

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

JOYCIENE APARECIDA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA

RUBIATABA/GO

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

JOYCIENE APARECIDA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada a FACER - Faculdade de Ciências e de Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação da professora Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende.

RUBIATABA /GO
2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOYCIENE APARECIDA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA

**COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTEÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO _____

Orientadora _____
Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende
Especialista e orientadora

2º Examinador

Gerusa Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia

3º Examinador

Eduardo Barbosa Lima
Especialista

Rubiataba/2008

Aos meus amados pais, Junior e Aparecida, que me deram amor, que sempre acreditaram na minha capacidade e me ensinaram a lutar pelos meus ideais.

Ao meu namorado Wallace que suportou com paciência minha ausência, em virtude dos muitos trabalhos acadêmicos e que com certeza está feliz pela minha conquista.

Agradeço a Deus pela vida que me destes e pela oportunidade de concluir um curso superior.

A todos os professores que sempre estiveram incumbidos na tarefa de nos proporcionar maiores conhecimentos.

A minha orientadora Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende por contribuir para o desenvolvimento deste trabalho.

As minhas colegas de curso, Ana Paula, Crithyane e Karollyne, por estarem sempre presentes durante essa batalha.

A minha grande amiga Paula, que me incentivou, colaborou e me deu forças para a conclusão deste trabalho.

“Bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida e viver com paixão, perder com classe e viver com ousadia. Pois o triunfo pertence a quem se atreve e a vida é muito bela para ser insignificante”. (Charles Chaplin)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da guarda compartilhada que tem a finalidade de proporcionar uma melhor convivência entre pais e filhos após a ruptura conjugal ou dissolução da união estável, onde ambos os pais irão permanecer com a guarda dos filhos, decidindo conjuntamente as questões referentes à educação, a saúde, religião, atividade extracurricular, férias, entre outras questões. O que não ocorre na guarda unilateral na qual ambos os pais continuam exercendo o poder familiar com exceção da guarda. O mais importante é que a guarda compartilhada proporciona o maior contato entre pais e filhos, preservando o bem-estar da criança e adolescente, após a dissolução do vínculo conjugal.

Palavras chave: poder familiar, guarda compartilhada, Código Civil.

ABSTRACT: In this study we will examine the shared custody of the institute that aims to provide a better coexistence between parents and children after marital breakdown or dissolution of the union stable, parents will remain in the custody of the children and decide together the issues relating to education, Health, religion, extracurricular activities, vacations, among other issues. What does not occur on Guard unilaterally in which both parents continue exercising the power family with the exception of the guard. The most important thing is that the shared custody provides the most contact between parents and children, preserving the welfare of children and adolescents, after the dissolution of the marital bond.

Key words: power family, shared custody, the Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
1 PODER FAMILIAR.....	Erro! Indicador não definido.
1.1 Evolução histórica do poder familiar	Erro! Indicador não definido.
1.2 Conceito poder familiar	Erro! Indicador não definido.
1.3 Titulares do poder familiar.....	Erro! Indicador não definido.
1.3.1 A titularidade do poder familiar nos casos de dissolução do vínculo conjugal	Erro! Indicador não definido.
Indicador não definido.	
1.4 Suspensão do poder familiar	Erro! Indicador não definido.
1.5 Extinção do poder familiar.....	Erro! Indicador não definido.
1.6 Perda ou destituição do poder familiar.....	Erro! Indicador não definido.
2 GUARDA	Erro! Indicador não definido.
2.1 Definição de guarda.....	Erro! Indicador não definido.
2.2 Guarda e proteção à pessoa dos filhos	Erro! Indicador não definido.
2.2.1 Proteção à pessoa dos filhos na separação ou divórcio consensual .	Erro! Indicador não definido.
definido.	
2.2.2 Proteção aos filhos na separação ou divorcio litigioso	Erro! Indicador não definido.
2.2.4 Proteção aos filhos na separação de fato	Erro! Indicador não definido.
2.3 Funções do genitor guardião	Erro! Indicador não definido.
2.4 Considerações sobre guarda	Erro! Indicador não definido.
2.5 Modalidades de guarda	Erro! Indicador não definido.
2.6 Critérios para determinação da guarda.....	Erro! Indicador não definido.
3 GUARDA COMPARTILHADA	Erro! Indicador não definido.
3.1. Breve histórico da guarda compartilhada	Erro! Indicador não definido.
3.2 Conceito.....	Erro! Indicador não definido.
3.3 Aspectos psicológicos.....	Erro! Indicador não definido.
3.4 A diferença entre a guarda compartilhada e a guarda unilateral	Erro! Indicador não definido.
definido.	
3.5 Pontos Positivos e negativos da guarda compartilhada	Erro! Indicador não definido.
4 GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..	Erro! Indicador não definido.
Indicador não definido.	
4.1 Fundamentos jurídicos da guarda compartilhada.....	Erro! Indicador não definido.
4.2 A inserção da guarda compartilhada no Código Civil.....	Erro! Indicador não definido.
4.3. Efeitos da guarda compartilhada.....	Erro! Indicador não definido.
4.4 Da responsabilidade civil dos pais.....	Erro! Indicador não definido.
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	Erro! Indicador não definido.
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	Erro! Indicador não definido.
Livros:	Erro! Indicador não definido.
Códigos:	Erro! Indicador não definido.
Endereço eletrônico:.....	Erro! Indicador não definido.

LISTA DE ABREVIATURAS/SIGLAS/SIMBOLOS

Art: Artigo

CC: Código Civil

CF: Constituição federal

ECA: Estatuto da Criança e Adolescente

Dec: Decreto

n°: número

p. : página

§ 1°: parágrafo primeiro

§ 2°: parágrafo segundo

§ 3°: parágrafo terceiro

§ 4°: parágrafo quarto

§ 5°: parágrafo quinto

1. INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada vem para socorrer as deficiências que outros modelos de guarda trazem, principalmente a guarda unilateral onde há o tradicional sistema de visitas, tal modelo, ao privilegiar a mãe, na esmagadora maioria dos casos, leva profundos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social, no seu desenvolvimento.

O objetivo geral é de desenvolver um estudo detalhado sobre a guarda compartilhada como um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados. Pelo fato do mundo jurídico estar em constante evolução, o direito de Família não poderia ser diferente, tendo como foco a possibilidade da concessão da guarda compartilhada.

Já os objetivos específicos são de identificar o que vem a ser o poder familiar, a guarda e o instituto da guarda compartilhada.

Neste trabalho buscou-se como principais autores, Silva 2008, Grisard Filho 2005, Rodrigues 2004, Salles 2002, Wald 2002 e Leite 1997.

A razão da escolha do tema é aprofundar o conhecimento, através da pesquisa uma vez que o instituto da guarda compartilhada está relacionada ao direito de família, visando melhor para os filhos cujos pais estão separados, tendo o objetivo de manter o vínculo de ambos os pais com os filhos após a ruptura familiar.

Este trabalho foi dividido em quatro capítulos com o intuito de abordarmos o tema no âmbito geral.

Inicia-se com a síntese histórica do Poder familiar, conceito, titulares, suspensão, perda ou destituição e extinção do poder familiar.

Na seqüência foi feito um estudo em relação à guarda, guarda e proteção à pessoa dos filhos, funções do genitor guardião, modalidades de guarda, critérios para determinação

da guarda, pois seria impossível tratar do tema central sem ao menos fazer uma análise do que vem a ser a guarda e suas modalidades.

No capítulo três traz o surgimento da guarda compartilhada, conceito, os aspectos psicológicos, pois é necessário que os operadores do Direito não se esqueçam das informações e os conhecimentos trazidos por outras fontes ou ciências, como a Psicologia. Trazendo também a diferença entre a guarda compartilhada e a guarda unilateral. E para fechar serão abordados os pontos positivos e negativos da guarda compartilhada.

No último capítulo, abordou-se os fundamentos jurídicos a Guarda Compartilhada antes e depois da inserção da Lei 11.698/08 da guarda compartilhada no Código Civil tendo alterado o dispositivo dos artigos 1.583 e 1.584, permanecendo a guarda unilateral e promulgada a compartilhada.

Também foram abordados os efeitos da guarda compartilhada, a responsabilidade dos pais em relação à criação e educação dos filhos bem como pelos atos de seus filhos menores, onde os pais responderão solidariamente.

No presente trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica, a qual,

Procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em artigos, livros, dissertação e teses. Pode ser realizada independente ou como parte da pesquisa descritiva ou experimental. Em ambos os casos, buscam-se conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado sobre determinado assunto, tema ou problema.”(CERVO, 2007 p. 48).

De início foi feita pesquisa bibliográfica utilizando-se doutrinas, diversos livros jurídicos relacionados ao tema, revistas jurídicas especializadas, material bibliográfico encontrados nos meios eletrônicos, como a internet, bem como se estabeleceu consultas às leis, ao Código Civil e a Constituição Federal de 1988.

O método utilizado é o dedutivo, pois parte do geral para se chegar às particularidades, segundo Andrade (1999, p. 113):

A dedução é o caminho das conseqüências, pois uma cadeia de raciocínio em conexão descendente, isto é do geral para o particular, leva à conclusão”. Segundo esse método, partindo-se de teorias e leis gerais, pode-se chegar à determinação ou previsão de fenômenos particulares.

Foi importante o método de dedução porque consiste em um recurso metodológico em que há a combinação de idéias em sentido interpretativo vale mais do que a experimentação de caso por caso. Em outras palavras, pode-se dizer que é o raciocínio que caminha do geral para o particular.

Também foi utilizado o método dialético. Segundo Lakatos (2005, p. 100), “é um método de interpretação dinâmica e totalizante da realidade, considera que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político, econômico, etc., na qual as contradições se transcendem dando origem as novas contradições”.

O método dialético também foi muito importante, pois nós tínhamos uma tese, que seria nossa idéia inicial, que foi contradita por uma antítese e assim chegamos a uma síntese.

Neste trabalho monográfico também foi utilizado a compilação, segundo Lakatos (2005, p. 48) “consiste na narração minuciosa do pensamento de autores que escreveram sobre o tem escolhido. É a organização lógica e harmônica das varias opiniões, mesmo quando se apresentarem antagônicas”.

E para encerrar fizemos as considerações finais acerca do tema em questão.

Com a nova Lei 11.698/08 permite aos pais que após a ruptura do vínculo conjugal poderá ser estabelecida guarda unilateral ou compartilhada. Na guarda unilateral, a responsabilidade maior é do guardião com quem a criança vive. O outro não tem poder para interferir nas decisões, sendo estabelecidos dias de visitas fixados pela Justiça.

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade.

No deferimento da guarda compartilhada o interesse que prevalece e do menor, por isso, não se vê obstáculo para a concessão da guarda compartilhada uma vez que será assegurada ao menor uma maior integração com ambos os genitores.

Na guarda compartilhada, a criança continua vivendo com um dos pais, mas o outro não terá que aguardar o dia de visita para ver o filho. Tudo será negociado, com a participação do juiz se necessário, e há flexibilidade, levando em conta o interesse da criança.

Assim reunidos todos os materiais encontrados fêz-se uma análise interpretativa, retirando do material o melhor que ele oferecia. Passando a expor as idéias de vários autores, citando suas opiniões, só assim foi possível tecer considerações, todo embasamento acerca do tema.

Portanto este trabalho visa promover apenas algumas considerações, a fim de evidenciar pontos importantes, a merecerem um maior aprofundamento pelas doutrinas nacionais.

1 PODER FAMILIAR

No presente capítulo foi realizada uma abordagem histórica da evolução do poder familiar, desde o poder patriarcal extremo até a atual evolução do papel da mulher no contexto familiar. Demonstrando também conceitos, titularidades, regulamentações legais, suspensões, perda ou destituição e a extinção do poder familiar.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR

A família tinha influências religiosas, era constituída por uma base aristocrática, com ordens imperiosas do chefe da família na figura do pai, constituindo-se o então pátrio poder, uma autoridade rígida e severa.

A base legislativa brasileira foram às normas do Direito Romano, tendo uma grande influência na cultura do Brasil no que se refere ao conceito familiar. Nesta cultura o pátrio poder era muito forte e respeitado por todos os membros que compunham a família.

O direito romano foi marcado com o poder patriarcal extremamente forte, onde o pai, que era o chefe do laço familiar e possuidor dos patrimônios da mesma, e possuía forte domínio entre os seus membros. Ele era a única autoridade que controlava a tudo e a todos, nem o Estado poderia intervir.

Segundo Salles (2006, p.2) o poder familiar “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”.

Com o Cristianismo começou a reconhecer a igualdade entre os cônjuges e a pregar como um dever dos pais, os cuidados com a educação física, social, cultural, moral e religiosa dos filhos.

A mulher passou a ser considerada como uma criação condicionada à vontade do homem, pois Deus a teria retirado da costela de Adão para satisfazê-lo. A partir daí a figura exclusiva do pai vai se igualando com a da mãe.

O Pátrio Poder teve a idéia de poder absoluto do pai como chefe da família até o início do 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.

A Lei nº. 4121/62 (Estatuto da Mulher Casada) deu origem ao artigo 380 do Código Civil de 1916, conferindo um maior poder patriarcal, *in verbis*:

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

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

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. Contudo, aos pais era concedido o direito de exigir dos filhos obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Para Gonçalves (2008, p. 128), “o pátrio poder não tem mais caráter absoluto de que se revertia no direito romano, e era utilizado pelo Código Civil de 1916 não sendo mais adequado, pois se reporta ao poder”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 5º estabelece a igualdade entre homem e mulher, não deixando mais que se manifeste desigualdade entre o homem e a mulher, para que ela também pudesse fazer parte da administração familiar.

No Código Civil de 2002 foi alterado o dispositivo do artigo 1.630 a denominação pátrio poder para poder familiar que melhor se coaduna com a realidade por se tratar de um poder familiar onde todos tem direitos e obrigações com outro. Abrangendo os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outras origens, desde que reconhecidos, bem como os adotivos.

Assim deixa de ser prerrogativa exclusiva do pai, sendo este compartilhado entre ambos os pais, diferente de como era até a bem pouco tempo atrás, (SILVA, 2008).

1.2 CONCEITO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar e a soma de direitos e obrigações assumidas pelos pais ou responsáveis legais, instituída para a proteção dos interesses dos filhos como, subsistência, saúde e educação.

Para Patiño (2008, p. 133), “o poder familiar é o complexo de direitos e deveres (poder-deve) que os pais têm em relação aos filhos menores, bem como a seus bens”.

Segundo Diniz, (2004, p. 535):

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

É um direito de família puro, e como tal é indisponível, irrenunciável, e não é passível de transação, é imprescritível (somente cessa na forma da lei, devendo ser nomeado tutor ou curador para exercê-lo, podendo tal múnus ser exercido pelo representante do Ministério Público).

Os pais têm direito de reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha, mediante a competente ação de busca e apreensão. O exercício do poder familiar traz como corolário à responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores em sua companhia ou guarda.

A lei institui ao poder familiar como sistema de proteção e defesa do filho. Deve, portanto, durar todo o tempo da menoridade de forma ininterrupta.

O artigo 1.690 do CC¹ estabelece que compete aos pais, *in verbis*: “na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados”.

O parágrafo único do referido artigo trata do poder familiar como um conjunto de direitos e deveres conferidos aos pais para que possam cuidar tanto dos bens como decidir em comum às questões relativas aos filhos. Estão sujeitos ao poder familiar os filhos menores não emancipados.

Contudo o legislador prevê situações em que se antecipa o seu término, cabendo a propósito distinguir a sua cessação em virtude de causa ou acontecimento natural podendo ocorrer à suspensão, a perda do poder familiar ou a extinção do poder familiar que provém de ato jurisdicional, que veremos mais adiante.

1.3 TITULARES DO PODER FAMILIAR

De acordo com o artigo 1.634 do CC, compete aos pais em igualdade de condições, o exercício do poder familiar, irrelevante sejam eles casados, separados, divorciados, solteiros ou companheiros.

O Poder familiar é um conjunto de direitos e obrigações sobre a prole, decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção. Sendo imposto aos pais pelo Estado, que é o fiscalizador do exercício legal, essa competência do Estado é direcionada

¹ Código Civil.

para fiscalizar e controlar as relações entre os sujeitos pais-filhos para que os direitos e deveres sejam cumpridos com o respeito devido à lei.

O Código Civil 2002 estabelece que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores, podendo levar à interpretação ligeira de serem os pais os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos, para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil.

O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo Estado para exercício do poder familiar. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe, a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho².

² Paulo Luiz Netto Lobo. **Do poder familiar**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em: 03/03/08.

1.3. A TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR NOS CASOS DE DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

O art. 1.579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O direito (e dever) à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita.

No art. 1.589, quando tratou da dissolução da sociedade conjugal, estabelece que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas os ter em suas companhias, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar.

O Código Civil em seu artigo 1.632 estabelece que, *in verbis*: “havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia”.

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

No caso da guarda compartilhada, preserva o amor e os cuidados para com os filhos, tendo ambos os pais direitos e deveres referentes ao poder familiar de forma igualitária.

O art. 1.633 do Código Civil determina que, *in verbis*: “o filho não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe, se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se tutor ao menor”.

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

deveres com os filhos. Disciplina no artigo 28 que, *in verbis*: “desconhecido os pais o menor será colocado em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção”.

O artigo 1.634 do CC traz explícito esses direitos e deveres dos pais, relativamente à pessoa dos filhos menores, quais sejam, *in verbis*: 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 poder familiar; V – representá-los até os 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.

A ambos os pais, sejam biológicos ou adotivos pertence o exercício do poder familiar contidos no artigo 1.634 do CC mencionado anteriormente e os aos bens previstos no artigos 1.689 e 1.693 do mesmo código³.

Portanto, os direitos e deveres para com os filhos são exercidos pelos pais biológicos ou adotivos, preservando o interesse do menor, seja durante a convivência conjugal ou durante a ruptura familiar.

1.4 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão impede, temporariamente, o exercício do poder familiar. São três as hipóteses de suspensão do poder familiar, quais sejam, (art. 1.637) *in verbis*: a) descumprimento dos deveres a eles (pais) inerentes; b) ruína dos bens dos filhos; c) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. As duas primeiras hipóteses caracterizam abuso do poder familiar.

³ Paulo Luiz Netto Lobo. **Do poder familiar**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em: 15/04/08.

Para Gonçalves (2008, p. 133) “a suspensão do poder familiar é temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Desaparecendo a causa, pode o pai, ou a mãe, recuperar o poder familiar”.

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na CF⁴, no ECA⁵ e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, estabelece que a quebra do dever de sustento, guarda e educação dos filhos acarreta a suspensão.

A Constituição Federal impõe os deveres positivos ou comissivos à vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los deveres negativos ou de abstenção a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para Gonçalves (1999, p.112) “A suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor”.

A suspensão do Poder Familiar pode atingir todos os poderes dos pais ou apenas alguns deles, a critério do Juiz, o qual se baseará na análise do que lhe for apresentado e comprovado. A gravidade do caso é que determinará a decisão judicial. A sentença poderá abranger todos os filhos, alguns ou somente um. Cessará a suspensão quando superados os fatores que a provocaram⁶.

⁴ Constituição Federal de 1988.

⁵ Estatuto da Criança e Adolescente.

⁶ Paulo Luiz Netto Lobo. **Do poder familiar**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em 10 de abril de 2008.

1.5 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A extinção do poder familiar de acordo com o artigo 1.635 do Código Civil ocorre quando, *in verbis*:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638;

Com a morte dos pais ou do filho desaparecem os titulares do direito, mas a morte de um dos pais faz concentrar, no sobrevivente, o poder familiar. A emancipação dá-se por concessão dos pais, mediante instrumento público, dispensando-se homologação judicial, se o filho contar mais de 16 anos. Com a lei presume que os maiores de dezoito anos e os emancipados não precisam da proteção conferida a incapazes. A natureza da adoção faz desaparecer o poder familiar dos pais biológicos, e faz nascer o poder familiar do adotante, (GONÇALVES, 2008). A perda por decisão judicial veremos no próximo título.

1.6 PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Pode ocorrer a perda ou destituição do poder familiar nos casos em que os atos sejam gravíssimos de agressão aos deveres paternos restarem comprovados. Podendo atingir apenas um dos genitores, passando os direitos e obrigações do Poder Familiar integral ao outro. Caso este não tenha condições de assumir o encargo, o Juiz deverá nomear tutor ao menor, (SILVA, 2008).

A perda ou destituição, que é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.635, V) decorre de faltas graves, que configuram inclusive ilícitos penais e são especificados no art. 1.638 do CC.

O artigo 1.638 do CC destaca que o pai ou a mãe perderá o Poder Familiar se castigar imoderadamente o filho, se o deixar em abandono e se praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

Para Patiño (2008, p. 137):

O castigo imoderados que constituam maus tratos, violência doméstica não educam ninguém, incitando a violência e colocando em risco a saúde, o desenvolvimento emocional e até a vida do menor, justifica-se a destituição do poder familiar quando os pais são constantemente violentos com os filhos.

O abandono de que trata o artigo 1.638 deve ser analisado do ponto de vista subjetivo, pois o que configura o abandono é a intenção dos pais em não mais exercerem o poder familiar sem qualquer recomposição da unidade familiar, (LOBO, 2003).

A prática de atos contrários à moral e aos bons costumes somente pode ensejar a destituição do poder familiar se for mais grave a ponto de colocar em risco a vida, saúde, segurança ou desenvolvimento dos filhos menores, conforme entendimento (PATIÑO, 2008).

O pai e a mãe que reiteradamente têm suspenso o poder familiar demonstrando não estar apto a exercê-lo, devem ser destituídos, perdendo, definitivamente, o poder familiar e autoriza a colocação do menor em família substituta.

O poder familiar será destituído se o menor tiver de seu genitor, permissão ou obrigação a trabalhos não adequados a sua idade, agressivos a sua moralidade ou formação. Os pais sem moral, que aceita libertinagens por parte dos filhos, como aquele que força ou mesmo persuade a filha a prostituir-se ou incita os filhos menores a pratica de atos imorais ou criminosos, certamente incorre na sanção que é a privação do Poder Familiar, além da sanção penal pertinente, (SILVA, 2008).

Pode-se concluir que no pátrio poder só a figura do pai tinha poder sobre os filhos, mas hoje existe o poder familiar, onde ambos os pais devem permanecer exercendo igualmente os direitos e deveres sobre os filhos sendo um modelo de guarda conhecida

como guarda comum ou originária. No próximo capítulo será analisado o que vem a ser a guarda e suas peculiaridades.

2 GUARDA

Neste capítulo irá demonstrar de forma eloqüente o que vem a ser a guarda, conceitos, modalidades, critérios, tendo sua previsão legal no Código Civil, pois está relacionado ao direito de família, a todos os cidadãos tendo uma grande relevância social.

2.1 DEFINIÇÃO DE GUARDA

Para chegamos a falar da guarda compartilhada é imprescindível que se faça uma análise do instituto da guarda.

Conceituar guarda de maneira suficiente é difícil, mas nas palavras de Grisard Filho (2005): a guarda não se definiria por si mesma, senão através dos elementos que a assegurariam, reconhecendo ser tarefa difícil conceituar tal instituto dada à multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja.

A guarda faz parte do poder familiar, é um encargo intrínseco dentro do poder familiar, exercido pelos pais igualmente, sobre os filhos menores, enquanto estiverem na vigência do casamento ou enquanto estiverem vivendo sobre o mesmo teto.

Segundo a definição Santos Neto (1993, p.138), “a guarda trata-se de um direito consistente na posse do menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este”.

Para Grisard Filho, (2002, p.47), a guarda é definida como:

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

Para Diniz (2004, p. 535), “a guarda destina-se a prestação de assistência material, moral e educacional ao menor”.

O ECA faz uma menção ao que diz respeito à guarda, em seu artigo 22, *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”.

A doutrina ainda faz uma distinção entre a guarda jurídica e a guarda física. A primeira refere-se às relações de caráter pessoal que surgem do poder familiar, como o sustento, educação, respeito e honra, enquanto a segunda caracteriza-se pela idéia de posse, custódia⁷.

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, pois os pais ou qualquer outra pessoa que seja um parente ou não, quando assume a guarda, assumirá juntamente a responsabilidade de zelo e cuidado com o menor, (SALLES, 2006).

Nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, *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”.

Podemos concluir que o meio para efetivação do poder familiar exercido por ambos os pais na constância do casamento ou da união estável. A guarda pode ser dada a terceiro que será o detentor do poder familiar.

⁷ Luiz Felipe Lyrio Peres. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 03 de maio de 2008.

2.2 GUARDA E PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS

O legislador, de forma específica, trata da questão da guarda dos filhos menores, em face da dissolução e da invalidade do casamento, pela separação judicial, divórcio nulidade ou anulação, quer seja, nos dois primeiros casos, amigável ou litigioso a ação.

As regras que inspiraram o legislador, nesse ensejo da proteção à pessoa dos filhos, são válidas para todas as situações de conflitos que envolvam a prole. Em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores.

Mas adiante analisaremos a proteção à pessoa dos filhos na separação ou divórcio amigável e em caso de separação ou divórcio litigioso, bem como na dissolução da união estável conforme o artigo 1.632 do CC, *in verbis*: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Dessa maneira, o artigo transcrito acima é bem claro ao expor, não restando nenhuma dúvida que se tratando de uma separação judicial, divórcio ou uma dissolução de união estável consensual, o magistrado deverá levar em conta o que os cônjuges decidirem, porém é importante mencionarmos que esse acordo referente a guarda dos filhos

Portanto, fica claro que o legislador quis demonstrar que com rompimento conjugal o não guardião continuará a exercer na totalidade todos os direitos inerentes a guarda jurídica, devendo acompanhar a criança ou adolescente no seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, através do seu poder de fiscalização, como é demonstrado no art. 1589 do novo Código Civil.

O pai ou a mãe, em cuja guarda não esteja 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.

A tutela do bem-estar dos filhos, qualquer decisão quanto à guarda e visitas (homologando acordo ou decidindo o litígio) pode ser revista a qualquer tempo, diante de novos elementos apresentados pelo interessado.

Por fim as disposições relativas à guarda, visitas e até alimentos aos filhos menores, estendem-se aos maiores incapazes de acordo com o artigo 1.590 do Código Civil.

2.2.1 PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO OU DIVÓRCIO CONSENSUAL

De acordo com o artigo 34, §2º, da lei 6.515/77 (lei de divórcio) e o art. 1.584, § 5º CC, poderá o juiz recusar-se de homologar o acordo amparado pelos artigos, delegando a guarda a um dos genitores ou até mesmo a terceiro, caso seja mais conveniente aos interesses e ao bem estar do menor, *in verbis*:

Art. 34. A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos artigos 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, e demais pelo procedimento ordinário.

§ 2º O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

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

§ 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.

Essa intervenção do juiz deve ser utilizada somente em casos excepcionais, pois presume-se que sejam os pais os maiores interessados no bem estar dos filhos, (RODRIGUES, 2004).

Qualquer que seja a solução relativa à guarda dos filhos, o progenitor que não a tem pode fazer o seu direito de visita de acordo com o artigo 1.589 do código civil, *in verbis*:

Art. 1.589. 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.

2.2.2 PROTEÇÃO AOS FILHOS NA SEPARAÇÃO OU DIVÓRCIO LITIGIOSO

O artigo 10 da Lei 6.515/77 do Divórcio estabelece que a guarda do filho ficará com quem não houvesse dado causa a separação ou divórcio litigioso.

Devendo a guarda dos filhos menores ficar com o cônjuge que a ela não houver dado causa para separação. Tratando-se de crianças de pouca idade a tendência jurisprudencial é de que estes permaneçam com a mãe, que é mais indicada para oferecer o afeto, carinho e os cuidados que a criança necessita em seus primeiros meses de vida.

O § 1º do artigo 10 da referida lei estabelece que na separação litigiosa se ambos os cônjuge forem responsáveis, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para os filhos.

Havendo a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estava durante o período do afastamento, é o que prevê o artigo 11 da referida lei do divórcio.

Para a guarda ter amparo legal deve ter sido homologada ou conseguida através de sentença judicial, (RODRIGUES, 2004).

Com a Lei 11.698/08 modificou o dispositivo do artigo 1.584, § 2º do CC, que passou a estabelecer que não havendo acordo entre as partes quanto à guarda dos filhos, sempre que possível será concedida a guarda compartilhada, visando sempre o melhor interesse do menor. Antes da modificação do referido dispositivo estabelecia que quando não houvesse acordo entre as partes sobre a guarda dos filhos era atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la.

O referido artigo 1.584, § 2º estabelece que, *in verbis*: “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Se o juiz verificar que os filhos não poderão ficar nem com o pai, nem com a mãe deferida guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, conforme prescrito no artigo 1.584 § 5º.

Determina ainda, que as regras referentes à guarda e sustento dos filhos, em caso de separação/divórcio litigiosa, aplica-se por igualdade entre os genitores o exercício do poder familiar, decidindo a guarda enfocada exclusivamente sob a ótica do bem estar dos filhos, independentemente das causas do rompimento do casamento.

Daí se conclui que independente de quem tenha dado causa a separação ou divórcio será conferida a guarda unilateral para um dos genitores ou a guarda compartilhada para ambos os pais.

Conclui-se que a Lei deve proteger o interesse do menor e sua manutenção do vínculo familiar sem se importar com quem deu causa para separação/divórcio ou dissolução da união estável.

2.2.4 PROTEÇÃO AOS FILHOS NA SEPARAÇÃO DE FATO

A separação de corpos configura-se de fato quando os cônjuges manifestam a disposição de não mais viverem juntos, rompendo o vínculo conjugal sem intervenção do judiciário.

Os filhos estarão na companhia de um ou do outro dos cônjuges, pois, a guarda comum dos filhos só pode ser exercida se o casal viver debaixo do mesmo teto. Mas na separação de fato o progenitor que os têm em sua companhia está exercendo um direito que lhe advém.

Portanto se o menor está sob a guarda de fato de um dos cônjuges, convém pedir ao juiz que a deferir-lhe provisoriamente passando a guarda a ser legal, enquanto pende a ação de separação.

Pois ocorrendo a separação de fato nada mais justo que o menor permanecer com o cônjuge com o qual se encontrava, até que venha uma decisão final, pois a princípio ambos os pais têm direito a guarda, (RODRIGUES, 2004).

O artigo 226, § 3º da Constituição Federal estabelece que, *in verbis*: “A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar sua conversão em casamento”.

2.3 FUNÇÕES DO GENITOR GUARDIÃO

A guarda é uma medida específica de proteção aos filhos quando ocorrer à ruptura familiar. A responsabilidade do guardião não se limita apenas no cuidado ou proteção dos filhos, mas direitos e deveres com a criança de forma ampla, o que deve abranger o lado social, psicológico, educacional, além de outros.

Compete ao genitor guardião, quanto à pessoa dos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda conceder-lhe ou negar-lhes consentimento para casamento, nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, representá-los até aos dezesseis anos nos atos da vida civil, e assisti-los, após a idade, nos atos em que forem partes, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir que lhes prestem obediência.

Para Diniz (2002, p. 79) diz que, “o responsável deve assegurar ao filho a prestação material, moral e educacional”.

Segundo Grisad Filho (2002, p. 80) a responsabilidade:

Que o guardião tem para com o menor além das responsabilidades como a educação, a moradia e a alimentação, que na realidade são básicas por que qualquer pessoa mantenha um bem-estar saudável, que são administração dos bens e a questão da responsabilidade civil.

“Os guardiões deverão cuidar dos bens materiais que os menores possam ter, e como este ainda não possuem a idade permitida por lei para administrar seus bens, os pais assumirão mais esta obrigação”, segundo Grisard filho (2002, p. 94).

Se tratando de separação judicial ou divórcio que tem como efeito imediato a determinação unilateral da autoridade parental (colocação do filho sob a guarda de um dos genitores), não há mais que se falar em solidariedade, uma vez que o genitor guardião torna-se o responsável desde o momento em que o filho coabita com si, formando um vínculo de dependência jurídica, mas também de dependência material entre o genitor e o filho.

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE GUARDA

A guarda é o meio necessário para a efetivação do poder familiar. A legislação atribui ao poder familiar um complexo vasto de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais, cuja distância, ou até mesmo a ausência, poderia prejudicar.

Destina-se a guarda primeiramente a assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres.

Diante destes conceitos, pode-se conceituar este instituto como sendo um conjunto de normas e princípios que estabelecem direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, com o fim de zelar pelo seu bem estar e pelos seus interesses, enquanto menores.

A guarda é um atributo do poder familiar, que é direito e dever exercido por ambos os genitores, em igualdade de condições, não se alterando com o advento da ruptura do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

O Instituto da guarda amparado pelo Código Civil, em seus artigos 1.583 a 1.590, visa justamente diminuir o abismo entre os dois pólos do poder familiar com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos e deveres de pais e filhos na relação assistencial, assegurando assim ao menor, um desenvolvimento saudável, correto e efetivo.

A importância da família no desenvolvimento e no crescimento de uma criança é indiscutível, pois este é o primeiro porto seguro que visa assegurar à criança o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, estabelecido no artigo 227 da Carta Magna vigente.

A legislação pátria refere-se à guarda de uma maneira genérica, pois há vários tipos de guarda, podendo cada uma ser estabelecida levando-se em consideração alguns critérios para sua escolha.

Os critérios, para se estabelecer o tipo de guarda escolhido pelos pais, ou fixado pelo juiz, visando o melhor para o menor, não influenciam muito no caso prático, podendo ser subjetivos, os quais se observam quando relacionados à pessoa responsável pela guarda, objetivos, fundados apenas na relação de assistência material ou judicial, no caso de interferência do judiciário na fixação da mesma.

Portanto, guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro do menor. Com as mudanças cada vez mais aceleradas na estrutura familiar, procuram-se novas modalidades de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição equitativa da autoridade parental, bem como aos filhos servem para amenizar os efeitos desastrosos da maioria das separações⁸.

⁸ Luiz Felipe Lyrio Peres. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 12 de maio de 2008.

Para suprir as deficiências de outros modelos de guarda, devido às mudanças da sociedade em relação ao vínculo familiar após a ruptura conjugal, surgiu a guarda compartilhada onde ambos os pais exercem o poder familiar de forma equitativa, como veremos mais adiante.

2.5 MODALIDADES DE GUARDA

É importante fazer uma análise das modalidades de guarda com a finalidade de detalhar a diferença existente entre elas.

Com o vínculo matrimonial ou união estável em decorrência da maternidade e paternidade, surge a guarda comum ou originária, ambos os pais exercem plenamente todos os poderes inerentes ao poder familiar, sendo a guarda natural. Com a ruptura do vínculo familiar surge a necessidade de estabelecer a guarda judicial, a qual será decidida pelo juiz.

Existem cinco tipos de guarda, sendo: a guarda unilateral, compartilhada, alternada, dividida e nidação.

Com o processo de guarda/separação/divórcio surge a disputa pela guarda dos filhos. O magistrado antes de decidir o mérito da ação determina a guarda provisória para um dos cônjuges ou parceiros, sendo uma situação momentânea, até o julgamento da ação.

Ocorrerá a guarda definitiva, quando for adotada uma das cinco modalidades de guarda existente. Tanto a guarda provisória ou definitiva não poderá ser considerada como um dos modelos de guarda, pois está expressa o modelo de guarda que será imposta.

Na maioria dos casos é deferida a guarda unilateral, onde um dos pais será nomeado guardião detentor da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião.

Entretanto ambos os pais exerceram a guarda jurídica, o guardião tem o poder de decisão em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião exercerá a guarda jurídica indiretamente, tendo o poder de fiscalização em relação à prestação de assistência material, moral e educacional dos filhos, terá direito de visitas, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão tomada pelo guardião não seja a melhor para o menor.

A guarda alternada raramente é concedida, ocorre geralmente por escolha das partes, onde ambos os pais têm a posse do menor de forma alternada, ou seja, o casal determinará o período em que o menor ficará em cada domicílio, podendo ser de uma semana, um mês, um ano.

Esse modelo de guarda é criticado pelos juristas, pois afirmam que prejudica a formação do menor sua personalidade, valores e padrões.

Já a guarda dividida, o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo visitas periódicas do pai ou da mãe. Este modelo tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre os pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, proporcionando desencontros e repetidas separações.

A guarda nidação também conhecida com alinhamento é um modelo raro, os pais revezam mudando-se para a casa onde mora o filho em períodos alternados de tempo.

E por último é a guarda compartilhada tema central deste trabalho, a qual ambos os pais dividem a guarda jurídica/física, exercendo o poder familiar em igualdade de direitos e deveres, visando o melhor interesse dos filhos, modelo este que estudaremos, mas adiante, (SILVA, 2008).

2.6 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA

A partir do término da relação conjugal, começa a ocorrer a disputa pela guarda dos filhos.

O primeiro critério é quando os cônjuges optam por uma decisão consensual, por meio de acordo decidem o modelo de guarda que será adotado.

Já o segundo critério o mais prejudicial para o menor quando os pais não entram em acordo sobre a guarda do filho, o magistrado decide pela modalidade de guarda que melhor se coaduna com o interesse do menor.

O magistrado ao decidir deverá observar os requisitos para concessão da guarda tais como: a idade, o vínculo de irmãos caso exista, a opinião do menor, comportamento dos pais e o interesse do menor.

A idade do menor é importante ser observado, pois enquanto a criança estiver na idade tenra que varia do nascimento até aproximadamente 24 meses, conforme entendimento da psicologia é ratificado pelas inúmeras jurisprudências que o melhor para a criança é ficar com a figura materna, em virtude de depender da mãe de forma absoluta, por exemplo na fase de amamentação sendo necessária para sua sobrevivência.

Em casos que existam irmãos não é aconselhável separá-los, já que diminui o vínculo de amizade e o companheirismo existente entre eles, tendo o objetivo de manter junto o vínculo do pouco que resta da família.

Para o menor dar opinião sobre a guarda, em regra não existe uma idade certa que poderá o magistrado ouvir para ajudar na decisão, visto que os pais podem tentar seduzí-los. No entanto o que ocorre é que a partir dos 12 anos o menor é juridicamente considerado adolescente, conforme a Lei 8.069/90 art. 2º. E se for constatado que esse possui maturidade, o juiz certamente levará em conta a sua vontade ao prolatar a sentença.

Ao decidir o magistrado deverá observar o comportamento dos pais e o interesse do menor, ou seja, as condições morais como, idoneidade, ambiente familiar, social, materiais, sua profissão, renda, habitação etc.

Contudo, a principal regra para o deferimento da guarda é o melhor interesse do menor, conforme a lei 6.515/77, art. 13 do divórcio. O magistrado deve avaliar o melhor interesse individual dos menores, pois cada caso é um caso⁹.

Daí surgiu a guarda compartilhada que visa o melhor interesse dos menores, pois almeja assegurar o interesse do menor, com fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. No próximo capítulo veremos detalhadamente o que vem a ser a guarda compartilhada.

⁹ Luiz Felipe Lyrio Peres. **Guarda compartilhada**. Idéia disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 20 de abril de 2008.

3 GUARDA COMPARTILHADA

O objetivo neste capítulo é de compreender melhor o tema guarda compartilhada, fazendo uma análise do evoluir histórico que ensejou o instituto, de modo que se percebam as origens, conceitos, os pontos positivos e negativos deste instituto, o qual vem à baila para melhor atender os casais separados ou divorciados bem como seus filhos, preservando o laço familiar.

3.1.BREVE HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada nasceu em Common Law no Direito Inglês na Inglaterra e depois se alastrou para França e ao Canadá, firmando jurisprudência em suas províncias e espalhando-se por toda América do Norte. A maioria dos Estados americanos já dispõe de leis que incluem a guarda compartilhada no leque de opções de custódia, e em outros, como a Califórnia, a legislação traduz nítida preferência pelo novo modelo, (SILVA, 2008).

Em Portugal a guarda compartilhada foi batizada como guarda conjunta, e sua importância decorre do fato de permitir a opção dos pais o exercício comum do poder paternal. Os tribunais portugueses já admitiam, antes mesmo de haver legislação pertinente. Na Argentina a legislação adotou, como regra básica, o exercício compartilhado, correspondendo-o ao pai e a mãe, conjuntamente, sendo casados ou não, (SILVA, 2008).

No Brasil a guarda compartilhada vem sendo estudada nas últimas três décadas, tendo sido introduzida de modo informal e sem embasamento legal.

A evolução da guarda compartilhada consiste em destacar as próprias mudanças de comportamentos do homem e da mulher, devido a isso que 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, mesmo após a ruptura familiar.

Pois mesmo após a separação os pais continuarão exercendo o poder familiar da mesma forma. Nesse sentido, Venosa (2004, p. 234) explica: “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”.

Nas relações familiares, exigiram aperfeiçoamentos dos mecanismos de proteção dos menores. Principalmente nas duas últimas décadas, pois o envolvimento dos pais com os filhos acarretou uma luta maior pela possibilidade de estar com eles maior tempo e de compartilhar a guarda. Dessas mudanças é que juristas, médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos etc., buscam novas alternativas para diminuir o impacto negativo de situações familiares conflitantes.

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 disciplinar do pai ou mãe em relação ao filho, estaria contra o sentido da guarda compartilhada.

Com a guarda compartilhada os pais separados ou divorciados continuaram agindo juntos para educar os filhos, mesmo não sendo casados terão direitos e deveres iguais em relação aos filhos.

Os pais marcam sua presença de maneira mais eficiente na guarda compartilhada, apesar de estarem separados ou divorciados, ambos mantêm o exercício comum do poder familiar, tendo direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.

A guarda compartilhada tem a intenção de assegurar o interesse da criança, retirando o caráter conflituoso das separações, torna-se uma solução na área da família, pois permite que os filhos se desenvolvam em um ambiente familiar saudável e equilibrado com uma verdadeira demonstração de amor e respeito dos pais pelo interesse dos filhos¹⁰.

¹⁰ Wellinto Lopes Alves. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=2030446165>. acesso em 20 de agosto 2008.

3.2 CONCEITO

De acordo com Grisard filho, (2002, p. 50):

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.

A guarda compartilhada deve ser decidida com muita cautela, pois ela permite que os filhos vivam e convivam numa estreita relação com os pais e com a mãe, havendo uma co-participação em igualdade de direito e deveres.

Enquanto a família permanece unida, o menor poderá desfrutar dos pais, mas após a ruptura familiar entre os pais e os filhos cria uma nova estrutura familiar. Sendo a guarda compartilhada uma solução, pois estimula o desenvolvimento saudável e equilibrado dos filhos, numa verdadeira demonstração de amor e respeito pelo interesse dos filhos.

Para Salles, (2006, p. 42):

A modalidade compartilhada atribuída à guarda 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.

O objetivo da guarda compartilhada é proporcionar maior contato permanente entre pais e filhos após a separação ou divórcio, sendo os pais co-responsáveis em relação aos filhos.

Com a guarda compartilhada facilita a inclusão e a participação dos membros da família, estimula uma maior cooperação entre os pais evitando discussões quanto aos dias de visitas e a pensão alimentícia.

Portanto, com a nova lei 11.698/08, a guarda compartilhada veio para beneficiar as relações entre pais e filhos após a separação ou divórcio, buscando a cooperação dos pais na educação dos filhos, visando sempre o melhor interesse do menor, esquecendo todos os conflitos interpessoais, pois para o exercício desse modelo os genitores devem tomar suas decisões sobre os filhos conjuntamente.

3.3 ASPECTOS PSICOLÓGICOS

O direito de família vem sendo alvo de inúmeros debates em relação à guarda de menores em especial a guarda compartilhada.

O divórcio dos pais acarreta uma série de perdas para os filhos. No entanto o objetivo da guarda compartilhada é amenizar as perdas, beneficiando a criança à medida que ambos os pais estão igualmente envolvidos em sua criação e educação.

Portanto os operadores do Direito não devem esquecer-se das informações e os conhecimentos trazidos por outras fontes ou ciências, como a Psicologia.

Como, sabemos que é necessário que junto com a análise jurídica esteja também uma análise de outros ramos de profissionais, como psicologia, psiquiatria e sociólogos, para que tenhamos uma menor possibilidade de cometermos equívocos.

Normalmente os argumentos em prol da guarda exclusiva da mãe giram em torno das dificuldade que a criança teria em adaptar-se a duas casas, e da necessidade de que ela tenha um único referencial.

Os defensores dessa corrente argumentam que sociologicamente a criança ou adolescente não poderia ter dois lares em virtude que isso lhe traria instabilidade, devendo o menor evitar grandes alterações em sua vida e rotina, permanecendo tudo o que não for imprescindível mudar.

Para Grisard Filho, (2002, p. 92):

Assim menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e um centro de apoio para as suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, aonde finquem suas raízes físicas e sociais, com o qual ele sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida.

Na opinião de Silva¹¹(2006, p. única):

A guarda compartilhada diminui o tempo de ausência dos pais. Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais.

Entre os principais defensores para que a criança tenha dois lares encontramos o professor de psicologia, da Universidade de São Paulo, Macedo¹² (2002, p. única).

A criança é extremamente flexível. Rapidamente ela assimila as diferenças entre a casa do pai e a da mãe. Mesmo quando as regras não são exatamente as mesmas, ela sabe o que pode e o que não pode, diz. O fato de ter duas casas, segundo ele, às vezes até ajuda a criança a concretizar a nova situação. Até os dez anos, a criança tem necessidade da expressão física dos acontecimentos. Ela tem dificuldade de elaborar internamente que o pai se separou da mãe, mas não dela, que, apesar de não morar na mesma casa, ainda a ama. Então, ter um lugar seu na casa e no dia-a-dia do pai concretiza esse amor, explica.

¹¹ Evandro Luiz Silva. **Dois lares é melhor que um**. Disponível em: WWW. Pailegal.net/fatpar. Acesso em:24/08/2008.

¹² Lino Macedo. Entre dois amores. Revista Isto é. 06/02/2002. Disponível em: www.apase.com.br. Acesso em: 24/08/2008.

A criança, filho de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir à criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono.

Já guarda exclusiva da mãe gira em torno das dificuldades que a criança teria em adaptar-se a duas casas, e da necessidade de que ela tenha um referencial de lar. No entanto, não há qualquer fundamentação técnica para tais suposições

Na guarda compartilhada, com alternância de casas, tais comportamentos não acontecem ou são muito reduzidos, as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico, acredita-se que uma separação que atenda às necessidades dos filhos contato freqüente com ambos os pais traria os seguintes benefícios: a) diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.); b) melhoria na qualidade de vida; diminuição da gravidez na adolescência; diminuição do suicídio em crianças e adolescentes; c) diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes; d) diminuição da evasão escolar; e) diminuição de problemas emocionais ou comportamentais; f) diminuição de prisões de menores.

No entanto a guarda compartilhada com a alternância de casas só é possível quando os pais residem na mesma cidade.

Não se pode evitar as frustrações da criança, pois estas são inevitáveis e as ajudam a enfrentar os seus sentimentos. A psicologia moderna defende o contato diário dos filhos com ambos os pais como imprescindível para o bom desenvolvimento da personalidade daqueles.

Segundo Silva¹³ (2006, p. única) observa que:

Uma criança não é um cristal que pode partir-se por um descuido qualquer. A rotina de uma criança pode variar sim, de acordo com as exigências externas, pois ela precisa viver a realidade do seu meio. Se os pais estiverem seguros, passarão segurança aos filhos e a adaptação à nova situação será tranqüila.

¹³ Evandro Luiz Silva. Dois lares é melhor que um. Disponível em: [www. Pailegal.com.br](http://www.Pailegal.com.br). Acesso em: 20/08/2008

Os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra, visita, já é por si só restritiva, e o progenitor que detém a guarda já será legalmente considerado, mais importante, já que é ele quem tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro.

A guarda compartilhada em termos psicológicos é a melhor solução para os filhos. Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas.

Por fim, são vários os benefícios da guarda compartilhada, que reflete num maior intercambio de papéis entre o homem e a mulher, mas, para o sucesso deste modelo, como o de qualquer outro modelo de guarda e o bem-estar da criança devendo os pais aprender a discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício de parentalidade¹⁴.

¹⁴Luiz Felipe Lyrio Peres. **Guarda compartilhada**. Disponível em: [http://www.pailegal.net/Download/DissertacaoLuis Flyrio Peres .doc](http://www.pailegal.net/Download/DissertacaoLuis%20Flyrio%20Peres.doc) Acesso em 08.10.08

3.4 A DIFERENÇA ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E A GUARDA UNILATERAL

Este tópico abrangerá a diferença entre a guarda compartilhada e a guarda unilateral.

A determinação da guarda unilateral atribui a um dos pais a guarda do filho, podendo ser feita de dois modos, por acordo dos pais ou mediante uma decisão judicial.

O interesse da criança serve de critério para a escolha de quem será o guardião do filho menor, tendo o outro progenitor o direito de visitas.

Mas na maioria das vezes a guarda unilateral é conferida às mães, principalmente as crianças de tenra idade, o não guardião terá o direito de visitas e vigilância, que não deverá transformar-se num direito de ingerência. O não guardião do filho não dispõe de um direito de ação nem de um direito de veto em relação às decisões tomadas pelo guardião.

Na guarda unilateral os filhos não tem contato contínuo com o não guardião, o que conseqüentemente o afasta do filho. A cerca desse afastamento, Grisard Filho (2002, p. 108), frisou que: “As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filho, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas”.

Segundo Leite (2003, p.260), “muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente estabelecida, acabam se desinteressando pelos filhos e abandonam a guarda, deixando-a integralmente sob os cuidados da mãe”.

As visitas desaparece ao longo do tempo, sendo uma desvantagem para os filhos, pois assim vão perdendo o elo familiar que os une, pela falta de convivência diária. Daí conseqüentemente começa a busca pela nova forma de guarda que visem por um lado garantir o direito da criança a relacionar-se com ambos os pais e por outro promover a igualdade de direitos e responsabilidade entre os progenitores.

Já a guarda compartilhada resulta mais benefício, pois os pais continuam agindo juntos para educar os filhos, mesmo que estejam separados venham a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao bem estar educação e criação dos filhos. Estando prevista no Código Civil, artigos 1.583 e 1584.

O objetivo da guarda compartilhada é garantir que ambos os pais mantenham um contato permanente, equilibrado, assíduo e co-responsável com seus filhos, evitando a exclusão quanto à omissão do progenitor que não está com a guarda, também estimula maior cooperação entre os pais, possibilita a convivência igualitária da criança com ambos, facilita a inclusão e participação nas famílias, evitando o fenômeno do pai mero provedor da pensão alimentícia, favorecendo a comunicação entre todos os membros da família.

A guarda compartilhada proporciona ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que estes não foram negligenciados após a ruptura familiar.

Assim, no âmbito da guarda compartilhada, diferentemente da guarda unilateral, garante o bom desenvolvimento emocional e psíquico da criança, ou adolescente, uma maior aproximação com ambos os pais e um maior desenvolvimento da esfera social adequada¹⁵.

3.5 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA GUARDA COMPARTILHADA

O principal ponto positivo da guarda compartilhada é permitir um maior contato dos filhos com ambos os pais após a separação ou divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles.

Com a guarda compartilhada a relação entre o casal haverá menos desentendimentos e atritos, até por que eles irão desempenhar melhor de si para suprir as necessidades dos filhos por caminho de cooperação mútua.

¹⁵ Laura Affonso da Costa Levy. **O estudo sobre a Guarda Compartilhada**. Disponível em :<
http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Laura_Affonso_da_Costa_Levy/Guarda%20compartilhada2.pdf:> Acesso em: 20/08/08.

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”.

Salienta ainda Leite (2003, p.285): “A guarda conjunta apresenta um resultado praticamente igual de recomposição da vida familiar para ex-esposas e ex-maridos, reafirmando a igualdade desejada pelo texto constitucional”.

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

Existem vantagens tanto para os pais quanto para os filhos na guarda compartilhada, em relação aos pais podemos destacar: os pais, guardadores, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos; qualificação na aptidão de cada um deles (eleva a auto-estima); divisão com os gastos e das despesas de manutenção dos filhos evitando sentimentos de revolta e injustiça entre a parte que se sentir prejudicada; incentiva uma maior cooperação, reduzindo os conflitos, com benefícios para os filhos; redução dos sentimentos de culpa e frustração; melhor a comunicação entre todos os membros da família, colocando os pais menos sujeitos as manipulações dos filhos¹⁶.

Com relação aos filhos, as vantagens são: reduz da participação dos filhos em litígios familiares; possibilita a presença permanente de dois pais em suas vidas; assegura uma convivência igualitária com cada um dos pais; diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda exclusiva ou única; facilita a inclusão no novo grupo familiar de cada um dos pais; muitas vezes consegue que os pais sejam próximos e participantes da vida aos filhos tanto quanto antes da separação; amplia e aprofunda o grau de comunicação entre pais e filhos;

¹⁶Sandro Chiabai Paterlini. **Da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<http://www.braganeto.adv.br/html/artigos.guarda.compartilhada.html>> Acesso em:10/09/08.

provoca a tendência menor dos pais em usarem os filhos como armas para atacar os ex-cônjuges; favorece o desenvolvimento da criança e proporciona a convivência com os papéis masculinos e femininos, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando os processos de socialização e identificação, entre outros¹⁷.

Apesar dos efeitos positivos da guarda compartilhada não se pode esconder ou deixar de falar a respeito dos efeitos negativos do tema.

Os pontos negativos da guarda compartilhada são às tentativas de centrar a guarda compartilhada na praticidade, mas pode gerar para os pais um risco da quebra de hierarquia, com evidente prejuízo para os mesmos. Há a perda de um referencial, em função de se admitir alternância de residência com induvidosa mudança de ambientes que em nada contribuirá para formação uniforme.

Outro ponto negativo, contrário à guarda compartilhada é o que levanta a questão dos casais traumatizados por longo e doloroso processo de separação litigioso com certeza irá fracassar, pois os pais não cooperativos, sem diálogos, insatisfeitos, que sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam aos seus filhos. Podendo também ser usada como meio para negociar menor valor da pensão alimentícia, e na sua viabilidade para famílias de classe socio-econômica mais baixa.

Segundo Grisad Filho (2002, p. 180), um dos pontos negativos é:

Aos pais, terão maiores custos com relação a moradias, que devam ser adequadas, a adaptação desta nova fase que eles terão que vivenciar e a necessidade de se ter um emprego flexível para 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.

As críticas que são feitas contra o modelo, como a privação da necessária estabilidade e segurança emocional do menor, são veementemente rebatidas, enquanto confundem estadia alternada com exercício alternado da autoridade parental. Em relação às

¹⁷ Ibid

separações litigiosas em que os processos judiciais sejam dolorosos não impede que os pais possam conversar amigavelmente sobre os problemas dos filhos, visto que eles são os maiores interessados no bem-estar dos mesmos.

A criança pode e deve privar da presença dos dois genitores. Pode passar um período com a mãe e, igualmente com o pai, sem que, se estabeleçam rigidamente períodos alternados com um ou com outro genitor. A residência continua sendo única o que não impede o deslocamento da criança.

A mudança regular de residência, com todos os efeitos que daí decorrem, inexistente na guarda compartilhada. Ambos os pais exercem direitos iguais, independentemente da necessidade da fixação de uma residência única. Esta funciona como ponto de referência a partir do qual se irradiam os direitos e deveres de ambos os genitores.

Contudo é importante ressaltar que, guarda compartilhada é orientada para manter a relação dos pais e filhos após a dissolução da vida conjugal, ou seja, ambos os pais exerçam igualmente os direitos e deveres inerentes à educação e formação dos filhos. Não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum¹⁸.

Portanto o ordenamento jurídico foi se adequando às novas realidades sociais. Com isso veremos no próximo capítulo os fundamentos jurídicos da guarda compartilhada antes e depois da inserção da guarda compartilhada no Código Civil.

¹⁸ Wellington Lopes Alves. **Guarda Compartilhada Dos Filhos**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-2030446165>. Acesso em: 10 de agosto de 2008.

4 GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este capítulo irá demonstrar a posição do direito brasileiro antes e depois da inserção da Lei 11.698/08 da guarda compartilhada no Código Civil e os efeitos e a responsabilidade civil dos pais na guarda compartilhada.

4.1 Fundamentos jurídicos da guarda compartilhada

Com o artigo 5º, I da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher, bem como o art. 226, § 5º, *in verbis*: prevê que “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 § 7º do mesmo artigo.

Deste modo, não mais se justifica a preferência dada às mães para a guarda exclusiva do filho após a dissolução da convivência conjugal, consoante estabelecia o art. 10, § 1º, da Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio.

Assim, concluir-se 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 o juiz determinar diversamente: o art. 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”. Afinal, a procura do bem estar da criança e seu melhor interesse é o principal objetivo.

Ainda a mesma Lei 6.515/77 traz outras disposições que autorizam a efetivação do compartilhamento da guarda, a saber: O art. 9º estabelece que *in verbis*: *no caso da*

dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual (art. 4º) observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos.

Traz ainda a Lei do Divórcio, em seu art. 27 que, *in verbis*: “o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos, o que vem a reafirmar a adoção da guarda conjunta em nosso 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 art. 4º, caput, transmite o que a cabeça do art. 227 da Constituição Federal, *in verbis*:

É dever da família da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência. 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 do princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, iluminar-se-á um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil.

Portanto pode-se afirmar que o ECA privilegiou o convívio do menor com seus pais, ressaltando a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento.

Analisando os artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil antes da inserção da guarda compartilhada, conclui-se que, os esquemas interpretativos permitem a adoção da guarda conjunta, principalmente com relação ao poder do magistrado de regular de maneira diferente a situação dos filhos para com os pais, se não houver acordo entre eles acerca da guarda, desde vise o melhor interesse da criança.

Ainda há muitas outras disposições legais que poderiam aqui ser trazidas à colação, mas 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 seja benéfica aos interesses do menor¹⁹.

Mesmo a guarda compartilhada não sendo prevista anteriormente, já era exercida na prática pelos pais que não cultivavam suas desavenças e zelavam pelo melhor interesse dos filhos, sendo um acordo tácito, lícito e possível, um meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na criação dos filhos.

Diante de todos estes fundamentos fica claro que não teve vedação legal para a aplicabilidade da Lei 11.698/08 dentro do nosso ordenamento jurídico uma vez que a guarda compartilhada é uma solução que beneficia os menores, e contempla os pais, pois ambos estarão envolvidos na criação e educação dos filhos, após a dissolução do vínculo matrimonial.

4.2 A INSERÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO CÓDIGO CIVIL

A Lei n.º. 11.698, de 13 de junho de 2008, modificou o dispositivo dos artigos 1.583 e 1.584 da lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cuidando da proteção da pessoa dos filhos, indicava que se deveria, por ocasião da extinção do vínculo entre os cônjuges, respeitar o que houvessem acordado sobre a guarda dos filhos e, na falta de pactuação nesse sentido, atribuí-la a quem revelasse melhores condições para exercê-la.

Antes mesmo da edição da Lei 11.968/08, já se vinha fazendo referência na doutrina e na jurisprudência a respeito da guarda compartilhada.

¹⁹ Lucas Hayne Dantas Barreto. **A posição do direito brasileiro quanto a guarda compartilhada.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/tewxto.asp?id=4352>. Acesso 20 de setembro.2008.

Com a nova lei o artigo 1.583, § 1º define a guarda compartilhada e a guarda unilateral, e o artigo 1.584, § 2º, dá preferência ao compartilhamento da prole. Deixando de priorizar a guarda individual.

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou determinação judicial. Caso não estipulado na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, pode ser buscada em demanda autônoma. Podendo ser requerida por qualquer um dos pais em ação própria. Caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Mesmo que os pais tenham escolhido a guarda unilateral, existe a possibilidade de um deles pleitear a alteração. Se acaso ambos os pais discordarem, o juiz pode impor o compartilhamento da guarda desde que tenha por comprovado sua viabilidade.

A dissolução dos vínculos afetivos não leva a cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação, pois é garantido com a guarda compartilhada que ambos os pais estará engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar.

O § 4º do art. 1.583 foi vetado do Código Civil, pois contrariava o interesse público, já que atestava que a guarda poderia ser fixada pelo consenso dos pais, o que seria incompatível com a sistemática processual vigente. Nos termos das razões esboçadas, as balizas da guarda poderão ser formuladas de comum acordo pelas partes, mas caberá ao juiz, e somente a ele, após a oitiva do Ministério Público, fixá-la, nunca perdendo de vista o melhor interesse da criança.

Na guarda unilateral, ainda em vigor, a responsabilidade maior é daquele com quem a criança vive. O outro não tem maior poder para interferir nas decisões, os dias de visitas são fixados pela Justiça.

Na guarda compartilhada, a criança continua vivendo com um dos pais, mas o outro não terá que aguardar o dia de visita para ver o filho. Tudo será negociado, com a participação do juiz se necessário, levando em conta o interesse da criança.

A modificação passou a admitir de forma expressa duas distintas modalidades de guarda, inovando a guarda unilateral e à guarda compartilhada. Passando os artigos 1.583 e 1.584 a vigorar com a seguinte redação, *in verbis*:

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).

"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 lei define a guarda compartilhada como um sistema de co-responsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres inerentes do poder familiar.

O § 1º do artigo 1584 estabelece que na audiência de conciliação, o juiz informará

as partes às vantagens da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. Antes mesmo de homologar a conciliação.

Já o § 2º estabelece que quando não houver acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz poderá decidir pela guarda compartilhada, sempre que possível, devendo analisar as necessidades e o melhor interesse do menor.

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

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusulas da 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.

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

O objetivo da guarda compartilhada é assegurar aos genitores o exercício conjunto da autoridade parental, como se junto estivessem, com o desejo de proporcionar elevada formação aos filhos, sendo uma vantagem para estes, não se pode deixar de considerar que a guarda como um dos elementos integrantes do poder familiar estabelecido nos arts. 1.630 a 1.638 do CC.

A responsabilidade, o direito e os deveres dos pais com os filhos serão exercidos conjuntamente, mesmo não vivendo sob o mesmo teto concernente ao poder familiar dos filhos comuns.

Ainda de acordo com a Lei 11.698/08, 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: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação, (Dias, 2008).

4.3. EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Na constância do casamento, o exercício do poder familiar é exercido por ambos os genitores enquanto a família permanece unida, sendo a guarda comum, logo, tem-se a idéia de que as decisões tomadas por um dos genitores é naturalmente aceita pelo outro.

Quando emerge o conflito pelo rompimento do vínculo da convivência familiar, as funções parentais se dividem e as decisões se tornam unilaterais, situação diversa a da guarda conjunta quando um dos cônjuges discorda do que decidiu o outro, só resta o acesso ao judiciário. É neste exato momento que a guarda compartilhada vem para minorar os efeitos do conflito para diminuir os efeitos negativos da ruptura da conjugal sobre a pessoa dos filhos.

O fator primordial que viabiliza, de plano, a aplicação da guarda compartilhada é a maneira como os genitores se relacionam após a ruptura da união conjugal, assumirão em conjunto a tarefa de permanecerem como pai e mãe, no pleno exercício do poder familiar.

Via de regra, a guarda é entregue a mãe, impondo-se ao pai o dever de alimentos e se lhe facultando esporádicas visitas, o que contribui para inadequada convivência e comunicação desses com seu filho, como se descartável fosse à função paterna nas diversas fases da vida do menor.

Com isso a guarda compartilhada visa conservar os mesmos e íntimos laços de afetividade que existiam antes da separação, sob o fundamento de que a desunião dos pais não pode atingir o relacionamento desses com seus filhos.

Na guarda compartilhada a determinação da residência é essencial para a estabilidade da criança, que terá assim um ponto de referencia devendo ser (tanto casa do pai ou na casa da mãe), que seja próxima de seu convívio social habitual, isto é, perto do colégio, vizinhos, amigos, clube, etc. Porém, ambos os pais devem possuir acomodações para a criança em suas respectivas residências.

Essa determinação do local de residência do menor gera a estabilidade que o direito deseja para o filho e não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo.

Assim quando fixado em residência única, o genitor não guardador tem a obrigação de visita, pois o que mora com o filho tem a guarda material e física, mas ambos, é bom frisar, possuem a guarda jurídica. A residência onde o menor fixa suas raízes, também proporciona o dever de educação, moral e material, e o lazer, assim como uma aprendizagem cotidiana de vida.

Quanto ao local da residência, se na casa paterna ou materna, dependerá da situação fática vivenciada pelo casal, explica, (LEITE , 1997, p. 40).

(...) poderá ser a casa materna (se a mãe apresenta melhores condições de acompanhamento da criança ou poderá se a casa paterna (se o pai reúne melhores condições para o desenvolvimento da criança) e poderá mesmo ser a casa de um terceiro (avos, por exemplo) se nenhum dos pais reúne aquelas condições. Logo, a residência do menor não é necessariamente a da mãe, mas na sua maioria a residência lhe tem sido reconhecida porque as crianças são menores, a mãe delas se ocupa (ou porque não trabalha ou porque dispõe de mais tempo) e o pai declina desta prerrogativa por temer não conciliar suas atividades profissionais com as decorrentes da paternidade.

Portanto, os períodos de deslocamento não poderão interromper a situação escolar das crianças. É preferível que os pais residam dentro da mesma área escolar, ou razoavelmente perto, ou que ambos disponham de meios para levar e trazer os filhos às respectivas escolas.

O artigo 1.634, inciso I do Código Civil preceitua que é dever dos pais dirigir a criação e a educação dos filhos, em consonância com o artigo 229 da Constituição Federal.

A educação dos filhos deverá ser discutida em comum acordo pelos pais. Tipo de escola (do Estado ou particular), período a ser freqüentado (matutino, vespertino ou noturno), levando em conta a idade dos filhos. Os cursos paralelos, como línguas, dança, ginástica olímpica, judô, música etc.

Quanto aos períodos de férias escolares, pode-se fazer uma adaptação ao critério da divisão eqüitativa, ou seja, quinze dias com cada qual dos genitores, sendo importante o prévio acordo relativo à presença da criança com cada qual de seus pais, sendo importante ressaltar que essa divisão não se estará maculado a guarda compartilhada.

A obrigação alimentar dos pais para com os filhos está prevista no artigo 1.566 inciso, IV do CC, englobando sustento, guarda e educação dos filhos.

A guarda compartilhada estabelece um equilíbrio com as despesas com os filhos, pois os pais dividem o sustento deles, estimulando a cooperação entre ambos, o que acaba por beneficiar os filhos tende a diminuir os conflitos por questões financeiras trazendo grande satisfação aos pais.

Quanto ao direito de visitas, muitas vezes podem ocorrer tanto o dano moral, situações de dor e sofrimento proporcionado pelo descumprimento do regime de visitas, como no caso do filho que fica esperando o seu pai, que combinou de visita-lo e não vai, chegando a causar dano psíquico caracterizado por seqüelas resultantes da perda de contato entre o filho e um dos genitores, daí a vantagem da guarda compartilhada, que nesse aspecto realça, prioriza e favorece a íntima relação entre pais e filhos, mesmo após a desunião do casal, bem como protege o saudável desenvolvimento dos filhos.

Segundo Leite, (1997, p. 222):

O direito de visita não é um direito dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença continua do filho.

A escolha deste novo modelo de relacionamento para o casal é consequência da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e falta de diálogo. Por isso deve sempre ser

cogitado como opção alternativa às soluções tradicionais e imutáveis, como a guarda com a mãe e os alimentos para o pai²⁰.

4.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

A responsabilidade civil dos pais está relacionada à criação e educação dos filhos bem como pelos atos de seus filhos menores. Os pais têm o dever de prestar assistência ao filho, ou seja, criar, instruir, educar, alimentar e satisfazer suas necessidades. Devendo proporcionar conhecimentos compatíveis com suas aptidões e situação social, adequado ambiente para seu desenvolvimento moral.

Nesse sentido, posiciona-se Silva (2008, p.114) “como estão em fase de desenvolvimento, os filhos necessitam de ambiente saudável, cuidados constantes, proteção contra as más companhias e orientação para que não freqüentem locais inadequados ao crescimento e desenvolvimento sadio”.

Entendendo-se que a guarda diz respeito apenas à guarda jurídica, fica claro também, que a guarda física ficará com o genitor com o qual residir o filho. Na guarda compartilhada há também a responsabilidade da guarda jurídica por ambos os genitores.

É também necessário frisar-se mais uma vez que a guarda conjunta pode ser alterada a pedido de qualquer dos genitores, dos próprios filhos, ou de ofício pelo juiz.

A responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos que causem danos a terceiros é solidária, visto que se há a partilha da guarda, sendo a responsabilidade de ambos os guardiões, portanto, em solidariedade responderão pelos atos do filho. Caso contrário estar-se-á negando o próprio instituto da guarda compartilhada. É claro que, se comprovado, dentro do princípio da ampla defesa, que houve culpa ou permissão de apenas um dos genitores para a prática de determinado ato lesivo, só a este cabe a reparação.

²⁰ Wellington Lopes Alves. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=2030446165>. acesso em 15 de outubro 2008.

Como explica Leite (1997, p. 227), na guarda compartilhada o pai e a mãe serão solidariamente responsáveis:

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

A emancipação legal exonera os pais do dever de indenizar terceiros pelos atos ilícitos de seus filhos. No entanto a emancipação voluntária não os libera, porque um ato de vontade não pode revogar ordem proveniente de lei, (SILVA, 2008).

Podemos assim dizer, que a Guarda Compartilhada é a expressão do direito à convivência familiar. Além de garantir à criança o contato direto com os genitores, possibilita o controle de sua saúde, educação, alimentação, integridade física e formação moral e social de uma forma mais ampla, proporcionando ao menor um desenvolvimento sadio e feliz, buscando assegurar sempre e de modo eficiente o direito fundamental do convívio familiar do infante com ambos os seus genitores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Constituição Federal de 1988 surgiu o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, o artigo 5º consiste no direito dos filhos serem criados e educados no âmbito da própria família. A guarda compartilhada é o que melhor se encaixa com o princípio da igualdade entre homem e mulher, permitindo que ambos os pais exerçam de forma igualitária os direitos e deveres em relação aos filhos após a ruptura conjugal ou da união estável.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.630, dispõe sobre a igualdade dos pais em relação aos filhos, pois estes estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Já o artigo 1.631 do CC estabelece que na constância do casamento e com a paternidade e maternidade o exercício do poder familiar compete aos pais em igualdade.

O poder familiar impõe aos pais o poder-dever de manterem os filhos em sua companhia, proporcionando-lhes proteção, educação, afeto, alimentos, e preparando-os para serem cidadãos capazes de exercer seus direitos e obrigações.

Durante o casamento ou união estável a guarda é exercida em comum, onde ambos os pais exercem o poder familiar. Assim podemos concluir que a guarda faz parte do poder familiar, sendo um poder exercido por ambos os pais sobre os filhos.

Com a dissolução do casamento ou da união estável não altera o poder familiar, com exceção da guarda, passando a ter a necessidade de estabelecer à guarda dos filhos, e na maioria das vezes é utilizada a guarda unilateral na qual um dos pais exercerá guarda e o encargo de prestar assistência material, moral e educacional, e o não guardião têm o direito de visitas e de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos por parte do guardião, bem como a prestação da pensão alimentícia que será fixado pelo juiz, devendo ser depositado na conta bancária do guardião do menor, pagos diretamente em benefício do filho.

Portanto na guarda unilateral o exercício do poder familiar, para o não guardião resume ao pagamento da pensão alimentícia, ao direito de visitas, normalmente insuficiente

para garantir o sustento do filho, tendo também o poder teórico de fiscalizar a guarda exercida pelo guardião.

Ressalte-se que o direito de visita e o poder de fiscalizar a guarda são atributos não necessariamente decorrentes da autoridade parental. Pois o direito de visita pode ser exercido por qualquer parente, como tios, avós, e até mesmo a terceiros não parentes que possuam vínculo afetivo com a criança ou adolescente, como por exemplo, a madrasta ou padrasto, que muitas vezes, são considerados pelos menores verdadeiros pais, é a denominada paternidade sócio-afetiva.

Com a Lei 11.698/08 modificou o dispositivo dos artigos 1.583 e 1.584 inserido no Código Civil de 2002 a guarda compartilhada e permanecendo em vigor a guarda unilateral. A guarda unilateral é concedida a um dos pais que terá a responsabilidade maior com a criança ou adolescente. O outro não tem maior poder para interferir nas decisões e visita a criança nos dias fixados pela Justiça.

A guarda compartilhada ambos os genitores passam a exercer a guarda dos filhos como se não houvesse ocorrido a ruptura conjugal, pois é um fundamental para o desenvolvimento social e psicológico dos filhos que continuem convivendo com ambos os pais, pois é através de nossas famílias, representadas por nossos pais, que nos inserimos na estrutura social.

Na Guarda Compartilhada os pais têm autoridade legal, não só pra tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também conviver com eles em grau de igualdade de condições.

O objetivo da guarda compartilhada é amenizar as perdas, beneficiando os filhos, á medida que ambos os pais estão igualmente envolvidos na criação e educação dos filhos.

A separação, divórcio ou dissolução da união estável desfaz o vínculo familiar não anulando os laços que vinculam os pais a seus filhos, pois existe ex-cônjuge, mas não existe ex-filho.

Para a aplicação da guarda compartilhada é necessário junto com a análise jurídica esteja também realizada análise de outras fontes ou ciências, como a psicologia.

Os fundamentos psicológicos da Guarda Compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio dos pais acarretam uma série de perdas e trazem conseqüências drásticas à vida da criança, como a natural queda do padrão de vida, conflitos entre os pais, divisão de bens, etc.

Com guarda compartilhada a criança conviverá com ambos os pais de maneira igualitária. Essa convivência traz benefícios á criança tendo ambos os pais envolvidos em sua criação e educação, não se distanciando dos mesmos.

De acordo com as hipóteses previstas no pré-projeto da monografia, existem duas, sendo positivas e negativas.

A guarda compartilhada possui a hipótese positiva, pois é uma solução para a melhor convivência dos filhos com os seus genitores após a ruptura familiar, no sentido que ambos os pais continuaram com a guarda, tendo deveres e obrigações de forma igualitária, acredita-se que isso poderia contribuir para equilibrar a influência que os mesmos exercem sobre seus filhos.

Já a hipótese negativa refere-se ao fato de que a separação conjugal sempre traz mágoas e ressentimentos, dificultando que o ex-casal mantenha um relacionamento livre de conflitos, podendo também gerar nas crianças envolvidas, instabilidade proveniente das freqüentes mudanças de ambiente.

Conclui-se que as hipóteses positivas são, mas contundentes, pois a concessão da guarda compartilhada permitir um maior contato dos filhos com ambos os pais após a separação, divórcio ou dissolução da união estável, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles, diminuindo os conflitos parentais, os sentimentos de culpa, com a finalidade de assegurar o interesse morais e materiais da prole.

Com a determinação da guarda compartilhada os filhos passaram um período com a mãe e, igualmente com o pai. No entanto será estabelecida a residência fixa do menor podendo ser a casa do pai ou da mãe o que não impede o deslocamento da criança.

A educação dos filhos será decidida em comum acordo pelos pais. Quanto aos períodos de férias escolares, pode-se fazer uma adaptação ao critério da divisão, ou seja, quinze dias com cada qual dos genitores.

Com a guarda compartilhada os pais passaram a dividir as despesas com o sustento dos filhos estimulando a cooperação entre os pais, beneficiando os filhos diminuindo os conflitos por questões financeiras, na medida em que, tendo mais contato com o filho, certamente dependerá mais gastos ao verificar, por si próprio, sua necessidade e confortos mais imediatos.

Portanto o instituto da guarda compartilhada garante à criança o contato direto com ambos os pais, possibilitando a participação de uma forma mais ampla, proporcionando ao menor um desenvolvimento sadio e feliz, buscando assegurar sempre e de modo eficiente o direito fundamental do convívio familiar do infante com ambos os genitores.

Com a finalização deste trabalho concluí-se que o instituto da guarda compartilhada apesar de ainda estar em adaptação no seio da família brasileira é a que melhor atende aos interesses do menor, devendo os profissionais do Direito sendo estes psicólogos, advogados, assistentes sociais, juízes ou legisladores estimularem sua aplicação, visando o interesse da criança, quando se referir às questões de guarda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

ANDRADE, Maria Margarida. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 4º ed. São Paulo. Atlas, 1999.

BARRETO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 1997.

CAMPOS JUNIOR, Aluisio Santiago. **Direito de família**. Aspecto didáticos. Belo Horizonte. Ed. Inédita, 1998.

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

_____ **Curso de direito civil brasileiro de família**. v. 5. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____ **Direito de família**. v. 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008 v. 2.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LAKATOS, Maria de Andrade Marconi, Eva Maria. **Metodologia científica**. 6º ed. São Paulo. Atlas, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. 3º ed. São Paulo. Saraiva, 2001.

MONTEIRO. Washinton de Barros. **Direito de família**. Vol.2. São Paulo. Saraiva. 1990.

OLIVEIRA, Wilson. **Direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PATIÑO, Ana Paula Correa. **Direito Civil: direito de família**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol.V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dias, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 26. ed., São Paulo, Saraiva: 2001, v.6, p. 3490).

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioc de. **Guarda compartilhada**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre a guarda compartilhada. 2º ed. Leme: J.H. Mizuno, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

2. CÓDIGOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Art. 5º.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Art. 226.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Art. 227.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Art. 229.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.566, IV.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.579.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art.1.583.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art.1.584.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.589.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.590.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.630.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.632.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.633.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.634.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.635.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado. Art. 1.637.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002.** Brasília, DF: Senado. Art. 1.638.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002.** Brasília, DF: Senado. Art. 1.689.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002.** Brasília, DF: Senado. Art. 1.690.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02 - Institui o Código Civil Brasileiro de 2002.** Brasília, DF: Senado. Art. 1.693.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado. 1973, Art. 1.120.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado. 1973, Art. 1.124.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 4.121/62 – Institui Estatuto da Mulher Casada,** Art. 380.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 – Institui Estatuto da criança e do adolescente.** Brasília DF: Senado, Art. 2º.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 - Institui Estatuto da criança e do adolescente,** Brasília DF: Senado. Art. 4º.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 – Institui Estatuto da criança e do adolescente.** Brasília DF: Senado, Art. 6º.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 - Institui Estatuto da criança e do adolescente,** Brasília DF: Senado. Art. 16.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 - Institui Estatuto da criança e do adolescente,** Brasília DF: Senado. Art. 19.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 - Institui Estatuto da criança e do adolescente,** Brasília DF: Senado, Art. 22.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 - Institui Estatuto da criança e do adolescente**, Brasília DF: Senado. Art.27.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 8.069/90 - Institui Estatuto da criança e do adolescente**, Brasília DF: Senado. Art. 33.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 6.515/77 - Institui Lei do divórcio**, Brasília DF: Senado. Art. 9.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 6.515/77 - Institui Lei do divórcio**, Brasília DF: Senado. Art. 10.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 6.515/77 - Institui Lei do divórcio**, Brasília DF: Senado. Art.11.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 6.515/77 - Institui Lei do divórcio**, Brasília DF: Senado. Art. 13.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 6.515/77 - Institui Lei do divórcio**, Brasília DF: Senado. Art. 27

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 6.515/77 - Institui Lei do divórcio**, Brasília DF: Senado. Art. 34.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 11.698 de 13 de junho de 2008 – Institui guarda compartilhada**, Brasília DF: Senado Art. 1.583.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 11.698 de 13 de junho de 2008 - Institui a guarda compartilhada**, Brasília DF: Senado. Art. 1.584.

ENDEREÇO ELETRÔNICO:

ALVES, Wellington Lopes. **Guarda compartilhada**. Disponível em <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rv.Textold=2030446165>>. Acesso em 10/04/08.

BARRETO, Hayane Dantas Lucas. **A posição do direito brasileiro quanto à guarda compartilhada.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/tewxto.asp?id=4352>. Acesso: 20 de setembro. 2008.

LEVY, Laura Affonso da Costa. **O estudo sobre a Guarda Compartilhada.** Disponível em : http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Laura_Affonso_da_Costa_Levy/Guarda%20compartilhada2.pdf: Acesso em: 20/08/08.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda Compartilhada.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>.

LOBO. Paulo Luiz Netto Lobo. **Do poder familiar.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em 10 de abril de 2008.

MACEDO, Lino. **Entre dois amores.** Revista Isto é. 06/02/2002. Disponível em: www.apase.com.br. Acesso em: 24/08/2008.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 03 de maio de 2008.

PATERLINI, Sandro Chiabai. **Da Guarda Compartilhada.** Disponível em: <http://www.braganeto.adv.br/html/artigos.guarda.compartilhada.html>> Acesso em:10/09/08.

SILVA, Evandro Luiz. **Dois lares é melhor que um.** Disponível em: www.Pailegal.net/fatpar. Acesso em: 24/08/2008.

REVISTAS:

COMEL, Denise Damos. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada.** Revista jurídica consulex. Ano XII.nº. 275-30 de junho/2008.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais - A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

LOTUFO, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS NETO. José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS NETO, Jose Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. Revista dos Tribunais. 1993.