias previamente estabelecidos, tornando-se então, mero contribuinte de pensão alimentícia.

Novas modalidades de guarda são buscadas com a finalidade de assegurar aos genitores um maior equilíbrio entre seus direitos e suas obrigações, amenizando assim os possíveis e prováveis impactos sofridos pelos filhos durante a separação.

Atualmente o alto índice de separações conjugais e dissoluções de união livre, já são considerados um fato normal, assim, os novos modelos de família devem procurar estabelecer a co-responsabilidade parental, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que surgem pela desunião dos pais. Ambos os genitores devem continuar igualmente envolvidos e responsáveis pelo cuidado com o interesse e bem estar dos filhos, que devem saber que não são a causa da separação.

O que dificultada a aplicabilidade da Guarda Compartilhada, é o fato de o Poder Judiciário estar acomodado em conceder a guarda unilateral, que geralmente é concedida à mãe, os magistrados têm receio em inovar e acabam optando pelo modelo tradicional. Ainda de forma tímida, essa nova modalidade de guarda, a Guarda Compartilhada, começa ser aplicada, respeitando assim, os preceitos constitucionais de igualdade entre homens e mulheres.

Tal questão vem sendo estudada, analisada e discutida por especialistas da área do direito, da psicologia e da assistência social.

A nova realidade das famílias brasileiras já não se encaixa mais no modelo da tradicional guarda única dos filhos; as mulheres estão inseridas no mercado de trabalho, e os homens envolveram-se mais com a vida familiar e os afazeres domésticos. Os genitores necessitam de mútua cooperação para reorganizar suas novas vidas e adaptarem-se a rotina pós-ruptura do matrimônio.

Apenas o casal se separa, o papel que cada um deles exerce na vida dos filhos deve permanecer o mesmo.

2.3 - Direito Comparado

A Guarda Compartilhada é originária do direito inglês, e teve sua primeira decisão nesse sentido na década de sessenta: o *joint custody* (custodia unida, combinada, associada). Logo o modelo recebeu toda uma literatura, não só jurídica, mas também de outras ciências correlatas, e se espalhou por alguns países.

2.3.1 - No Direito Inglês

Até XIX, o Parlamento, entendia que o pai era proprietário de seus filhos, atribuindo a ele, a guarda nos casos de conflito. Posteriormente esse entendimento modificou-se, atribuindo à mãe a guarda dos filhos.

Perceberam, então, que estavam cometendo uma grande injustiça, antes com as mães e agora com os pais; passando a dividir o exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Ficando convencidos de que assim seria garantido o melhor interesse da criança.

Tais decisões inglesas privilegiavam o interesse da criança como também uma maior igualdade entre os pais, e acabaram por influenciar as províncias Canadenses da *common law*, avançando para os Estados Unidos, onde atualmente a guarda compartilhada é aplicada na maioria dos seus Estados.

2.3.2 - No Direito Canadense

No direito canadense, o tipo de guarda geralmente utilizada é a guarda unilateral, permitindo ao outro genitor apenas o direito de visita. Porém, a guarda compartilhada é aplicada quando os pais se manifestam nesse sentido, por meio de acordo para atender os interesses dos pais e filhos. E não havendo acordo, quem decide é o Tribunal.

2.3.3 - No Direito Americano

Nos Estados Unidos este é o tipo de custódia que mais cresce. A partir da década de 80, muitos Estados norte-americanos, promulgaram leis que incentivavam o contato frequente e contínuo da criança com ambos os pais.

As Cortes Americanas perceberam que a guarda unilateral não protegia o interesse da criança, passando a vigorar o modelo compartilhado na maioria dos seus Estados, onde o cônjuge que não aceita esse tipo de guarda é considerado inapto, muitas vezes, sendo ela deferida para o outro cônjuge.

O único inconveniente a aplicabilidade de tal modalidade de guarda, é o fato de cada Estado poder criar sua própria lei civil, o que dificulta um pouco a padronização jurisprudencial.

No Estado do Colorado, por exemplo, a guarda compartilhada é aplicada de 90% a 95% dos casos, e no Estado da Califórnia, a 80% dos casos. Sendo que nesses estados os pais são francamente favoráveis ao instituto.

2.3.4 - No Direito Francês

No direito Francês, a guarda compartilhada surge a partir de mil novecentos e setenta e seis, com intuito de minimizar as injustiças provocadas pela guarda unilateral. A jurisprudência inicialmente era escassa, aos poucos foi aumentando, colaborando de forma direta para promulgação da Lei 87.570/87, denominada Lei Malhuret, que confere o Pátrio Poder ao pai e à mãe, garantindo-lhes seus direitos e deveres referentes à guarda dos filhos.

A guarda unilateral pode ser atribuída, mas a lei traz a guarda compartilhada como regra e aquela como exceção.

Essa lei também permite que os genitores organizem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio, garantindo a eles o exercício de suas funções, com todos os seus direitos e deveres, e atendendo o melhor interesse do menor.

2.4 - Previsão Legal

Até o ano de dois mil e oito não havia norma específica que autorizasse a aplicação do instituto da guarda compartilhada no direito brasileiro. No entanto, sua utilização já era lícita e estimulada para assegurar a igualdade entre homens e mulheres, e preservar o melhor interesse do menor.

A aplicabilidade desta modalidade de guarda era possível no Brasil com a previsão em alguns diplomas legais, como por exemplo: na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Constituição Federal:

De acordo com nossa constituição, em seu artigo 229: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”¹⁷, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar.

Em seu artigo 5º, inciso I, e também no artigo 226, parágrafo 5º, prevê a igualdade entre homens e mulheres:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;¹⁸

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.¹⁹

Uma vez determinada a igualdade entre homens e mulheres, não mais se justifica a preferência dada às mães para a guarda exclusiva do filho, conforme previa a Lei do Divórcio, tampouco a concessão exclusiva a qualquer um deles.

¹⁷ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). In: VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁸ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). In: VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). In: VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

O artigo 227 também atribui o dever da guarda à família, sem fazer qualquer distinção entre os pais.

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.²⁰

Em todos os artigos de lei citados não encontramos o dever da guarda atribuído apenas a um dos genitores, o que se verifica, é o dever de ambos na criação, educação e desenvolvimento da prole.

- Código Civil de 2002

Anteriormente a reforma de dois mil e oito, o Código Civil brasileiro não previa o instituto da Guarda Compartilhada, porém, previa em seu artigo 1583, a possibilidade de os cônjuges firmarem um acordo entre si, sobre a guarda dos menores: "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 as guardas dos filhos."²¹

Sendo possível um acordo sobre a guarda, os pais poderiam optar por aplicar o instituto em questão.

- Estatuto da Criança e do Adolescente:

O Estatuto da Criança e do Adolescente é muito claro e objetivo no que diz respeito aos direitos dos menores. Tanto é claro, que em seu artigo 4º, impõe à família, à sociedade, à comunidade e ao Poder Público, o dever de assegurar ao menor todos direitos essenciais à vida e ao seu desenvolvimento como ser humano.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à

²⁰ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). In: VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²¹ BRASIL, **Código Civil**: Lei 10.406, de janeiro de 2002. In: VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária.²²

Ainda em seu artigo 16, inciso V, o ECA resguarda o direito do menor de participar da vida familiar: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;”²³

E em seu artigo 19, prevê o direito da criança ou adolescente ser criado e educado no seio de sua família, sem fazer qualquer distinção entre os pais.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O artigo 22, também prevê os deveres dos genitores no que diz respeito ao desenvolvimento, ao sustento e educação dos filhos, atribuindo tais obrigações de forma igualitária a ambos.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.²⁴

Enfim, é de fácil percepção que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem a intenção de proporcionar e garantir o convívio do menor com seus pais, para que possam desenvolver-se de forma saudável, conseqüentemente, defende a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

- Guarda Compartilhada à disciplina da Lei 11.698/2008

Com a aprovação pelo Poder Legislativo e a sanção do Presidente da República da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, a Guarda Unilateral e a Guarda Compartilhada passaram a ter previsão no Código Civil brasileiro. Tal lei está em vigor desde o dia 12 de agosto de 2008.

A nova lei trouxe alterações para os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, que passaram a ter nova redação.

²² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1968**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. In VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²³ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1968**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. In VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1968**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. In VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

O artigo 1.583 prevê a possibilidade de atribuição de guarda unilateral ou guarda compartilhada, assim prescrevendo:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

O artigo 1.584 disciplina as duas guardas legais, definindo a forma de concessão de cada uma delas:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

A partir destas alterações no Código Civil, o legislador atribuiu ao Poder Judiciário um papel de grande importância, pois através da correta concessão do instituto da Guarda Compartilhada, muitos serão os benefícios à convivência entre os filhos e os pais que não moram juntos.

Aos advogados, na instrução de seus clientes, caberá o papel de esclarecer o significado deste tipo de guarda e lhes apresentar as prováveis vantagens oferecidas por ela. Caberá, então, ao

juiz, durante a audiência, esclarecer novamente o novo instituto e mostrar as vantagens e as implicações decorrentes dele, para que possa ser requerido de forma consensual.

O intuito do legislador, ao regulamentar a aplicação da Guarda Compartilhada, é estreitar os laços entre os pais e filhos, mesmo após a separação, e também dividir as responsabilidades, que devem continuar distribuídas igualmente. Para tanto, o juiz poderá requerer orientações técnico-profissionais, como, por exemplo, dos assistentes sociais, para decidir a favor do melhor interesse da criança.

III - Aplicabilidade da Guarda Compartilhada

3.1 - Fundamentos psicológicos

O principal fundamento da Guarda Compartilhada vai muito além da manutenção das necessidades materiais, a real preocupação desta proposta de um novo modelo de atribuição de guarda de menores, é alcançar também o bem-estar psicológico e emocional da criança ou adolescente e por consequência da família.

A criança ou o adolescente são seres dotados de direitos, direitos esses que vão muito além de bens materiais, como uma boa escola, alimentação e saúde; tudo isso com certeza é imprescindível, e deve lhes ser garantido. Mas também, são de suma importância os cuidados psicológicos e emocionais que uma criança necessita, principalmente durante e após um processo de ruptura da família.

Mesmo com o fim do relacionamento entre pais, o menor deve continuar com os referenciais bem definidos ocupando os papéis de pai e mãe. A ruptura do matrimônio não pode significar a ausência de um dos genitores da vida do filho, pois isto resultaria incalculáveis danos à formação da personalidade e desenvolvimento desta criança.

A segurança estabelecida no seio da família deve ser mantida após o divórcio, a separação é apenas entre o casal, e não entre os laços familiares de pais e filhos.

A forma mais simples de dar continuidade a esses laços é através da convivência. Convivência não custa dinheiro, não depende da condição sócio-econômica ou financeira, mas requer somente amor e boa vontade em participar da rotina dos filhos; obviamente exige

dos pais um relacionamento saudável que permita esse contato, tanto que a guarda compartilhada não seria recomendada aos pais que possuem um relacionamento desequilibrado com histórico de agressão física.

O propósito da guarda compartilhada é resguardar, através do instrumento da lei, os direitos fundamentais dos menores, referentes à proteção ao equilíbrio psicológico e emocional da criança; fator este, fundamental para a formação de sua personalidade e de seu desenvolvimento saudável.

Esse novo modelo de guarda é o caminho mais adequado no sentido de proporcionar aos filhos de pais separados a presença contínua de ambos os genitores, mantendo a mesma rotina do passado.

Vale lembrar as palavras de Akel:

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutam do convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade. Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e educação, preservando, assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção.²⁵

Na maioria dos casos, ainda é aplicado o modelo de guarda unilateral, onde o genitor não guardião acaba se afastando de seus filhos, seja porque é afastado do convívio ou porque acredita que deve manter-se distante da educação e de outros aspectos importantes que dizem respeito à vida dos menores.

Esse tipo de guarda acaba provocando um sentimento de angústia e de perda, tanto nas crianças como nos pais não guardiões.

Sobre o tema nos ensina Grisard Filho:

A legislação e a maioria dos julgados reduzem a figura paterna a um mero visitador sazonal e se esquecem do direito de a criança ter um pai presente, confundindo-o com a

²⁵ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008, p.113.

figura do cônjuge. As visitas, frequentemente, são motivo de disputas entre os pais para com seus filhos, que acabam, ante as dificuldades encontradas, desaparecendo.²⁶

Deve haver uma avaliação de cada caso concreto para a aplicação da guarda unilateral. De acordo com as circunstâncias apresentadas, o juiz decidirá qual o modelo ideal àquele caso. No entanto, a guarda unilateral, ao contrário do que ainda ocorre atualmente, deveria ser aplicada não como regra, mas sim como exceção.

A continuidade dos laços familiares com ambos os pais é imprescindível para garantia de seu melhor interesse e de seu desenvolvimento saudável, o que é proporcionado através do modelo compartilhado.

Na prática, a guarda compartilhada vai assegurar em primeiro lugar, que o pai e a mãe, tenham mais acesso aos filhos, do que na guarda convencional, atribuída a somente um dos ex-cônjuges, mantendo-se uma efetiva convivência e não mais apenas momentos de visitas.

É notório que a criança precisa ter um referencial, um lugar estável, aonde vai girar toda a sua vida, como um lar, escola, amigos, etc. Assim o menor vai morar com um dos pais, tendo respeitado o referencial do lar, mas terá mais acesso ao outro genitor do que geralmente ocorre no direito de visitas.

Por esse motivo, é importante que os pais não residam em lugares muito distantes um do outro, a fim de aumentar e facilitar o contato dos filhos com o genitor não guardião.

Outro aspecto importante, diz respeito às decisões referentes à vida do filho, principalmente as mais importantes como educação, saúde, entre outras. O genitor não guardião não fica mais como espectador e fiscalizados, mas participa destas decisões. Deve haver um consenso sobre todas as matérias importantes relativas à vida do menor.

Para que esse modelo de guarda possa ser aplicado plenamente, é necessária uma mudança no comportamento social, tanto dos profissionais que atuam nessa área, quanto dos pais, pois precisam se conscientizar de seus deveres em relação aos filhos, pouco adiantando a criação das leis se os comportamentos continuarem os mesmos.

²⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.166

O que ocorre na prática é que o Poder Judiciário não impõe a guarda compartilhada, apenas recomenda às partes que adotem o instituto, apresentando suas vantagens no desenvolvimento social e psicológico das crianças e adolescentes.

Ainda que haja conflito entre os pais, o magistrado deve demonstrar que os benefícios trazidos pelo compartilhamento são maiores do que os motivos que os genitores têm para brigar.

3.2 - Consequências da Guarda Compartilhada

Além de proporcionar maior contato dos pais com seus filhos, a guarda compartilhada também repercute em melhores avaliações do comportamento dos menores, após a separação, com seus genitores.

Com a ruptura do lar, a criança passa a possuir dois sentimentos: um de alegria, por não ter mais que conviver no meio de brigas e conflitos, e outro de tristeza, por ter que diminuir os contatos de relacionamento com o genitor não guardião e, conseqüentemente, o medo de ser por ele abandonado.

Tal medo produz no menor sentimentos de rejeição e baixa auto-estima. Mas quando a guarda compartilhada é aplicada esses receios tendem a diminuir.

Grisard Filho nos ensina:

A questão da guarda de menores, ressentida do pouco trato técnico-jurídico, transborda em problemas psicoemocionais. Ela é um estágio no ciclo da vida familiar, uma circunstância descontínua deste, precedida por uma crise e seguida de mudanças estruturais com a exclusão de um membro. A partir da ruptura conjugal, é unânime isso, os filhos passam a um plano secundário, servindo de objeto de disputa entre os ex-cônjuges. Sobram aí profundas questões psicológicas, que, com informações sobre a preservação, a perpetuação e a transmissão de padrões ajudam no desenvolvimento da família pós-divórcio, como um todo, propiciando uma reassociação entre o casal conjugal e parental.²⁷

²⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 160.

São inúmeras as pesquisas que alertam para a importância da continuidade do convívio dos filhos com os pais. Algumas delas demonstram as consequências imediatas e em longo prazo, que acontecem na vida das crianças e também na dos genitores quando se aplica à guarda compartilhada.

De acordo com o psicanalista Evandro Luiz Silva, em pesquisa publicada no site da APASE²⁸, são elencadas como conseqüências da guarda compartilhada aos filhos:

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

À medida que a guarda compartilhada é aplicada, a criança se beneficia ao reconhecer ambos os pais envolvidos em sua criação e desenvolvimento; e os pais aprendem a ser mais presentes durante o seu relacionamento com seus filhos, gerando resultados altamente positivos para toda a família.

Outros benefícios são trazidos aos pais através da aplicação de tal instituto, como por exemplo:

- percepção mais realista das necessidades dos filhos;
- ressalta a estima perante os pais;
- favorece a qualidade da relação entre pais e filhos;
- favorece a divisão das responsabilidades parentais;
- proporciona maior segurança para os pais e oferece oportunidades de crescimento;
- favorece a tomada de decisão comum e reduz os recursos aos tribunais;

²⁸ *Guarda Compartilhada - A importância de ambos os pais na vida dos filhos* <http://www.apase.org.br/91004-gc-ainportancia.htm> - Acesso em: 26 de jun 2009

Para alguns doutrinadores, uma parcela de pais que pede o deferimento da guarda compartilhada, só o faz para pedir redução no valor da pensão alimentícia. No entanto a responsabilidade da pensão alimentícia não desaparece durante o compartilhamento, ela persiste observando a necessidade do menor e suas possibilidades.

Ainda sobre algumas conseqüências trazidas com a aplicação da guarda compartilhada para Grisard Filho:

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento de 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, como pressuposto do novo modelo.²⁹

A guarda compartilhada traz inúmeras conseqüências para a vida familiar, tanto para a dos filhos como para a dos pais. Conseqüências estas, na maioria das vezes, favoráveis ao bom desenvolvimento emocional e social das crianças, e também interferem de forma positiva no cotidiano de todos os envolvidos. O maior motivo para explicar a resistência de sua aplicação, está mais no desconhecimento e receio em inovar, do que nos empecilhos e desvantagens apresentados.

3.3 Vantagens e Desvantagens do Instituto

-Vantagens

A Guarda Compartilhada, como novo modelo de guarda, tem como principal objetivo, a manutenção intacta da vida cotidiana dos filhos após a separação ou o divórcio dos seus pais, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com ambos. 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.

²⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 163.

Além disso, o compartilhamento proporciona um aumento da satisfação na relação entre pais e filhos, eliminando assim a necessidade de optarem por um dos dois.

Como nos ensina Maria Antonieta Pisano Motta:

Diminui os conflitos de lealdade. Estes conflitos podem ser traduzidos na necessidade da criança ou adolescente de escolher um de seus pais em detrimento do outro com desenvolvimento concomitante de sentimentos de culpa e remorsos. Os pais podem levar seus filhos a vivenciar estes conflitos mesmo que não tenham a intenção de fazê-lo e com isto a criança entende que a ligação, interesse, carinho, afeto, necessidade de convivência e apoio a um dos pais significa deslealdade e traição ao outro. As conseqüências emocionais são muito sérias e a criança pode isolar-se afastando-se de ambos os pais, inclusive daquele que teme estar traindo e magoando.³⁰

Outro aspecto relevante é o favorecimento ao desenvolvimento dos filhos, pois proporciona a convivência com ambos os genitores, facilitando assim a identificação do papel masculino e feminino.

No que diz respeito aos genitores, conviver diariamente com a prole, vai apresentar uma forma mais realista de suas necessidades, fazendo o pai não detentor da guarda enxergar as dificuldades que o guardião passa ao ter que educar o filho sozinho. Além disso, o compartilhamento desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro no desempenho de seu papel de pai ou de mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais.

O fato de compartilharem as responsabilidades e as decisões em relação ao desenvolvimento dos filhos tende a diminuir os conflitos entre os ex-cônjuges. Os sentimentos de culpa de um dos genitores por não cuidar de seus filhos também são supridos, e a manutenção de um contato mais frequente ajuda atender os melhores interesses, tanto morais, quanto materiais, da criança.

De acordo com Grisard Filho:

Na guarda compartilhada há a tendência de diminuição de novos conflitos judiciais, porque o pai que não se sente excluído, não tem necessidade do revide, nem se sente incomodado com o cumprimento de suas obrigações principalmente financeiras. Ele se mantém interessado e dedicado ao filho como se casado estivesse.³¹

³⁰ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada – Novas Soluções para Novos Tempos*. Disponível em: <http://www.apase.org.br/91001-gcnovassolucoes.htm> - acesso em 25 de jun 2009.

³¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.126

A divisão de obrigações entre os genitores é outra vantagem que a guarda compartilhada pode proporcionar, pois não ocorre o sobrecarregamento de apenas um deles, como acontece na guarda única; ambos decidem conjuntamente sobre os assuntos importantes na vida dos filhos.

A responsabilidade civil pelos danos causados pelos filhos será respondida pelos pais de forma conjunta, pelo fato de ambos os pais possuírem a guarda jurídica e serem responsáveis por todos seus atos, evitando a omissão por parte do genitor que não está com a guarda física.

Outro benefício aos pais é a possibilidade de um tempo livre maior, para poderem reorganizar sua vida pessoal e profissional.

Grisard Filho ainda nos mostra que:

Observam, ainda, que há um número cada vez maior de homens que deseja continuar envolvido na vida dos filhos, mostrando menor disposição de conceder a guarda à ex-esposa. Por outro lado, há um número cada vez maior de mulheres que deseja seguir ou retomar suas carreiras juntamente com a criação dos filhos, recebendo muito bem a oportunidade oferecida pelo acordo da guarda compartilhada. Por ela os pais podem ajustar seus horários de trabalho.³²

Outro fato relevante, é que o genitor que não possui a guarda física do menor, não ficará limitado a mero espectador das decisões referentes à educação do filho, mas sim participará ativamente delas. O contato com a prole não será apenas nos finais de semana, como ocorre na guarda unilateral; a participação na vida dos filhos será constante. Muitas vezes, a guarda compartilhada consegue fazer com que os genitores sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação conjugal.

Com o compartilhamento da guarda os genitores ficam em uma posição equilibrada, o que favorece o entendimento entre eles, repercutindo de uma maneira muito saudável no desenvolvimento dos filhos.

Akel nos mostra a seguinte vantagem:

Outra vantagem desse novo exercício de guarda é o que estabelece entre os pais, pois, embora não mais convivam, para que bem desempenhem o poder familiar, devem

³² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.174

conviver de forma harmônica, a fim de tomar as melhores decisões acerca da vida dos filhos.³³

Convivendo de forma harmônica e não expondo os filhos à conflitos, os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais são minimizados. Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos.

Ainda podemos citar que com a aplicação da guarda compartilhada a tendência é diminuir a angústia produzida pelo sentimento de perda que o menor fica em relação ao genitor que não detém a guarda. Ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição e proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.

Com relação aos filhos, pode-se citar ainda, mais algumas vantagens, como um fortalecimento na auto-estima do filho, melhora no rendimento escolar, diminuição do sentimento de tristeza, frustração, rejeição e do medo de abandono, já que permite um acesso sem dificuldades a ambos os genitores.

A guarda compartilhada ainda pode ser utilizada como solução para litígios nos quais as crianças são usadas para punir ou atingir o pai não possuidor da guarda. O possuidor da guarda, no modelo unilateral, tende a dificultar ou impedir as visitas, bem como excluí o outro pai de informações importantes no que diz respeito à vida social, escolar e até mesmo à saúde dos filhos, como forma de castigá-lo pelo fim do casamento. O compartilhamento equilibraria o poder familiar, ambos teriam igual poder de decisão sobre sua prole, estando menos sujeito às manipulações do outro.

Enfim, as principais vantagens são permitir um maior contato dos filhos com os pais após a separação ou divórcio, e beneficia-los com um relacionamento mais íntimo com eles. A guarda compartilhada favorece o envolvimento do genitor não guardador no cuidado aos filhos, diminuindo os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, como ocorre na guarda única. As mães, com quem regularmente ficam os filhos, são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar espaço para outras atividades, oferecendo a opção de reconstrução de suas vidas pessoais,

³³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008. p.108.

profissionais, sociais e psicológicas. O objetivo é o de ambos trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais dos filhos.

-Desvantagens

A principal desvantagem apresentada ao modelo de guarda compartilhada surge do desentendimento entre os genitores, para eles é difícil ter que manterem contato direto entre si, principalmente no começo da separação.

O convívio que a guarda compartilhada exige traz consigo as mágoas do relacionamento fracassado.

Sobre esse aspecto de conflito entre os genitores Grisard Filho se manifesta:

Pais não cooperativos, sem diálogos, insatisfeitos, e que sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionaram a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivo, pois é justamente nesse período que os filhos mais necessitam do afeto e atenção dos pais.³⁴

Ainda sobre este prisma, AKEL nos ensina:

Pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos contaminam a educação dos filhos, impossibilitando qualquer tipo de diálogo e, nesta hipótese, os arranjos da guarda conjunta podem ser desastrosos.³⁵

Mais uma dificuldade à prática da guarda compartilhada seria a obrigação dos pais de residirem na mesma cidade, e se possível até no mesmo bairro, ou pelo menos em cidades próximas, e de fácil acesso. O que nem sempre se torna possível, dificultando a aplicabilidade do novo modelo.

Alguns doutrinadores consideram a guarda compartilhada contraditória, já que o que se pretende com a separação é a ruptura do relacionamento com o ex-cônjuge, e com a guarda conjunta o casal seria obrigado a manter contato, passando a ter um convívio maior do que o desejado.

³⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 177

³⁵ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 110.

Outra desvantagem apresentada é que com o bom relacionamento entre os pais, a criança acaba iludindo-se com uma possível reconciliação entre seus genitores, frustrando-se a medida que esta não ocorre.

Também é apontado o fato de que com o compartilhamento, o menor perderia o referencial de lar. Porém. Tal argumento é fortemente combatido, uma vez que a criança possui residência única, o que não impede seu deslocamento.

Um outro aspecto apresentado como prejudicial é o fato da criança ser muito ansiosa ou insegura e talvez seja o melhor para ela levar uma rotina estável, sendo bem possível que ela não tenha uma estrutura emocional para aguentar regras e normas até certo ponto conflitantes.

O novo modelo ainda é considerado desvantajoso quando destinado à exploração do genitor possuidor da guarda, no sentido de ser utilizado apenas como meio para negociar menor valor de pensão alimentícia por parte do genitor não guardião.

Enfim, não há como impor como regra qualquer um dos modelos de guarda, todos eles apresentam suas vantagens e desvantagens, de acordo com cada caso, e com a realidade de cada família. O que se faz necessário é uma análise profunda antes de determinar com quem os filhos devem ficar.

3.4 - Contra-indicações do Instituto

Como já mencionado, o que vai determinar o modelo mais aconselhável de guarda, é o estudo aprofundado de cada caso concreto. Porém, em alguns momentos, a aplicação da guarda compartilhada se torna inviável.

A primeira contra-indicação ao novo modelo de guarda refere-se à violência doméstica, quer seja comprovada, quer se tenham apenas indícios de que um dos genitores praticou qualquer ato de violência contra o outro ou contra um dos filhos.

Outra importante contra-indicação encontra-se nos casos em que os ex-cônjuges não mantêm um bom relacionamento após a separação, ou seja, naqueles casos onde há conflitos constantes entre os pais que podem interferir no desenvolvimento da criança.

O compartilhamento também não é aconselhável quando um dos pais apresenta distúrbios ou vícios que possam prejudicar a prole, um pai ou uma mãe que, por sua conduta, oferecem risco à criança, ou não querem continuar o relacionamento parental, não podem e não devem ter a guarda compartilhada

Outros casos também são desaconselháveis à concessão da guarda compartilhada: quando um dos genitores não concordar com este modelo de guarda; quando um dos genitores for incapaz legalmente; quando trouxer em potencial maior prejuízo ao menor; quando os domicílios dos genitores forem incompatíveis com os deveres da guarda jurídica; e nos casos em que a criança é alvo de disputa.

Enfim, a aplicação do novo modelo, objetiva atender o melhor interesse da criança ou do adolescente, uma vez que qualquer um dos genitores se mostre operacionalmente incapaz a atingir este objetivo através do compartilhamento de guarda, este será, certamente, desaconselhável.

3.5 - Visão Psicossocial

No ano de dois mil e sete, mesmo antes do instituto da guarda compartilhada estar previsto pelo Código Civil, um grupo de estudos de assistentes sociais e psicólogos do Tribunal de Justiça do interior de São Paulo, desenvolveu um estudo sobre a aplicabilidade de tal modelo.

Apesar dos poucos casos, estes profissionais já identificavam possíveis casos de compartilhamento de guarda com o principal fundamento de preservar o interesse da criança.

Na visão psicossocial a guarda compartilhada seria mais uma alternativa de guarda de filhos, devendo ser incentivada pelo Judiciário nos casos em que ela é compatível, e desestimulada quando sua aplicabilidade for inviável.

Ainda que o modelo de guarda única seja comumente aplicado, é errôneo dizer que este seria o ideal, pois muitas vezes priva o genitor não possuidor da guarda do convívio com os filhos.

Também seria equivocada a afirmação de que a guarda compartilhada é o modelo ideal, visto que diante de alguns conflitos sua efetividade se torna impossível.

Outro engano que o Judiciário comete, é o fato de vincular o estabelecimento do compartilhamento ao bom entendimento entre os pais, uma vez que se os pais não se entendem, tanto a guarda compartilhada, quanto a guarda exclusiva, também não funcionará; e neste último caso, provavelmente as visitas do progenitor não guardião serão espaçadas, não privilegiando o convívio da criança com ambos os genitores.

Em suma, a guarda compartilhada deve ser incentivada por todos os profissionais do direito, que devem avaliar as vantagens e as desvantagens em cada caso, aplicando-a sempre que possível, pois ela é, sem dúvidas, um dos maiores instrumentos de preservação da convivência familiar e dos laços afetivos, respeitando o princípio do melhor interesse do menor.

3.6 - Aplicação pelo Poder Judiciário

Na prática, a Guarda Compartilhada não ocorre de forma reiterada em nossos tribunais, ou seja, as decisões da maioria dos Tribunais de Justiça são no sentido de indeferir o pedido de compartilhamento de guarda feito por um ou por ambos os genitores.

Por estarem habituados a conceder a guarda única ou simplesmente pelo medo de inovar, a maioria dos magistrados indefere de plano o pedido sem maiores justificativas, ou esclarece que o modelo é aplicável nos casos em que não haja litígio entre os ex-cônjuges.

A jurisprudência indica que a guarda compartilhada ainda é um modelo pouco aplicado em nosso país. Como exemplo algumas decisões dos Tribunais de Justiça:

APELACAO CIVEL. 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 definitivamente em relação à genitora, que

reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de visita. Apelo provido.³⁶

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 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. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido.³⁷

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 certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada quando o casal tem convivência problemática e com choques constantes.³⁸

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.³⁹

No entanto, o que deve ser preservado no momento da decisão de guarda é o melhor interesse da criança. Cabe aos magistrados analisarem e estudarem profundamente cada caso, e decidir aquilo que for melhor para a criança, preservando seu bem estar e seu desenvolvimento saudável.

Alguns Tribunais de Justiça, principalmente os Tribunais do sul do país, já aplicam o modelo da guarda compartilhada, vejamos:

GUARDA DE FILHO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNO. GUARDA COMPARTILHADA. Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº: 70.005.127.527. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Julgado em: 18/12/2003.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. **Apelação Cível** nº: 70.005.760.673. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vaconcellos Chaves. Julgado em: 12/3/2003.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível** nº: 1.0000.00.343058-4/000. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Wander Marotta. Julgado em: 23/9/2003.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº: 70.007.133.382. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Maria Berenice Dias. Julgado em: 29/10/2003.

dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.⁴⁰

EMENTA: AÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. Evidenciado que o alimentante não dispõe de boa situação econômica, é de se manter o valor da verba alimentar fixado na decisão de primeiro grau. Da mesma forma, estando a infante sob a guarda compartilhada de ambos os genitores, a estipulação do valor dos alimentos deve levar em conta o fato de que o alimentante, além do pensionamento, possui despesas extras com a manutenção da filha. Preliminar desacolhida, diligência indeferida e apelo desprovido.⁴¹

EMENTA: GUARDA DE CRIANÇA. ALTERAÇÃO. RECENTE ACORDO FIRMADO ENTRE OS GENITORES. Tendo os litigantes recentemente estabelecido a guarda compartilhada em acordo devidamente homologado em juízo, descabe nova alteração da guarda para a genitora, de forma açodada, sem a prévia realização de estudo social e de avaliação psicológica. Negado provimento ao agravo. (SEGREGO DE JUSTIÇA) _ DECISÃO MONOCRÁTICA⁴²

Após observarmos tais decisões, a conclusão que se chega é a de que ainda serão necessários muitos estudos para que este novo modelo de guarda possa passar apenas da teoria à prática.

Somente através da conscientização dos profissionais envolvidos nesta questão e também da conscientização dos pais, de que o que deve sempre ser buscado e mantido é a manutenção dos direitos e interesses do menor, é que este novo instituto poderá ser aplicado em sua plenitude.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento** n. 2001.012993-0. Relator: Des. Carlos Prudêncio. Julgado em: 25/03/2003.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** n°: 70.016.686.461. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias Julgado em: 28/03/2007.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento** n°: 70.018.888.537. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em: 12/03/2007.

Considerações Finais

Ao desenvolver este trabalho, foi necessária uma análise sobre a evolução da família brasileira, suas transformações através dos tempos, os direitos adquiridos pela mulher, até atingir questões que versam sobre problemas resultantes da separação e do divórcio, no que se refere à proteção aos interesses dos filhos.

As relações entre pais e filhos se modificaram significativamente ao longo do tempo, tanto de uma forma legal, como também afetiva. É notório que a garantia do melhor interesse da criança vai muito além de uma alimentação saudável, uma escola de boa qualidade e um bom plano de saúde; inclui também a manutenção dos laços afetivos com seus dois genitores de forma igualitária.

É prejudicial tanto ao casal, quanto aos filhos, a continuidade dos conflitos gerados pela ruptura conjugal; neste momento os pais devem ter a plena consciência de que deixaram apenas de ser cônjuges, mas não deixaram de ser pais.

Na prática, ao decidir o tipo de guarda a ser adotado após a separação, é fácil notar que o modelo de guarda compartilhada ainda não foi totalmente aceito. O que prevalece é o modelo de guarda única, que vigora como um primado cultural em nossa sociedade, privilegiando apenas um dos genitores em detrimento do outro.

É certo que o compartilhamento não seria a solução ideal para todos os casos de ruptura familiar, visto que em alguns casos sua aplicabilidade seria inviável, ou até mesmo impossível. No entanto a possibilidade da guarda compartilhada pode servir para aproximar os pais no contato com os filhos, reforçando seus papéis parentais em conjunto.

Este tipo de guarda deve ser tomado como uma postura, onde o pai e mãe são igualmente importantes na criação e no desenvolvimento saudável dos filhos, devendo ser preservadas as relações afetivas entre eles.

Compartilhar não significa apenas dividir as responsabilidades e o tempo de convivência, mas sim, pensar juntos, decidirem em conjunto sobre o melhor para o desenvolvimento emocional, moral e material dos menores, possibilitando um fortalecimento dos laços de afetividade e de confiança entre a família.

O compartilhamento traz inúmeros benefícios, tanto aos pais, quanto aos filhos. Há um maior convívio, o que aumenta o grau de confiança e cumplicidade entre eles; as mães passam a ter mais tempo para se dedicar a outros objetivos, como no campo profissional e emocional, uma vez que estariam liberada da responsabilidade da guarda unilateral; e é possível proporcionar um desenvolvimento saudável e harmonioso aos menores.

Para uma efetiva aplicação é necessária uma comunicação respeitosa e contínua entre os ex-cônjuges, além de uma maior disponibilidade para atender as reais necessidades dos filhos, e não simplesmente fiscalizá-los. Os pais devem colocar os interesses das crianças acima dos seus próprios, para conseguirem proteger o exercício da parentalidade do restante das dificuldades e desentendimentos que possam estar vivenciando.

Diante de cada caso deve haver uma avaliação objetiva sobre a aplicabilidade deste tipo de guarda em relação à gama de condições e circunstâncias que o caso apresenta. Logo, os profissionais envolvidos nesta área, sendo estes psicólogos, advogados, assistentes sociais, juízes ou legisladores, devem se responsabilizar por esta avaliação; e levar em consideração, como papel principal, o crescimento e o interesse da criança, ao decidir as questões de guarda.

Portanto, é impossível definir na teoria, qual o modelo de guarda mais adequado, pois a aplicabilidade depende de cada caso específico. O compartilhamento pressupõe fatores como responsabilidade, cooperação e cordialidade entre o casal. Atendendo os requisitos

necessários, este tipo de guarda se torna ideal, pois preserva a relação de afetividade entre pais e filhos. A quebra do vínculo parental pode representar um extraordinário prejuízo à formação da personalidade do filho e sua relação com o meio social.

Enfim, se tratando de guarda compartilhada ou não, a decisão sobre a guarda de cada menor deve ser usada como uma chance para proteger os filhos, proporcionando a eles um desenvolvimento saudável através do maior convívio possível com seus dois genitores; e não mais como uma disputa judicial onde existe um “ganhador” e um “perdedor”. Ambos se tornariam “ganhadores” com posturas de cooperação e mútua assistência em relação a criação dos filhos.

Referências

a) Fontes

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível** nº: 1.0000.00.343058-4/000. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Wander Marotta. Julgado em: 23/9/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº: 70.005.127.527. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Julgado em: 18/12/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. **Apelação Cível** nº: 70.005.760.673. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vaconcellos Chaves. Julgado em: 12/3/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº: 70.007.133.382. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Maria Berenice Dias. Julgado em: 29/10/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº: 70.016.686.461. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias Julgado em: 28/03/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento** nº: 70.018.888.537. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em: 12/03/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento** n. 2001.012993-0. Relator: Des. Carlos Prudêncio. Julgado em: 25/03/2003.

b) Periódicos

COELHO, Fábio Ulhoa. Guarda Compartilhada. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, ano XII - nº 269, p.66, 31 de março/2008.

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada: uma solução para novos tempos. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, ano XII - nº 275, p.26-27, 30 de junho/2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada: considerações interdisciplinares. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, ano XII - nº 275, p.31-33, 30 de junho/2008.

NÓBREGA, Airton Rocha. Da Guarda de Filhos Unilateral e Conjunta: inovações da Lei nº 11.698/08. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, ano XII - nº 275, p.28-30, 30 de junho/2008.

SAMPAIO, Rafael. Lei da Guarda Compartilhada passa a vigorar. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14, agosto, 2008. Cotidiano, reportagem, p.3.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Caderno do Grupo de Estudos da Capital - Serviço Social e Psicologia Judiciários (2007)**. Presidente: Desembargador Roberto Antonio Vallim Bellochi. Publicado em 2008.

c) Livros

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

BRASIL, **Código Civil**: Lei 10.406, de janeiro de 2002. In: VADE mecum. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. In: VADE mecum. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1968**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. In VADE mecum. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Direito de Família e Ciências Humanas**. Caderno de Estudos nº 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Direito de Família e Ciências Humanas**. Caderno de Estudos nº 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

OLIVEIRA, J. F. de Oliveira. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. 3. ed. São Paulo: Editora B. H., 2009.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Textos extraídos do www

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada**: Novas soluções para novos tempos. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91001-gcnovassolucoes.htm>> acesso em 25 de jun 2009.

SILVA, Evandro Luiz. **Guarda Compartilhada**: A importância de ambos os pais na vida dos filhos. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91004-gc-aimportancia.htm>> acesso em 26 de jun 2009.

Anexos



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

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

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“[Art. 1.583.](#) A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º [\(VETADO\)](#).” (NR)

“[Art. 1.584.](#) A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
José Antonio Dias Toffoli