

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

AMÉLIA PERCUSSOR RÊGO BRANDÃO

**GUARDA COMPARTILHADA: Um novo olhar na assistência
aos filhos de pais separados**

**RUBIATABA – GO
2007**

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

AMÉLIA PERCUSSOR RÊGO BRANDÃO

**GUARDA COMPARTILHADA: Um novo olhar na assistência
aos filhos de pais separados.**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação a professora Fabiana Savini.

**RUBIATABA/GO
2007**

AMÉLIA PERCUSSOR RÊGO BRANDÃO

**GUARDA COMPARTILHADA: Um novo olhar na assistência
aos filhos de pais separados.**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador _____
Fabiana Savini
Especialista em Direito Civil

Professor de Monografia _____
Geruza Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia

Examinador _____
Caroline Naves Torres Borges Junqueira
Especialista em Direito Civil

Rubiataba, 18 de dezembro 2007.

RESUMO: AS GRANDES MUDANÇAS OCORRIDAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA LEVAM-NOS A UMA REFLEXÃO SOBRE A EVOLUÇÃO DO PÁTRIO PODER E DA GUARDA NA ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, UMA VEZ QUE É CRESCENTE O NÚMERO DE SEPARAÇÕES CONJUGAIS. ESSE TRABALHO TEM COMO FOCO A GUARDA COMPARTILHADA, UM NOVO INSTITUTO DO ATUAL CÓDIGO CIVIL, QUE TEM POR OBJETIVO A CONTINUAÇÃO DO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL COMUM, OU SEJA, A CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DA CRIANÇA COM OS DOIS GENITORES. VÊ-SE, POR MEIO DESSE ESTUDO, A GUARDA COMPARTILHADA COMO UM TIPO DE GUARDA CAPAZ DE GARANTIR QUE SEJAM CONSERVADOS OS LAÇOS DE AFETIVIDADE, DIREITOS E OBRIGAÇÕES RECÍPROCOS, POIS PAI E MÃE PARTILHARÃO DIREITOS E OBRIGAÇÕES APÓS A RUPTURA DO LAÇO CONJUGAL E ESTARÃO JUNTOS PARA CRIAR E EDUCAR OS FILHOS. NESSE CONTEXTO, A GUARDA COMPARTILHADA APARECE COMO UM MODELO APTO A AMPARAR E RESPONDER OS INTERESSES DO MENOR RESPONDENDO ÀS MUDANÇAS E NECESSIDADES DA SOCIEDADE MODERNA.

PALAVRAS-CHAVE: GUARDA COMPARTILHADA. PAIS. CÓDIGO CIVÍL. FILHOS

ABSTRACT: THE BIG CHANGES WHICH HAPPENED IN THE CONTEMPORARY SOCIETY LEAD US INTO A REFLECTION ABOUT THE EVOLUTION OF PATERNAL POWER AND PARENTING IN THE BRAZILIAN LEGISLATION, ONCE THE NUMBER OF CONJUGAL SEPARATION INCREASES. THIS PAPER FOCUSES ON SHARED PARENTING, A NEW INSTITUTE OF THE CIVIL CODE, WHICH AIMS THE CONTINUATION OF THE EXERTION OF COMMON PARENTAL AUTHORITY, THAT IS, THE CONTINUATION OF CHILDREN'S RELATIONSHIP WITH THE FATHER AND THE MOTHER. THROUGH THIS RESEARCH IT CAN BE NOTICED THAT SHARED PARENTING IS ONE CAPABLE OF GUARANTEERING THE PRESERVATION OF THE BONDS OF AFFECTION, RECIPROCAL RIGHTS AND DUTIES, FOR PARENTS WILL SHARE RIGHTS AND DUTIES AFTER MARRIAGE DISSOLUTION AND WILL BE TOGETHER TO RAISE AND EDUCATE THEIR CHILDREN. THIS WAY SHARED PARENTING APPEARS AS A NEW MODEL OF PARENTING THAT CAN SUPPORT AND SERVE CHILDREN'S INTERESTS ADAPTING TO THE CHANGES AND NEEDS OF MODERN SOCIETY.

KEYWORDS: SHARED PARENTING. PARENTS. CIVIL CODE. CHILDREN

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
I. PODER FAMILIAR	09
1.1 Noções históricas.....	09
1.2 Pátrio poder no atual direito brasileiro.....	11
1.3 Evolução da titularidade do poder familiar.....	12
1.4 Suspensão e perda do poder familiar.....	14
1.5 Extinção do poder familiar.....	16
II GUARDA	18
2.1 Conceito.....	18
2.2 Evolução da guarda na legislação brasileira.....	20
2.3 Modalidades da guarda.....	22
2.4 As funções do genitor guardião.....	24
2.5 Efeitos psíquicos da guarda.....	26
2.6 Extinção da guarda.....	27
III. GUARDA COMPARTILHADA	29
3.1 Conceito.....	29
3.2 Evolução social da guarda compartilhada.....	30
3.3 O modelo ideal para o menor.....	32
3.4 Direito de visita.....	33
3.5 As vantagens da guarda compartilhada.....	35
3.6 As desvantagens da guarda compartilhada.....	36
IV. A POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA	38
4.1 Projetos de inserção da guarda compartilhada no novo código civil.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

Muitos autores escreveram sobre a guarda compartilhada abrangendo o seu conteúdo de forma didática e completa para alcançar a melhor compreensão do seu sentido não só jurídico, mas também do lado afetivo.

Nos casos concretos são infinitas as situações de dissolução do casamento e para os casais que têm filhos a questão da guarda sempre gerou muitas discussões e debates.

Antes de iniciar o trabalho é necessário que se faça um breve histórico para se ter uma noção do surgimento da guarda dentro do direito brasileiro, em seguida será abordado o pátrio poder e o poder familiar. Além de ter estes assuntos dentro de alguns temas se fará a citação de leis e de autores que possuem grande saber a respeito do tema. Dentro da questão familiar é imprescindível que se fale, também, da suspensão da perda e até da extinção do poder familiar.

Um dos destaques deste trabalho é abordar que a guarda não é algo definitivo, ou seja, para sempre, pois assim como ela possui requisitos também possui suas consequências.

No decorrer do trabalho se notará que a sociedade evoluiu muito em seus conceitos familiares. Antigamente só as mulheres é que poderiam ficar com a guarda hoje se tem percebido que a guarda, também sofreu muitas alterações.

A questão cultural, como fonte histórica, é primordial para se comprovar a trajetória em relação à família e à guarda. Além dos doutrinadores se terá a presença de leis para demonstrar a evolução.

Mais adiante serão apresentados alguns tipos de guarda, quais serão as funções que os responsáveis, que também são chamados de guardiões por muitos autores, possuem com relação a seus filhos. Existe também a questão da responsabilidade daquele cônjuge que não possui a guarda, mas que não deixou de ser responsável.

Além disso, é importante ressaltar que a doutrina faz menção a alguns tipos de guardas, sendo que neste trabalho foram destacados apenas quatro, que são eles: a guarda uniparental, provisória, definitiva e a guarda compartilhada.

É de grande relevância destacar o lado psicológico e afetivo do menor em relação a este novo fato que o cerca, pois hoje já se dá mais valor a respeito dos sentimentos e das emoções do menor, preservando assim o seu bem estar. Esta, também, se caracteriza num tipo de evolução dentro do Direito brasileiro.

O terceiro capítulo trará o conceito da guarda compartilhada e a sua evolução social frente à família. Será abordado, ainda, o que para os autores seria o melhor modelo de guarda para com a criança destacando principalmente a visão do menor. Fará menção ainda, ao direito de visita. E para fechar serão abordadas as vantagens e desvantagens que a guarda compartilhada possa ocasionar.

Outro destaque a ser apresentado diz respeito aos sentimentos paternos, já que o homem, na sociedade de hoje, busca estar mais presente com os filhos.

O último capítulo, diz respeito à Posição do Direito Brasileiro quanto a Guarda Compartilhada mostrando que na nossa legislação existem implicações importantes sobre a guarda de menores, ressaltando três pontos básicos: 1) O vínculo parental, e os direitos e deveres dele decorrentes, não extingue com a extinção do vínculo conjugal; 2) A guarda dos filhos deve ser decidida pelo juiz quando o desacordo dos pais, ou interesse do filho o exigir; 3) A Guarda Compartilhada é amplamente admitida pelo ordenamento pátrio, desde que resultante de um acordo entre os pais, e for benéfica aos interesses do menor.

A pesquisa é de cunho bibliográfico com a compilação de idéias de diferentes autores, de diversos livros jurídicos relacionados ao tema, bem como se estabeleceu consultas às leis, ao Código Civil e a Constituição Federal de 1988.

I. PODER FAMILIAR

1.1 Noções históricas

Antes de dar início ao tema central deste trabalho, que é a guarda compartilhada, se faz necessário que se conheça a base histórica da origem da família, com o objetivo de analisar as evoluções culturais a cerca do grupo familiar.

No decorrer deste capítulo, se percebe o quanto a família era tida antigamente de forma muito diferente da que é hoje.

Veja a seguir, que a base da legislação brasileira foram as normas do Direito Romano. A cultura romana também influenciou a cultura de muitos outros povos, inclusive a do Brasil ao que se refere ao conceito familiar. Nesta cultura o pátrio era muito forte e respeitado por todos os membros que compunham a família.

Pelas antigas leis romanas, o pátrio poder era o poder absoluto e ilimitado conferido ao pai de família sobre os integrantes do grupo familiar. O grupo familiar era composto pela esposa, pelos filhos e pelos escravos, de certa forma o grupo familiar não era definido pelos laços sanguíneos, assim alguém que sujeitasse às regras do chefe do lar poderia fazer parte daquela família. A organização do pátrio poder segundo Salles (2006, p. 2) “*era baseada na ilimitada autoridade familiar, objetivando apenas o interesse do chefe de família, concentrando-se na figura do pai, o que caracterizam o patriarcalismo*”.

Dentro do lar familiar tinha-se uma base muito forte que fazia um elo de ligação do lar com os membros, que era a religião, esta que era uma das características mais marcantes no pátrio poder da família romana.

Havia dentro da casa um altar em torno do qual reuniam os membros da família sob o comando do pai, depositário das fórmulas secretas da oração. O pai era o sacerdote, o herdeiro do lar é que detinha o poder absoluto e ilimitado sobre os integrantes do seu grupo

familiar (filhos, esposa e escravos) considerado como o chefe da família, caracterizando assim o pátrio poder.

Aqui percebe-se que todos os membros participavam das orações e que o homem, o pai, era o chefe da família, onde ele dava início as orações e só ele detinha dos segredos da religião, isso prova o seu poder e a sua autoridade com os demais.

O conceito de paternidade tinha idéia de autoridade, de dignidade majestosa, concebendo assim pelos romanos a figura da *patria postestas*, expressão máxima do patriarcalismo.

A *patria postestas*, vem a ser o poder do pai sobre a pessoa do filho, incluía, entre outros, o direito sobre a vida e a morte do filho (*jus vitae necisque*), o direito de entregar o filho, que comete um delito, a terceiro para se eximir da responsabilidade de indenização (*jus noxae dandi*), e o direito de vender o filho (*jus vendendi*). Admitia-se que o filho vendido poderia adquirir a liberdade mediante reembolso o da quantia paga. Quanto o direito à morte do filho e conferido ao pai, o mesmo teria que reunir a família para opinar a respeito da morte, mas dado a opinião prevalecia a vontade do pai. Em regras a *patria protestas* era vitalício.

O poder do pai sobre o filho, nota-se, que era mais do que uma relação de submissão, mas a de controle de vida e morte sobre a pessoa do filho. Este era como se fosse um objeto e não como uma pessoa querida.

Os filhos eram incapazes de ter patrimônio e o chefe da família era a única pessoa capaz de direito e obrigações. O pai concedia algum patrimônio ao filho somente para que pudesse atender a suas despesas pessoais no exercício de uma profissão.

Observa-se que o chefe da família tinha a posição do senhor absoluto do lar, nem o Estado limitava seus poderes no âmbito familiar. O pátrio poder configura como poder absoluto e ilimitado do pai, durou muito mais tempo em Roma do que em qualquer outro lugar.

Por fim, conclui-se que o pátrio poder, no direito romano, foi marcado com o poder patriarcal extremamente forte, onde o pai, que era o chefe da laço familiar, era o possuidor

dos patrimônios da mesma e possuía um forte domínio entre os seus membros. Ele era a única autoridade que controlava a tudo e a todos, nem o Estado poderia interferir.

No desenrolar da história humana, ocorreram muitas mudanças no comportamento familiar, o que ocasionou profundas modificações, chegando ao conceito dos dias atuais, onde o Estado regula as atividades familiares e os pais buscam educar seus filhos e administrar seus bens e não a controlá-los.

1.2 Pátrio poder no atual direito brasileiro

O Pátrio Poder no Brasil teve a idéia de poder absoluto do chefe da família até o início de século XX. Com o avanço das telecomunicações, a globalização e a nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental, houve uma grande mudança na relação familiar onde consta no instituto do pátrio poder não um direito do pai com relação ao filho mas sim um dever, do pai e da mãe, de criar, alimentar, educar e proteger os filhos conforme a condição financeira da família.

Com estas modificações e transformações o Brasil, foi mostrando-se mais interessado e preocupado com as inovações culturais que iam surgindo com o tempo. O Estado foi cumprindo com a sua função que é regular estas mudanças comportamentais nas famílias brasileiras.

Surge então o Código Civil de 1916 tratando o pátrio poder como um encargo imposto ao pai e a mãe com o dever de cuidar dos filhos atendendo sempre os interesses deles. Portanto o pai com a colaboração da mãe tinha o dever, obrigação quanto aos filhos menores devendo dar lhes uma criação digna, educá-los proporcionando estudos para uma vida futura e protegê-los atendendo sempre o melhor interesse do filho, mas aos pais era concedido o direito de exigir dos filhos obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A figura exclusiva do pai com a passar dos anos foi se deixando de existir e

passando a dar mais espaço à mulher, para que ela também pudesse fazer parte da administração familiar. Até que na atual Constituição Federal a mulher alcançou a igualdade com o homem.

Hoje, com o novo Código Civil de 2002 não há que se falar em pátrio poder e sim poder familiar, de acordo com a evolução histórica essa nova denominação melhor se coaduna com a realidade pôr se tratar de um poder da família onde todos tem direitos e obrigações com outro e não tendo mais a idéia de poder do pai.

A organização familiar foi sem dúvida a primeira forma de organização humana e, desde que estabelecida, trouxe a existência de poderes e deveres dos pais com relação aos filhos. Portanto, na concepção atual do pátrio poder, Grisard Filho (2000, p. 29) conceitua-o, como: “*Conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lugar o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual e social*”.

1.3 Evolução da titularidade do poder familiar

A versão original do novo Código Civil, em seu artigo 233, traria em sua redação que ambos os pais tinha o pátrio poder sobre o filho menor e que o exercício do pátrio poder pelo pai não exclui esse direito da mãe, afastando no entanto o exercício simultâneo pelo pai e pela mãe, possibilitando assim o exercício sucessivo, de modo que a mulher só era chamada a exercer o pátrio poder na falta ou impedimento do pai.

A Lei número 4121/62 (Estatuto da Mulher Casada) trouxe a solução alterando o artigo 322 do mencionado Código Civil, que daí veio a origem ao artigo 380 do Código Civil de 1916 contendo a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 380 — Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único — Divergindo os progenitores quanto ao exercício do

pátrio poder, prevalecerá à decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Nota-se, então, importante modificação, conferindo o exercício simultâneo do pátrio poder aos dois progenitores, e em caso de divergência entre os cônjuges, possibilitando-os recorrerem ao juiz para solucionar. Porém a modificação continuou a favorecer o pai, pois na hipótese de discordância entre o casal, onde prevalecia a vontade dele.

O Código Civil de 1916, utilizou a expressão pátrio poder durante toda sua vigência, até 2002, portanto, a mudança na denominação foi essencial para o novo Código Civil de 2002, que adequou o instituto ao novo perfil do Direito de Família do século XXI.

O principal fator da mudança foi o advento da Constituição Federal de 1988 oferecendo que as relações familiares passassem a ser equacionadas em razão da dignidade de cada cônjuge com base no Princípio da Dignidade Humana.

No entanto, estabeleceu em seu artigo 5º I- como um dos direitos e garantias fundamentais a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. Estabeleceu, conforme artigo 226 parágrafo 5º da Constituição Federal, *in verbis* “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são o exercício igualmente pelo homem e pela mulher”.

Presentemente, graças ao advento da Constituição Federal, consideram-se os pais no mesmo grau de igualdade em todas as questões relativas ao casamento e a união estável no que pertine aos filhos.

Modernamente o Novo Código Civil de 2002 adotou a expressão Poder Familiar, caracterizando conforme Leite (2006, p. 286) em “*instituições destinada a proteger os filhos, na qual poderes e prerrogativas são outorgados aos pais para facilitar o cumprimento dos deveres e tem nestes a sua exata medida*”.

Nos casos de separação judicial e divórcio, os filhos ficam na guarda de um dos progenitores. Ao outro é reservado o direito de visita, porém, quanto a este, não há perda do exercício do poder familiar. Prosseguem ambos os genitores, após a separação, como titulares

do poder familiar.

É importante sempre ressaltar a importância da guarda compartilhada entre os pais, porque ela além de dividir os direitos e deveres estará preservando o amor e os cuidados para com os filhos. Não se deve ficar e continuar discutindo após uma separação questões tais como direito de visitas, ou quem terá mais ou menos direitos, por exemplo.

Mesmo fora do casamento o pai e a mãe é que exercem o poder familiar, não interessando, com que se encontre o filho. Na falta de reconhecimento, é normal que o exercício só pode se concentrar na mãe com a qual se encontra o filho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também confere o exercício do poder familiar a ambos os pais evidenciando a igualdade do pai e da mãe com relação aos direitos e deveres com os filhos.

A ambos os pais, sejam biológicos ou adotivos pertence o exercício do poder familiar englobando os direitos e deveres contidos no artigo 1.634 do Código Civil de 2002 e quanto aos bens previstos no artigos 1.689 e 1.693 do mesmo código.

Portanto, coube aqui esclarecer que o pátrio poder deve ser exercido pelos pais, sejam eles biológicos ou adotivos, sendo que ambos possuem os mesmos direitos e deveres para com os menores. O direito brasileiro deixa esta questão bem clara, pois aqui preserva tanto a pessoa do menor, como a questão da família, seja ela com os pais morando juntos ou separados.

1.4 Suspensão e perda do poder familiar

Muitas pessoas ainda acham que a guarda é uma vitória alcançada contra o outro cônjuge. Mas é um erro pensar assim, além do que ela não é eterna, pois o cônjuge a quem ficou responsável não atender as verdadeiras necessidades poderá ter a perda ou a suspensão da guarda. E é com relação a este assunto que será abordado neste item.

A suspensão e a perda do poder familiar são sanções impostas ao pai ou a mãe de maior gravidade, pois é através de sentença, onde seus atos são caracterizados prejudiciais ao filho. Vale ressaltar o que diz Gonçalves (2005, p. 112) *“A suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor”*.

Porém a medida de suspensão é menos grave, onde visa preservar os interesses do menor do que punir seus pais. As causas que determinam a suspensão do poder familiar estão elencadas no caput do artigo 1637 e no parágrafo único do Código Civil de 2002. O pai ou a mãe poderá ter o exercício do poder familiar suspenso quando abusar de sua autoridade, faltar aos deveres a eles inerentes ou dilapidar os bens do filho, através de requerimento de algum parente ao Ministério Público, cabendo ao juiz suspender o poder familiar, se achar necessário.

A suspensão do exercício do poder familiar é restrito, conforme a decisão do juiz pode envolver todos os poderes ligados a ele ou apenas alguns referente a um, alguns ou todos os filhos. Portanto a suspensão do poder familiar segundo Maria Helena Diniz será por tempo determinado, podendo pai ou a mãe, suspenso do poder familiar, retornar ao mesmo quando desaparecer a causa que deu origem à suspensão.

Outro motivo da suspensão do poder familiar, de acordo com o parágrafo único do artigo 1637 do Código Civil de 2002, é quando o pai ou a mãe é condenado, por sentença irrecorrível à pena criminal, que exceda a 2 anos de prisão.

A perda, que é a sanção imposta aos pais, é mais grave do que a suspensão, pois ocorre em casos de suma gravidade na infringência do exercício do poder familiar, ou seja, quando ocorre um descumprimento abusivo dos deveres inerentes aos pais ou quando há um abuso do poder dos pais com os filhos. A perda decretada por decisão judicial é uma das causas de extinção do poder familiar.

Como foi visto acima o juiz poderá retirar a guarda sempre que ocorrer fatos que não atendam com o compromisso principal que é zelar pelos filhos. Segundo Salles (2006, p. 17):

A perda do poder familiar é permanente e compulsório, sendo extensivo a todos os filhos”. Podendo atingir apenas um dos pais, passando o outro a exercer o poder familiar com exclusividade, porém se este for morto ou for incapaz de o exercer, o juiz nomeará um tutor. Porém quando provado a regeneração do genitor, causador da perda, ou provar o desaparecimento da causa que a determinou, há a possibilidade de ser reestabelecido o exercício com objetivo de retornarem a posição anterior.

De acordo com o artigo 395 do Novo Código Civil, ao qual o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente se reporta, a mãe ou ao pai perderá o poder familiar quando: *“castigar imoderadamente o filho, deixa-lo em abandono, praticar atos contrários a moral e aos bons costumes, ou incidir reiteradamente, nas frotas causadoras de suspensão, elencadas no artigo 1637 do Novo Código Civil”.*

Ser pai e ser mãe é buscar a construção de um lar, uma família, o respeito e tudo aquilo que compõe o ser humano. Se determinada pessoa não é capaz de conseguir seguir estes elementos, com certeza ela não poderá cuidar de seus filhos, porque criar e educar exigem muito amor e vontade de estar fazendo sempre o bem a seus filhos para que no futuro eles possam ter uma vida saudável e com segurança.

Portanto, é mais do que justo se retirar a guarda daquele que não demonstre ter os valores adequados para se ter a guarda para compor uma família.

1.5 Extinção do poder familiar

As causas que levam a extinção do poder familiar estão elencadas no artigo 1635 do Novo Código Civil. Com exceção do inciso V, acrescentada pela nova legislação, as demais causas são verificáveis independentemente da vontade das dos pais, ou não concorrendo eles para os eventos que as determinam.

Segundo o artigo já mencionado, extingue o poder familiar pela morte do genitor ou do filho, pela emancipação, quando atingir a maioridade, pela adoção e por último quando

decretada por decisão judicial a perda do poder familiar.

II. GUARDA

2.1 Conceito

É importante se iniciar este segundo capítulo fazendo esclarecimento a respeito do significado da palavra guarda, para que possa ter melhores noções quando se for falar nele novamente. A princípio será analisado o que determina o dicionário jurídico, *in verbis*: “*É a ação ou efeito de guarda; vigilância em relação a uma coisa ou pessoa; proteção; vigia; sentinela; administração; depósito*”.¹

Deste conceito retira-se, que o sentido da guarda é dado de uma forma geral o que abrange desde os objetos, quanto às pessoas. Mas, para a pesquisa é de fundamental relevância que se dê importância ao lado da guarda em relação às crianças menores que ainda estão sob a vigilância de seus pais.

A guarda possui algumas peculiaridades que é de grande importância destacar como prestar ao menor assistência educacional, a moradia, vestuário, uma boa alimentação, poder proporcioná-lo o lazer, por que os pais ou qualquer outra que seja um parente ou não quando assume a guarda, assumirá juntamente a responsabilidade de zelo e cuidado com o menor. (SALLES, 200).

Dessa forma, deve-se desvincular a idéia de que ser responsável por uma determinada criança é apenas de se ter a guarda em sentido restrito, pois a guarda vincula muitas obrigações e deveres que serão atentamente seguidos sob as orientações do Código Civil, instituído pela lei número 10.406/02, que dispõe sobre os deveres que os pais têm, junto a seus filhos menores, *in verbis*:

¹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998.

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder; V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprio de sua idade e condição.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, faz uma menção ao que diz respeito da guarda, em seu artigo 22, que diz: *in verbis*: “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”.

Neste capítulo é importante destacar as observações da Lei e do Código Civil tanto para enriquecer o conteúdo do trabalho, quanto para demonstrar o que cada um deles apresentam com relação ao assunto principal, que é a guarda. De acordo com Grisard Filho (2005, p.47):

A guarda constitui como sendo um dever que os pais têm para com seus filhos à partir do momento em que eles são concebidos, ele acrescenta que esta responsabilidade deve cumprida de forma igual entre o pai e a mãe, sendo que um não deve ter maior dever que o outro.

É natural pensar dessa forma, pois assim como o filho é comum para os pais a responsabilidade e os cuidados para com ele deve ser, também, comuns entre eles.

Da mesma forma entende-se que em casos de separação os pais não devem abandonar seu filho, ou deixar de serem os responsáveis e nem ao menos parar de dar a devida assistência necessária ao seu próprio filho, pois a separação que há entre os pais não quer dizer que o amor para com a criança deverá se romper por causa do problema do casal.

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, e o fato de viverem separados não pode retirar da criança este direito, como fazem algumas pessoas, porque isso causaria traumas e sofrimentos a uma criança que não entende nada do que esteja ocorrendo. É preciso

dar apoio ao menor e ter muito cuidado para que ele não se sinta tão perturbado ou preocupado com a separação inevitável de seus pais.

Contudo, para se chegar a falar da guarda compartilhada é imprescindível que se tenha analisado antes a definição do que vem a ser a palavra guarda para poder melhor compreendê-la.

A cada modalidade que será apresentada, deverá ser vista com muita atenção com o fim de que se possa notar os detalhes que existe em relação compartilhada, onde muitas vezes é vista como descaso ou desnecessário. Mais adiante serão apresentados alguns pontos interessantes a respeito da assunto.

2.2 Evolução da guarda na legislação brasileira

Assim como nos demais assuntos no Direito brasileiro, a guarda, também possui a suas fontes históricas e todo um processo de aperfeiçoamento para que se chegasse até a legislação atual.

Por isto, é que neste item serão apresentadas as principais mudanças que ocorrem em torno da guarda dos filhos menores.

Tem-se notícia de que no ano de 1890, foi elaborado um Decreto, de número 181, que foi o primeiro a dispor sobre com que ficaria com a guarda dos filhos de pais que não convivem mais juntos, ele possuía a seguinte redação: *in verbis*:

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

Aqui percebe-se que o Decreto de 1890, faz distinção entre o pai e a mãe e que dará

como punição àquele que deu causa ao divórcio a perda da guarda dos filhos, bem como fazer com que ele pague uma pensão para o sustento dos mesmos e para a esposa se esta não puder pagar as suas próprias despesas. Este decreto em muito se parece com o Código Civil de 1916 e que até pouco tempo tinha vigência.

Em seguida será analisado o Código Civil de 1916, onde não apresenta sentido diferente do decreto e que por sua vez veio regular a guarda dentro de uma lei ordinária e não mais de um decreto. Em seu artigo 325 possibilitava que os cônjuges pudessem discutir a guarda dos filhos.

O artigo 326, do referido Código Civil, fazia uma distinção com relação a quem ficaria com determinado filho, dividindo assim a guarda, onde era observados a idade e o sexo dos filhos, como por exemplo: Em Grisard Filho (2006, p. 50) “*a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas, enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que depois dessa idade, seriam entregues ao pai....*”.

Analisando este trecho percebe-se o quanto a guarda hoje é tratada de forma totalmente diversa. Esta talvez seria a melhor forma de se perceber a grande, ou uma das grandes evoluções com relação ao assunto.

Posteriormente, no ano de 1946 veio o Decreto-lei número 9.701, que dispôs sobre a guarda dos filhos com relação ao desquite judicial. Nele havia uma mudança pois declarava que quando a guarda não fosse concedida aos pais, seria entregue às pessoas da família do cônjuge considerado como inocente e, também, este decreto versava sobre as visitas.

Aqui, nota-se a primeira vez em que se tem notícia sobre a regulamentação do direito às visitas, o que não é só um direito do cônjuge que agiu em erro como principalmente para os filhos. Dessa forma, considera-se a necessidade de se ter a presença de ambos os pais no convívio pessoal e educacional dos filhos, pois o importante não é definir com quem ficará com a guarda, mas a felicidade dos filhos e dos pais.

A Constituição Federal de 1988, elencou em seu artigo 227, o dever que a família, a sociedade e o Estado têm em relação à criança de não deixá-la abandonada e sem cuidados.

Mais adiante, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi instituído pela Lei número 8.069/90, que passou a regular todos os direitos que a criança tem e os deveres e os direitos dos pais ou responsáveis inclusive a respeito da guarda.

Com certeza, o dispositivo da Constituição Federal veio para deixar bem claro que uma sociedade também é composta por crianças e que elas merecem toda a atenção e respeito tanto por parte dos pais como do governo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, era algo inevitável o que reproduz extrema importância, tanto para deixar regulado o direito a criança como também a proteção de seus direitos. Por fim, o novo Código Civil, instituído pela Lei. 10.254 de 2002, conforme afirma Grisard Filho (2005, p. 54) “*permanece fazendo menção aos direitos do menor e com a tradição de que o Estado tem o dever de regular o situação do menor*”.

Em muito a legislação brasileira evoluiu com relação aos direitos dos menores e com relação a guarda dos filhos. A respeito do novo Código Civil, espera-se que ele possa dar os melhores direcionamentos à guarda.

Apesar de tantas mudanças o assunto guarda de menores poderá sofrer outras futuras alterações em suas legislações, mas espera-se que elas sejam sempre para melhorar o convívio entre pais separados com seus filhos e para torná-los cidadãos sem traumas.

2.3 Modalidades da guarda

Diante das grandes diversidades de tipos de guarda, só seria interessante apresentar aquelas modalidades mais importantes para a questão de guarda compartilhada, já que é esse o tema principal desse trabalho.

A primeira modalidade a ser analisada é a que é realizada por que é a guarda uniparental que ocorre na dissolução do casamento. Aqui a autora faz menção a respeito do acordo em que o casal faz com relação à guarda dos filhos para que não hajam traumas e

disputa que acabam desgastando tanto os filhos quanto o próprio casal, outro ponto que ela aborda é o direito à visitas, que deve ser entendido com um direito e não um dever. (LOFUTO, 2006).

É muito comum que durante a dissolução do casamento haja a discussão de quem ficará com a guarda, mas a autora lembra bem ao mencionar que é importante ter cuidado com os sentimentos das crianças. Quando se fala em guarda uniparental, a autora se refere com quem a criança ficará, se será com o pai ou com a mãe, sem levar em considerações a melhor condição financeira, mas o bem-estar dos menores. (LOFUTO, 2006).

Os dois outros tipos de guarda são dados pelo autor Grisard Filho (2006, 167), que são “*a guarda provisória e definitiva e a guarda jurídica compartilhada*”.

Na primeira, o autor determina que a guarda provisória seja apenas uma guarda provisória, o que ainda estará sob o poder de decisão do juiz em julgar para com quem o menor ficará. Assevera Grisard Filho (2006, p. 75) que “*guarda definitiva só assim se tornaria, após a realização da análise, dos “critérios para contribuição da guarda ao genitor mais apto*”.

Na segunda modalidade, irá se discutir a questão da responsabilidade legal que é compartilhada entre o casal, possuindo os mesmos direitos bem como os mesmos deveres para como os filhos, assim como diz as palavras do autor supracitado (2006, p. 79): “*Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos*”.

Por fim, ao analisar este trecho identifica-se que há todo um conjunto de elementos que são indispensáveis, tais como a decisão de guarda, que deve ser decidida juridicamente e que deve ser compartilhada pelos pais de forma igual, sem que haja mais obrigações para um e vise-versa.

2.4 As funções do genitor guardião

Responsabilidade do guardião não se simplifica apenas pelo zelo de cuidado ou proteção, aqui deve-se aplicar os direitos e os deveres da criança de forma ampla, o que deve abranger o lado social, psicológico, educacional, além de outros.

Não é uma tarefa fácil determinar quais serão todos os direitos e deveres a que uma criança ao menos tem garantido por lei. Isso, talvez, deixaria o trabalho com uma leitura desgastante além de não ser o tema central.

Em virtude disto, fara-se-á apenas à colocação dos principais elementos a que alguns autores demonstram como importantes para o menor.

Diniz (2002, p. 79) que diz que o responsável deve assegurar ao menor “*a prestação material, moral e educacional*”. A criança não pode ficar exposta ao abandono, abuso dos pais ou qualquer outra situação que deixe a criança em péssimas condições.

Nota-se que o compromisso assumido pelo guardião é bem maior que só dar a alimentação, vestuário ou a escola, é importante observar o lado emocional da criança, pois com certeza o mesmo deve ficar muito confuso com tudo o que acontece a sua volta. Grisard Filho (2005, 494) destaca dois tipo de diferentes responsabilidades:

Que o guardião tem para com o menor além daqueles como a educação, a moradia e a alimentação, que na realidade são básicos par que qualquer pessoa mantenha um bem-estar saudável, que são administração dos bens e a questão da responsabilidade civil. É o que será analisado a seguir.

Diante de várias obrigações os guardiões ainda se depararão com assuntos relativos aos bens materiais que os menores possam ter e como estes ainda não possuem a idade permitida por lei para administrar seus bens, os pais assumirão mais esta obrigação, é o que determina Grisard Filho (2005, p. 94):

A ambos os genitores, então, cabe a administração de todos os bens do filhos. Entretanto, no pós-ruptura, o direito antes colegiado passa à exclusividade do genitor guardião. Em contrapartida à administração, cabe ao genitor guardião o usufruto dos bens dos filhos.

Sempre que se discute a guarda dos filhos fica em discussão também o respeito dos bens que o menor possui e neste trecho diz bem claro que somente aquele que tem a guarda será o responsável legítimo para se administrar todos os bens, com foi visto acima o guardião poderá até usar o bem como usufruto enquanto a guarda existir.

O segundo tópico apresentado pelo autor, mencionado anteriormente, se trata de responsabilidade civil.

Ela ocorre quando o menor é o causador de algum dano contra uma outra pessoa e com há ocasionado um prejuízo caberá ao responsável do menor o dever de reparar o dano. Grisard Filho (2005, p.92) afirma que: *“enquanto exercem conjuntamente o direito de guarda é presumida a responsabilidade do pai e da mãe, como complemento do dever de educar os filhos e manter vigilância sobre eles”*.

Esta questão gera muita discussão dentro da responsabilidade civil, pois até que ponto o pai deve indenizar os prejuízos causados pelo filho? Mas, também não é justo deixar a vítima em prejuízo, portanto sendo assim, o correto seria pagar a justa indenização.

Analisando o Código Civil, tem-se disposto no artigo 1521, I- a responsabilidade civil do pai para com o menor, que determina o seguinte, *in verbis*: *“São também responsáveis pela reparação civil: I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia”*.

As polêmicas que giram em torno da responsabilidade civil não irão acabar, por isso o certo será seguir o que determina o Código Civil em que diz que a responsabilidade é dos pais pela reparação dos prejuízos ocorridos.

É importante lembrar que a responsabilidade civil do guardião, como o próprio

termo concretiza, é preciso que o filho esteja sob a sua guarda. Isso parece ser tão óbvio, mas é certo que depois de tantos esclarecimentos a conclusão é necessária.

Portanto, diante de todas estes destaques junto ao que diz respeito a qualidade de função que os pais responsáveis pela guarda possui para como os seus filhos, foram apresentados os principais deveres e polêmicas que sempre surgem na guarda.

2.5 Efeitos psíquicos da guarda

É possível que a guarda após a dissolução do casamento venha a trazer um desequilíbrio ao bem-estar do menor, que com certeza, não estará preparado para entender o que está acontecendo, isso se ele for muito pequeno, ou se for maior ele não poderá saber escolher o melhor caminho e ficar confuso. Seria ideal que a relação dos pais fosse excelente, caso estabelecessem projetos em comum juntos. Mas, isso é muito utópico.

Não basta apenas focar o assunto de forma totalmente jurídica sem tornar relevante o lado psicológico que afeta o menor, pois neste item serão mostrado breves considerações a respeito do lado emocional sofrido pela criança. Vale ressaltar o que diz Salles (2006, p. 72):

O menor quando se encontra nesta situação é natural que ocorra muitas mudanças em seu estado psicológico, tais como a depressão e os traumas formados muitas vezes pela repressão em sua infância o que acarretará verdadeiro danos futuros se não forem evitados ou devidamente controlados.

Diante de tal situação o menor precisa de muito amor e carinho que devem ser dados pelos pais. Isso não deve ser entendido como foram de enganá-lo ou para fazer com que ele se conforme com a decisão de seus pais, pois o principal objetivo a ser seguido é confortar a criança e mostrá-la que o fato dos pais se separarem, não que dizer que o amor que eles possuem por seus filhos serão separados ou divididos.

Com certeza tratar deste assunto é tão delicado que deve ser discutido sempre com muita cautela para não ferir os sentimentos da criança.

2.6 Extinção da guarda

Antes de dar seguimento ao trabalho será analisado o que vem a ser a palavra extinção. O significado da mesma é: “*Fim; cessação; abolição; dissolução; aniquilamento; ruína; extermínio de uma raça ou de um povo, ato de apagar incêndio, término; supressão; perecimento; perda; consumo*”.² De todos estes conceito o principal seria o término, pois se referem a extinção da guarda.

Existem algumas possibilidades de se acabar com os efeitos da guarda que ocorre quando o menor chega à maioridade, com o falecimento dos pais, pela emancipação, quando for pedido por um ato judicial, com efeito *opinio litis*.

Além destes exemplos, a guarda poderá ser transferida para uma terceira pessoa quando a guarda dos seus pais forem consideradas impróprias ou contrárias aos interesses do menor e somente o juiz poderá fazer esta alteração. (SALES, 2006).

Percebe-se que a guarda poderá ser extinta não só por fatos naturais que ocorrem contra a vontade dos guardiões responsáveis ou poderão ocorrer em situações em que ameace os assuntos relacionados aos menores que são praticados por atos dos próprios guardiões. De acordo com Gonçalves (2005, p. 110):

a guarda poderá ser extinta ou até suspensa, pois verifica-se que ela não é eterna e que poderá ser retirada bastando a comprovação de que o responsável é a pessoa inadequada para reger os cuidados do menor. a suspensão e a perda do poder familiar constituem punição e não prêmio ao comportamento faltoso.

² DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 486.

Após toda a abordagem a respeito da guarda, esta capítulo será finalizado com a possibilidade de extinção da mesma o que conclui-se que ela não é algo que esteja inteiramente sob o controle dos pais responsável, por estarem sempre sob a observação do juiz.

III. GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Conceito

Analisar o conceito de Guarda Compartilhada é de grande importância para que se forme o correto entendimento a cerca do tema. De acordo com Wald (2005, p. 453) a guarda compartilhada tem a seguinte definição:

A guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade.

A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável, pois sua presença dá mais segurança à criança e é importante para seu desenvolvimento emocional.

Em virtude disto é que a guarda compartilhada deve ser decidida com muita cautela, pois ela permite que os filhos vivam e convivam numa estreita relação com o pai e com a mãe, havendo uma co-participação em igualdade de direito e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem estar dos filhos. São benefícios grandioso que esta nova forma de guarda traz às relações familiares, por que não estará sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, estress e desgastes.

Enquanto a família permanece unida, o menor poderá desfrutar dos dois. A ruptura da relação entre os pais e os filhos cria uma nova estrutura familiar. Na sociedade surgem cada vez mais conflitos envolvendo as relações entre pais e filhos, porém são escassas as normas legais a respeito deste assunto. A guarda compartilhada é vista por alguns autores como uma nova forma de poder familiar, veja a seguinte definição de Sales (2006, p. 9):

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação do instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a idéia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar.

A guarda compartilhada de filhos é uma solução inteligente na área de Família, que vem sendo adotada cada vez mais, de forma espontânea, entre casais que se separam, realmente preocupados com o desenvolvimento saudável e equilibrado dos filhos, numa verdadeira demonstração de amor e respeito pelo interesse dos menores.

Antes, a guarda quando era concedida somente para a mãe só ela é que era a responsável pela criação das crianças e hoje tem-se a noção de que a participação dos pais durante o convívio dos filhos é de grande relevância ao ponto que se evitar problemas futuros à criança e dará oportunidade dos homens continuarem sendo os pais e responsáveis por seus filhos.

3.2 Evolução social da guarda compartilhada

A guarda compartilhada também, sofreu algumas evoluções e sendo assim seria importante apresentá-las para que se demonstre de que forma ela era abordada. Grisard Filho (2005, p. 49) destaca duas formas em que a guarda compartilhada foi discutida dentro do meio jurídico, “*a primeira diz respeito à dissolução do vínculo conjugal e o Estatuto da Criança e do Adolescente*”.

Nota-se que a dissolução dos casamentos ao longo dos tempos vem sofrendo alterações comportamentais e devido a isso a guarda compartilhada veio surgindo e se aperfeiçoando para que se torne uma justa solução para que ambos os pais possam desfrutar os momentos juntos com seus filhos.

Contudo, apesar destas mudanças a idéia de se constituir uma família ainda continua presente em todas as sociedades. Apesar de existir muitas pessoas que não buscam a felicidade no lar familiar, não há ninguém que duvide que a família é um dos melhores

refúgios para se descansar, ter alegrias e evitar a solidão. Visto que, o homem valoriza a formação do vínculo familiar, Barros (2004, p. 107) esclarece que:

A família é uma organização que subsiste às mudanças históricas e políticas da humanidade, redesenhando seu contorno através dos tempos e persistindo na função de sua estrutura inabalável responsável pela constituição do sujeito e pela transmissão da cultura.

A evolução da guarda compartilhada consiste em destacar as próprias mudanças de comportamento do homem e da mulher em relação ao casamento e ao bem-estar de seus filhos. O homem mesmo separado com ou sem a guarda continuará sendo o pai e da mesma forma subentende-se com a mulher, um não tem mais direitos ou obrigações que o outro. Neste sentido assevera Venosa (2004, p. 234) “*Não é porque um dos pais não tem a guarda do filho que deve deixar de exercer a orientação e fiscalização que são próprias do poder familiar*”.

A guarda compartilhada não é só para dar mais oportunidade ao casal de assegurar a alegria e o conforto dos filhos, mas como também para que os deveres para com os filhos são sobrecarregados apenas aquele que está com a guarda.

Apesar da separação, os pais devem continuar agindo juntos para educar os filhos, afinal mesmo que não sejam mais casados e não devam satisfação para o outro, o que um decidir o outro não poderá fazer o contrário porque isso estaria tirando o poder de disciplinar o filho e não estaria contra o sentido da guarda compartilhada que é dividir, mas com maturidade e responsabilidade, a educação adequada aos filhos, além de dividir os deveres para com eles.

Enquanto isso, o Estado cumpriu com o seu papel e disciplinou a questão da guarda compartilhada não só na Constituição Federal, com já foi visto, como também, no Estatuto da Criança e do Adolescente até para intensificar mais ainda a importância de se garantir um bom futuro a criança principalmente no seio familiar. Veja o que determina o artigo 33, caput, do mencionado Estatuto, *in verbis*: “*A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se*

a terceiros, inclusive aos pais”.

É muito importante se ter além da previsão legal no Código Civil em relação à guarda, assim como também se ter regulado os direitos que são, ou devem ser indispensáveis a uma criança mesmo que ela tenha a guarda apenas um de seus pais. As mudanças com relação a guarda com certeza não irão parar por aqui, mas espera-se que esta tese possa se aprimorar cada vez que for necessário.

3.3 O modelo ideal para o menor

Na verdade, não existe uma regra que determine um modelo adequado para a guarda compartilhada, mas os autores apresentam as melhores formas de unir a separação dos pais junto com a guarda e o bem-estar dos filhos.

Os filhos quando pequenos dificilmente aceitam a idéia de ter seus pais divididos. É natural que o seu lado emocional fique abalado com tais acontecimento e os pais não devem deixar que este abalo se transforme em depressões e traumas é importante que o casal converse com a criança para poder lhe passar segurança e confiança de que eles não vão abandonar a criança.

A criança não deve ser deixada de lado e nem ser alvo de discussões como se fossem um peso a ter que suportarem, pois o amor para como a criança deve sempre prevalecer sobre as desavenças dos pais.

É sempre importante destacar que o presença do pai é fundamental para o bom desenvolvimento do menor, a mãe, que geralmente fica com a guarda, não deve proibir ou restringir que o pai veja o seu filho, principalmente quando este é o seu desejo. Reis (1992, p. 56) é outro doutrinador que esclarece a importância de que o casal deve ter um bom relacionamento, veja o o que ele diz: *“Na vida diária da família, tais decisões comuns resultam que os pais se confiem mutuamente a decisão para os assuntos como os quais o outro tem especialmente relação”.*

Assim, como o próprio nome diz a guarda deve ser compartilhada entre os pais e em consequência disto a mulher tem percebido que a presença do pai além de ser importante a própria criança sente falta do amor paterno. (LOTUFO, 2006).

É claro que existem homens que sonham em serem pais e eles também sentem muito a falta do filho no seu dia-a-dia. Hoje, assim como o pai sente a falta de seu filho, este também quer ter-lô na sua presença.

Por isso, deve-se aceitar que o pai divida não só as responsabilidades como também as alegrias e o amor do filho. Não se deve vincular a idéia de que só as mulheres possuem a falta de se ter os filhos perto dela ou que só ela é capaz de cuidar melhor do filho que o pai.

É o que lembra Lotufo (*op. Cit.* p. 274) ao destacar que: “ *Por estarmos vivendo num tempo pós-globalização, a mulher vem se libertando de antigos preconceitos, simultaneamente ao desabrochar do novo homem mais paterno e mais presente na vida dos filhos*”. O melhor para a criança é tratar este assunto com responsabilidade para que ela não se machuque ou se sinta excluída do amor de seus genitores.

Para que este entendimento se chegasse a esta conclusão foi preciso passar por inúmeras experiências e decepções até que se percebe-se que a separação do casal não faz dividir o amor para com a criança, pois se ambos os pais querem o melhor para seu filho pouco importa com qual deles ficará com a criança, pois o importante é não perder o contato íntimo com seu filho.

3.4 Direito de visita

Outro importante assunto relacionada à guarda compartilhada é em relação ao direito de visita e que não poderia ficar fora do contexto deste trabalho, pela fato de complementá-lo ainda mais.

Primeiramente, o novo Código Civil, instituído pela Lei número 10.406 de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 1589, prevê o direito à visita, veja a seguinte redação, *in verbis*: “ *O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação*”.

Este dispositivo, traz uma inovação em relação ao antigo Código Civil, instituído pela lei número 3.071, de 1º de janeiro de 1916, pois neste não havia nenhum artigo que se referisse à proteção da pessoa dos filhos. Neste capítulo, do novo Código Civil, trata sobre a questão da guarda dos filhos. Como se vê, o direito de visita é mencionado, protegido por lei, o que traz mais segurança para o cônjuge que não possui a guarda.

Felipe (2006, 20) ensina mais a respeito do direito de visita, é o que passa a expor: “*É sagrado o direito de visita, assegurado mesmo ao cônjuge culpado ou responsável pela separação, mas deve ser restringido se tal medida for de conveniência para a formação do menor*”.

Contudo, é importante ressaltar que este direito poderá ser suspenso se caso ele não atenda ao bem-estar do menor ou venha a ter outros problemas, pois deve-se lembrar que o direito de visita não é algo que não possa ser retirado, pois dependendo do caso concreto o juiz poderá tirar as visitas. Há que se destacar o que diz Venosa (2004, p. 235): “*Por outro lado, na posição diametralmente oposta, o direito de visitas poderá ser suspenso perante casos extremos de inconveniência do contato do menor com o pai ou a mãe*”.

Outro ponto que merece ser abordado dentro deste tema é com relação ao direito que os avós possuem de poder regular visitas, da mesma forma que o cônjuge que não possui a guarda. Se os avós fazem questão de ver e ter mais contato com o menor porque não aceitar que eles também possam desfrutar da presença da criança, já que também é um direito que estes avós também possuem.

Venosa (idem) determina, que os avós também têm este direito e em seu livro ele traz a seguinte frase: “*Lembre-se de que a proteção à pessoa do menor e a seu bem-estar familiar exige que também aos avós seja deferido o direito de visitas, com a mitigação necessária, nunca podendo ser suprimido*”.

Existe outro doutrinador, que também faz menção em relação a este tipo de direito, é Felipe (2006, 20) veja o que ele diz: *“Embora sem amparo expressamente legal, é forte a corrente doutrinária e jurisprudencial a admitir a direito de visita dos avós”*.

Com certeza, este tipo de direito de visita, assim como diz o autor acima mencionado, ainda será muito discutido e quem sabe poderá ter alguma lei que possa regulá-lo.

Por fim, é bom destacar que o direito de visita além de ser uma garantia do responsável de ter a presença do menor, como também do próprio menor ter consigo os pais, embora não estando juntos como um casal, mas como pai e mãe.

Seria bom imaginar que no futuro as pessoas possam ter em mente que se deve preservar a família como um ideal de vida e para se constituir a tranquilidade e a felicidade, pois é aqui onde o homem primeiro aprende a se educar, ter limites e a amar. Assim, sendo, o direito de visita e mesmo a guarda compartilhada não devem influir na preservação do conceito familiar.

3.5 As vantagens da guarda compartilhada

Este tópico abrangerá os aspectos positivos que a guarda compartilhada possui o que lhe são característicos. Apesar do lado negativo de uma separação possa causar o lado de se analisar as vantagens servirá para intensificar algo que possa trazer um bom meio de se explicar ao menor que ele deverá encarar isto como uma consequência normal dentro do casamento de seus pais.

Lotufo (2006, p. 430) destaca alguns elementos de caráter positivo: *“As vantagens da guarda compartilhada são: promover a continuação da vida da família para o filho, não perpetuar a briga entre o casal, irá melhorar a auto estima e melhorará os coeficientes dos rendimentos escolares”*.

Para que estes fatores sejam alcançados é importante lembrar que deve-se ter a participação de ambos os pais e não só de um. Não é porque aquele que está com a guarda que terá que sempre resolver os problemas que surgirem. O amor que os pais sentem pelos filhos não deveriam diminuir, mas sim aumentar o cuidado e a atenção.

Agora com relação aos efeitos positivos analisados, concernentes aos pais, existem alguns que chamaram a importância por envolverem não só o filho, mas a toda a família mesmo que separada deverão se relacionar melhor, Grisard Filho afirma que (2005, p. 269): *“Maior responsabilidade dos genitores ao atendimento das necessidades dos filhos e a maior interação do pai e da mãe no desenvolvimento físico e mental das crianças”*.

Aqui percebe-se que na relação entre o casal haverá menos desentendimentos e atritos, até por que eles irão desempenhar para atender da melhor forma possível as necessidades dos filhos por um caminho de cooperação mútua.

É certo que no convívio familiar exista sempre alguns desentendimentos, o que se deve ou deveria ocorrer é deixar que isso se torne uma rotina ou que exceda seus limites.

Em qualquer ponto negativo que a relação humana possa enfrentar não se deve esquecer de buscar sempre encher as coisas boas para que possa dar mais forças para continuar em busca da felicidade e da harmonia principalmente entre os laços familiares.

3.6 As desvantagens da guarda compartilhada

Apesar de dar relevância aos efeitos positivos da guarda compartilhada não se pode esconder ou deixar de falar a respeito dos efeitos negativos do tema, pois eles complementam e enriquecem ainda mais o conteúdo do trabalho.

Ressalta-se neste item as desvantagens em relação a guarda compartilhada, como diz o próprio subtítulo, desvinculando assim a idéia ruim da questão da separação do casamento.

Aqui serão abordados alguns fatores que também merecem destaque por não poderem ser de forma alguma esquecidos ou deixados de lados.

Embora se discuta muito que as desvantagens existam é necessário, não fechar os olhos e ficar atento para que os conflitos não percam o controle. É preciso que os pais tenham a maturidade suficiente para que não se deixem destruírem por algo que poderia até ser evitado.

Nos conflitos não só os filhos, que sofrem, o desgaste emocional envolve e muito os pais, sendo que isso atrasa a felicidade e a própria constituição de vida, que são os laços familiares. Afinal o respeito começa em família. Em virtude disto, se fez necessário apresentar um paralelo entre as desvantagens que a guarda pode trazer tanto aos pais quanto aos filhos. Segundo Grisard Filho (2005, p. 180):

Aos pais, terão maiores custos com relação à moradias, que devam ser adequadas, a adaptação desta nova fase que eles terão que vivenciar e a necessidade de se ter um emprego flexível par que as visitas não sejam evitadas. Aos filhos, terão que passar por uma difícil adaptação com relação a moradia, com a separação de seus pais e também ao que diz respeito ao lado psicológico, que são os sentimentos as emoções e muitas vezes a não aceitação da dissolução do casamento.

Parece que os fatores negativos são bem maiores que os positivos, mas se levar em consideração que se eles forem tratados com cautela e prevenção contra estes efeitos eles poderão ser revertidos para que ocorra o amadurecimento dos filhos.

A guarda compartilhada deve ser vista com um conjunto que existe pontos positivos e negativos, mas que não sejam considerados como um empencilho tanto para o casal quanto para os filhos. Esta talvez seja a melhor solução para o conflito que cerca a guarda compartilhada.

IV. A POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA

Não há no direito positivo brasileiro, norma expressa que autorize a aplicação do modelo em tela, na seara do Direito de Família. No entanto, conforme iremos adiante demonstrar, tal adoção não é vedada: ao revés, deve ser estimulada, para melhor atender a seus princípios.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, I- prevê a igualdade entre o homem e a mulher, bem como o faz seu artigo 226, parágrafo 5º, ao estatuir *in verbis* “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, com base nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, nos termos do parágrafo 7º do mesmo artigo. Deste modo, não mais se justifica a preferência dada às mães para a guarda exclusiva do filho, consoante estabelecia o artigo 10, parágrafo 1º, da Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, bem como do artigo 16 do Decreto Lei 3.200/44.

Hoje, já é sabido que inexistente qualquer razão, seja de cunho biológico, seja psicológico, ou mesmo jurídico, que justifique referido privilégio. A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, tem igual importância para o saudável desenvolvimento do menor, salvo em situações excepcionalíssimas, como, por exemplo, na fase da amamentação, por óbvio.

Assim, é de se concluir que os dispositivos que tratavam da preferência materna na guarda dos filhos não foram recepcionados pela ordem constitucional vigente. Ademais, a própria Lei do Divórcio traz uma disposição que autoriza ao juiz determinar diversamente: o artigo 13, *in verbis*: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.” Ora, entende-se que cabe dar interpretação extensiva a tal disposição, entendendo-se com maior flexibilidade o conceito de motivo grave. Afinal, a procura do bem estar da criança e seu melhor interesse amoldam-se perfeitamente a tal situação.

Ainda a Lei 6.515/77 traz outras disposições que autorizam a efetivação do compartilhamento da guarda, a saber: O artigo 9º estabelece *in verbis*: "*no caso da dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos.*" No entanto, entende-se que, ainda em casos de separação litigiosa, não divergindo os cônjuges no requerimento de guarda, deverá ser observado o entendimento dos pais, como uma interpretação mais consonante com os princípios trazidos pela Carta Constitucional de 1988.

Traz ainda a Lei do Divórcio, em seu artigo 27, *in verbis* "*o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos*", o que vem a reafirmar a plausibilidade da adoção da guarda conjunta no país, bem como sua recomendação.

A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente traz, por sua vez, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada por um magistrado nacional, a saber: o seu artigo 4º, *caput*, transmite o que a cabeça do artigo 227 da Constituição Federal já contém, *in verbis*:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária". O art. 5º assim se manifesta: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais". Coloca o art. 6º: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento". O art. 16, caput, traz: "O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...)" "V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação" (...). Já o art. 19, aduz: "Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família (...)". Por sua vez, o art. 27 transmite: "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.

Lançadas sobre estas disposições as luzes dos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, iluminar-se-á um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.587 à 1.594, capítulo XI, referentes à Proteção da Pessoa dos Filhos, nenhuma modificação de monta apresentou ao existente no arcabouço legislativo em vigor. Mas há uma característica da legislação vigente que tem implicações importantes sobre a guarda de menores: é o Pátrio Poder, agora, com o Novo Código Civil, chamado Poder Familiar. Ele é exercido igualmente por pai e mãe (se capazes), e a separação (judicial ou de fato) ou o divórcio não interferem neste atributo. O artigo 384 do diploma revogado explicitava com clareza seus atributos, os quais foram integralmente mantidos pelo novo Código, a saber, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, no exercício do pátrio poder: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Assim, temos que mesmo o genitor que não detém a guarda continua com o pátrio poder, devendo exercê-lo sob pena de perdê-lo, como regia o Código Civil de 1916, no seu artigo 395, II, repetido no artigo 1.638, II, do Novo Código Civil. A questão é que este artigo é pouco aplicado, nestes casos. A guarda compartilhada vem oferecer um grande instrumental para que se garanta a efetividade do exercício do pátrio poder, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, ou união estável.

Ainda há muitas outras disposições legais poderiam aqui ser trazidas à colação, e mais exaustivamente examinadas; no entanto, tal empresa refoge aos modestos contornos deste trabalho. O importante é que não se perca de mente três conclusões básicas, que se pode extrair desta sucinta análise de nossa legislação: 1) O vínculo parental, e os direitos e deveres dele decorrentes, não se extingue com a extinção do vínculo conjugal; 2) A guarda dos filhos deve ser decidida pelo juiz quando o desacordo dos pais, ou interesse do filho o exigir; e 3) A Guarda Compartilhada é amplamente admitida pelo ordenamento pátrio, desde que resultante de um acordo entre os pais, e for benéfica aos interesses do menor.

Destarte, podemos concluir que, embora o Direito Positivo Brasileiro não contenha norma expressa a respeito, como ocorre em inúmeros ordenamentos, não há, tampouco, vedação, o que enseja possibilidade da ocorrência legal do tipo de guarda *sub examine*. O Juiz estará agindo sob o manto da Lei para autorizar a guarda compartilhada, quando os pais a ela se dispuserem, seja na separação ou divórcio consensual, seja no litigioso, desde que, como dito, quanto à guarda, haja acordo.

Em todo caso, a questão deverá ser analisada incluindo-se todos os interessados, de modo que se chegue à solução que mais beneficie os menores, mas que também contemple seus pais, a fim de que nenhum deles negligencie a criação e educação de seus filhos: o vínculo parental, após a dissolução do vínculo matrimonial, deverá ser preservado, sempre, e na medida do possível, como era antes do rompimento.

4.1 Projetos de inserção da guarda compartilhada no novo código civil

Tendo em vista o acompanhar o evolucionar doutrinário, e mesmo estimular o jurisprudencial (ainda tímido, quanto à questão), foram propostos dois projetos de Lei, com o escopo de modificar o Código Civil de 2002, antes mesmo de sua entrada em vigor, pela introdução expressa do sistema da guarda compartilhada. O Projeto do Deputado Feu Rosa (PL n.º 6.315/02) é do seguinte teor:

Art. 1.º Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio. Art. 2.º O art. 1.583 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: Art. 1583 Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais. Art. 3.º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

O art. 1.583 do Código de 2002 trata da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio consensual. Destarte, consideramos bastante tímida esta proposta de alteração, uma vez que vem apenas a

explicitar o que já é possível, frente ao arcabouço legislativo já disponível. Consoante visto supra, a guarda compartilhada, quando decorrente de acordo entre os genitores, não oferece qualquer dificuldade, uma vez que há a primazia do melhor interesse do menor.

Em sua justificção, aponta o deputado que “*só haja possibilidade de tal tipo de guarda se a separação ou divórcio forem consensuais, caso contrário, as crianças estarão ainda mais vulneráveis em meio a discussões sobre onde e com quem devem ir a algum lugar*”. Ora, não se vê sentido na afirmação transcrita, uma vez que, mesmo em sendo litigiosa a separação ou divórcio, poderá não haver divergências acerca da guarda dos menores, o que já autoriza ao juiz concedê-la. Ao revés, a proximidade e o comum interesse em resguardar o bem-estar e saúde emocional de sua prole poderão unir os pais, ou, ao menos, não aumentar as diferenças e desavenças porventura ainda existentes. É o que preleciona a Desembargadora Azevedo (2007):

A responsabilidade gravita em torno do modelo que os filhos esperam vivenciar nas pessoas de seus pais, imagem sobre a qual irão espelhar-se sobre a vida afora. A disputa entre casais, a chantagem, o jogo de sedução para conquistar o amor da criança, em que se apóiam aqueles que criticam a Guarda Compartilhada, não encontram guarita neste modelo, porque a convergência de sentimentos, a reciprocidade e a troca entendimentos, pelos pais, detentores da Guarda compartilhada, afastam as partes conflituosas, uma vez conscientizadas de que o mais importante é o bem estar de seus filhos.

Um pouco mais ousada queda-se a proposta do Deputado Tilden Santiago, em comunhão com a APASE - Associação de Pais Separados, e a Associação Pais Para Sempre, o que redundou na apresentação do Projeto de Lei 6.350/02, *in verbis*:

*Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível. Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos: Art. 1583..
.....§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada. § 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar. Art. 3º O Art. 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa*

a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1584. Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança. § 1º A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança Art. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

Aqui, verifica-se realmente uma modificação que viria a espancar dúvidas sobre o cabimento da guarda compartilhada, mesmo em situações onde não há acordo entre as partes. Numa leitura apressada do sugerido novo *caput* do art. 1.584, poder-se-ia entender que o juiz ficaria autorizado a impor o regime de compartilhamento, caso verificasse necessário; no entanto, nosso entendimento é no sentido de não se extrapolar os limites do razoável, tão comumente esquecidos por aqueles que se empolgam em demasia com alguma novidade jurídica.

Neste caso, a passagem sempre que possível vem a temperar o imperativo, uma vez que, em casos com a de desavenças crônicas entre os pais, os benefícios decorrentes do compartilhamento não superaríamos os prejuízos aos infantes, quer de ordem psicológica, quer de ordem moral. A falta de acordo entre as partes não deve ser de tal monta que inviabilize a mútua cooperação, base do instituto, o que configura, em última análise, uma aceitação da decisão.

Tal proposta visa inverter a sistemática, tornando a guarda única exceção, e a compartilhada, regra. Não há de haver, contudo, de gerar ainda mais desavenças entre os genitores, o que os levaria incontáveis vezes ao judiciário, a fim de solucionar litígios no exercício da guarda.

Também avança o projeto em comento ao expressar, na nova redação sugerida para o artigo 1.583, parágrafo 1º, que o juiz estimulará os casais a adotar o compartilhamento da guarda em seus acordos, o que se afigura muito consentâneo com a necessidade de divulgação do novo instituto, tornando conhecido seu modelo e suas vantagens. Ao estabelecer, entretanto, interpretação autêntica, no projetado artigo 1.583, parágrafo 2º, esta, tal como está, revela-se insuficiente, apesar dos grandes avanços que o referido projeto, aprovado, certamente trará. Primeiramente, deve-se destacar o fato de referir-se que os pais participam

igualmente a guarda material dos filhos. Bem, guarda material é um conceito entendido, atualmente, como a guarda física, como o contato direto do genitor com o filho. Isto poderia ensejar controvérsias, a respeito de se realmente está-se a tratar da guarda compartilhada, e não da alternada. (BARRETO, 2007).

Porém, lida a justificativa do projeto, bem como se pode depreender do termo corresponsabilização, e da expressão participam igualmente (...) os direitos e deveres emergentes do poder familiar, não há dúvidas que se trata da guarda compartilhada. Assim, ao invés de guarda material, seria mais técnico o legislador utilizar o termo guarda jurídica, a fim de que se evitem tais dificuldades. (BARRETO, 2007).

Barreto (2007) afirma que:

Seria também pertinente o legislador explicitar que a adoção do sistema de guarda compartilhada não importa na partição da guarda física, tal como o faz expressamente o Estatuto de Iowa, referido supra. Ainda que decorra do próprio instituto, tal noção deveria vir esculpida nesta regra, já que, tratando-se de interpretação autêntica, devem ser trazidas, o mais completamente possível, as características do que pretenda conceituar.

Tais limitações, no entanto, não retiram o mérito da proposta, as quais, uma vez aprovado o projeto, poderiam ser facilmente contornadas pelo aplicador das novas normas, pelo que nossas sugestões visam apenas trazer maior precisão ao projeto. O importante é que, com esta alteração, dar-se-á maior visibilidade ao instituto, bem como se vencerá a resistência daqueles que entendem ser a falta de regulação específica um óbice para a adoção deste sistema. (BARRETO, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada após muitas alterações, hoje, está mais inovada ao aceitar que o homem possa ficar com a guarda e ao dar mais relevância aos sentimentos do menor.

A pesquisa foi realizada sempre com embasamentos jurídicos doutrinários e legais para melhor fundamentar e esclarecer os conteúdos de cada título e item.

A presente pesquisa revela que atualmente os homens mudaram as suas atitudes e conceitos com relação a seus filhos. Eles querem estar mais próximo e presentes no seu dia-a-dia. O menor deixou de ser o alvo de inúmeras brigas e passou a ser mais valorizado, onde ele recebe toda a atenção e cuidado por parte de seus pais.

A consciência de igualdade entre os homens e as mulheres, trouxe para estas um novo conceito de mundo estando ela mais participativa na economia e no trabalho. Mas, com relação a esta igualdade se pôde notar que dentro do conjunto familiar o homem se desenvolveu muito ao que se refere à distribuição de deveres e direitos com relação a seus filhos e mesmo que o vínculo conjugal tenha-se desfeito o homem não desfaz o vínculo familiar, ainda que seja a de seus filhos.

Em virtude disso o Estado criou o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como passou a conter em sua redação a questão da guarda, sempre procurando a bem-estar na guarda compartilhada.

Outra legislação que passou a dispor sobre o tema foi o novo Código Civil, instituído pela Lei número. 10.406/02.

E, primordial, é enfatizar que Constituição Federal de 1988, elevou a família e a proteção ao menor como uma forma de declarar sob o patamar mais alto, que eles merecem mais respeito e zelo por parte da sociedade.

Foi visto que, em alguns casos a guarda poderá ser passada a um terceiro e não somente para os pais. Ela poderá ser ainda extinta caso o guardião não atenda mais os requisitos de competência para tal. Com isso, verifica-se que a guarda não é algo que não possa ser desfeito, aqui, novamente, se observa o bem-estar do menor.

Numa separação é comum que se discuta a questão da guarda e devido a isso é natural que se encontre muitos fatores negativos tanto para o casal quanto para os filhos que nada compreendem. Mas, em meio de tantos conflitos é necessário que apresente alguns fatores positivos principalmente para que a criança não tenha traumas futuros e nem que os pais vivam em conflitos eternos.

Por mais que existam desentendimentos e contradições dentro do lar, é necessário que o profissional do Direito antes de acionar a Justiça seja cauteloso não só com o seu cliente, mas com a parte contrária é com o menor a fim de buscar conter ou solucionar o caso da melhor forma possível.

Nesta pesquisa não se teve o objetivo de indicar os caminhos que deverão ser escolhidos ou não, o que há é apenas a discussão com relação à guarda compartilhada como uma forma de buscar e passar conhecimentos a todos àqueles que se interessam pelo tema abordado.

De acordo com o que foi analisado e dissertado neste estudo científico, o tema proposto Guarda Compartilhada, podemos concluir que a melhor alternativa à disposição dos casais atualmente perante o juiz é a guarda compartilhada. Pois os filhos precisam de ambos os pais, não existe para eles o mais e o menos importante. Aquele que fica com o menor não pode privá-la da figura paterna ou materna, sendo um direito da criança de conviver com ambos os genitores.

Uma constatação importante deve ser realçada diante do tema estudado que são as seguintes abordagens: Se é possível ser bom pai ou boa mãe mesmo separados e, além disso, é fundamental é pensar que existem ex-cônjuges, mas nunca ex-pais, verifica-se que, os cônjuges separam-se matrimonialmente e não dos filhos. O casamento e o amor podem acabar, mas os filhos são para sempre.

A verdade é que o estudo, a este tema não irá parar por aqui, pois ele servirá como um início de estudos mais aprofundados em relação a todo o tema, porque a guarda compartilhada possui em vasto campo de estudos que envolve desde as questões judiciais como as afetivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Maria Raimunda Teixeira de. **A Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-358210601>> Acesso 17 de dez 2007.

0

B0ARRETO, Hayane Dantas Lucas. **A posição do direito brasileiro quanto a Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso 28 de nov. 2007.

BARROS, Fernanda Otonide. **Direito do pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02** – Código Civil Brasileiro.

_____. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 4.121/62**. Estatuto da mulher casada.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 1.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

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

LOTUFO, Maria Alice Zoratin. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

REIS, Carlos David S. Aarão. **Família e igualdade: a chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2000.