

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

ILTA MOREIRA SALGADO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

GUARDA COMPARTILHADA

RUBIATABA – GO

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

ILTA MOREIRA SALGADO

Associação Educativa Evangelica
BIBLIOTECA

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada a FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva.

30198
Sara

Tombo nº	16099
Classif.:	
Ex.:	01
Origem:	
Data:	23/02/2010

RUBIATABA – GO

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

ILTA MOREIRA SALGADO

GUARDA COMPARTILHADA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

COMISSÃO JULGADORA

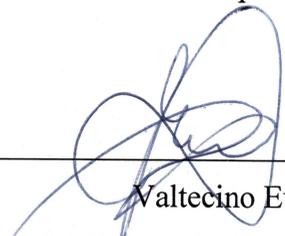
**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

Resultado: _____

Orientador _____
Samuel Balduino Pires da Silva

Graduação em Direito Civil e Especialista em Direito Civil e Processo Civil

1º Examinador _____


Waltecino Eufrásio Leal

Especialista em Direito Constitucional e Processual

2º Examinador _____


Monalisa Salgado Bittar
Especialista em Direito Civil

Rubiataba, 2009

Dedico primeiramente a Deus meu criador, protetor e guia por estar sempre ao meu lado. Aos meus pais José de Souza Fernandes e Maria Moreira, de maneira muito carinhosa à minha mãezinha pelo seu amor, incentivo e palavras amigas nas horas angústia e aperto. Ao meu padrasto Otacílio Ferreira (in memoriam), pessoa que também fez parte da minha vida, deixando saudades, pela sua maneira humilde de ser. Aos meus manos: Sebastião Moreira, Maria Aparecida Moreira, Vilma Moreira, Aguimar, Eva, Maria Ilma e Edivani Moreira – meus melhores amigos, amo muito. Aos meus cunhados, sobrinhos – presentes de Deus! Ao ilustre Pe. Joaquim José Neto – Diretor da Facer – pessoa admirável. À Coordenadora do Curso de Direito Professora Roseane Cavalcante de Souza – espelho para nós. Aos meus mestres todos, desde o primeiro período, que Deus ilumine cada um de vocês. Aos funcionários da Instituição, com os quais convivi e tive muito bom relacionamento, vou sentir muitas saudades. Enfim, à todos os meus colegas de sala, meus irmãos, meus companheiros, que Deus cubra cada um com o Seu Manto Santo, para que possamos brilhar juntos, nessa jornada que está apenas começando.

A Deus, meu criador, honra e glória! Ao Dr. Osmar Alves de Oliveira, meu amigo. Ao Sr. Evaldo José da Silva e sua esposa Narcisa, prefeito e primeira-dama de Rialma – GO. Aos meus professores, em especial à professora Gerusa Oliveira e ao professor Samuel Balduino meus orientadores de Monografia. À Diretora acadêmica, Zita Pires de Andrade. A todos meus colegas de sala, especialmente à minha amiga de todas as horas, Miriam Florêncio de Souza e ao meu amigo Padre Sebastião Romário Damas. Aos meus amigos funcionários da Instituição, de maneira carinhosa às minhas amigas da Biblioteca - Obrigada a todos!

*“Há homens que lutam um dia e são bons.
Há outros que lutam um ano e são melhores.
Há os que lutam muitos anos e são muito bons.
Porém, há os que lutam toda a vida.
Esses são os imprescindíveis”.*

Bertolt Brecht

RESUMO - Este trabalho tem como objetivo primordial mostrar como a guarda compartilhada pretende garantir o interesse do menor, a fim de protegê-lo, e admitir o seu desenvolvimento e seu equilíbrio emocional, tornando-o capaz à um desenvolvimento equilibrado de sua personalidade. Procura diferenciar-se os controle que agem freqüentemente na criança, aumentando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a condição de suas relações afetivas e a sua inclusão no grupo social. Busca-se, com decorrência, a completa e a eficiente concepção sócio-psicológica, ambiental, afetuoso, espiritual e educativo do menor cuja guarda se compartilha. Vê-se que o instituto da guarda compartilhada surge para proteger as deficiências que outros modelos de guarda, especialmente o da guarda dividida - de onde existi o tradicional sistema de visitas. Alguns modelos de guarda, ao privilegiar sobremaneira a mãe, nos mais diversos esmagadores dos casos, induz a intensos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quão grandemente social, no seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Guarda, Guarda Compartilhada, Filhos e Relações Afetivas.

ABSTRACT - This work is how objective primary shared custody is to ensure the interests of the child to protect him, and admit their development and their emotional balance, making it capable of a balanced development of his personality. Search differentiate the control that often act in the child, increasing their range of physical and moral condition of your relationships and their inclusion in social groups. Search is, in consequence, the complete and efficient design socio-psychological, environmental, affectionate, spiritual and education of the child whose custody is shared. See that the institution of the shared custody appears to protect the weaknesses that other models of care, especially the split guard - where there is the traditional system of visits. Some models of care, greatly favor the mother, in several cases overwhelming, induces severe damage to the children, both to emotional social how greatly in their development.

Words-key: Bangalore, Karnataka Shared, Sons and Affective Relations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 PODER FAMILIAR.....	13
1.1 Histórico.....	13
1.2 O Pátrio Poder e a Igualdade entre os Pais na Legislação Brasileira.....	16
1.3 Direitos e Deveres Decorrentes do Poder Familiar.....	18
1.3.1 Dirigir-lhes a Criação e Educação.....	20
1.3.2 Conceder-lhes ou Negar-lhes Consentimento para Casarem.....	21
1.3.3 Reclamá-los de Quem Ilegalmente os Detenha.....	22
1.4 Perda ou Destituição do Poder Familiar.....	22
1.5 Suspensão do Poder Familiar.....	23
1.6 Extinção do Poder Familiar.....	25
2 GUARDA.....	27
2.1 Conceito.....	27
2.2 Evolução da Guarda na Legislação Brasileira.....	30
2.3 Modalidades da Guarda.....	32
2.4 As Funções do Genitor Guardião.....	34
2.5 Efeitos Psíquicos da Guarda.....	35
2.6 Extinção da Guarda.....	38
3 GUARDA COMPARTILHADA.....	40
3.1. Conceito.....	40
3.2. Evolução social da Guarda Compartilhada.....	42
3.3 O Modelo Ideal para o Menor.....	44
3.4 Conseqüências da Guarda Compartilhada.....	46
3.5 Guarda Compartilhada: Aspectos psicológicos.....	48
4 PROJETOS DE LEI DA GUARDA COMPARTILHADA, SUA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	50
4.1 Projetos de Lei.....	50
4.2 Doutrina da Guarda Compartilhada.....	54
4.3 Jurisprudência.....	56
4.4 A Lei 11.698.....	57

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

LISTA ABREVIATURAS E SIGLAS

APUD – Conforme, citado

ART - Artigo

CC - Código Civil

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

NCC - Novo Código Civil

S/D - Sem Data

INTRODUÇÃO

Através desta monografia apresenta-se o tema a guarda compartilhada, o qual vem sendo debatido com grande intensidade nos últimos anos.

A maioria dos autores escreveram sobre a guarda compartilhada, trabalhando o seu conteúdo de forma didática, objetivando conseguir a melhor compreensão do seu sentido jurídico. Assim sendo, esses mesmos autores observaram o lado afetivo, no sentido de focalizar a parte emocional tão essencial à questão da guarda.

Nos casos concertos são infinitivos as situações de dissolução do casamento, e para os casais que tem filhos, a questão da guarda sempre gerou discussões.

A abordagem do tema Guarda Compartilhada abrange vasta discussão doutrinária e requer muita atenção no atual momento por esse apresentar considerável número de separações conjugais.

A partir dos pressupostos acima se pode afirmar que uma das relevâncias do tema se justifica em função das profundas mudanças ocorridas na sociedade, principalmente no que diz respeito à família e às relações entre pais e filhos após a ruptura dos laços conjugais. O tema escolhido é atualíssimo e de grande significado social, pois diz respeito ao bem estar da criança e do adolescente.

Sendo assim, o objetivo geral da pesquisa conhecer o modelo de guarda compartilhada à luz do olhar de doutrinadores e legislação pertinente.

Os objetivos específicos foram compreender a importância da guarda compartilhada; Analisar se a guarda compartilhada traz maiores benefícios aos filhos; Verificar se a legislação referente à guarda compartilhada atende realmente os interesses e anseios de pais e filhos e Constatar se o modelo de guarda previsto pela lei 11.698/08 é exequível frente à realidade social, política e econômica vivida atualmente pelo menor.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica sendo que por meio de estudos e leituras realizadas serão arregimentadas a reunião sistemática de livros, revistas, publicações avulsas na abordagem do tema A Guarda Compartilhada: da teoria a prática. Esta pesquisa será feita por meio da reunião de material extraído de livros, revistas jurídicas e artigos publicados na internet. E, este material será exposto de maneira organizada, obedecendo à estrutura e a lógica, para que se obtenha o melhor dos pensamentos dos nossos doutrinadores.

Esta monografia foi dividida em quatro capítulos:

O primeiro fala-se sobre o Poder Familiar, o qual faz-se um breve relato acerca das legislações passadas, inclusive no direito romano o qual influência na cultura brasileira, a que se refere o conceito familiar.

No segundo capítulo foi abordado o tema a Guarda, o qual é um dos aspectos mais delicados que ocorre quando um casal se separa, o qual refere-se aos filhos.

Dando seqüência com o terceiro capítulo com o tema Guarda Compartilhada. O que ultimamente muitos têm falado, embora poucos já terem tido essa experiência ou mesmo conhecerem de maneira satisfatória o assunto. Analisar o conceito de guarda Compartilhada é de grande importância para que se forme o correto entendimento a cerca do tema.

E por último finaliza-se com o quarto capítulo o qual foi falado sobre os Projetos de Lei da Guarda Compartilhada, sua Doutrina e Jurisprudência.

1 PODER FAMILIAR

Neste primeiro capítulo será abordado o tema Poder Familiar, o qual faz-se um breve relato acerca das legislações passadas, inclusive no direito romano o qual influência na cultura brasileira, a que se refere o conceito familiar.

1.1 Histórico

A fim de melhor compreensão do contexto o qual será discorrido a seguir, faz-se necessário uma análise do evolver histórico.

Tratando-se de um tema de relevância que justifique em funções de profundas mudanças no meio da sociedade, no que se diz respeito à família as relações entre os pais e os filhos depois que houver uma ruptura dos cônjuges. O atual tema escolhido é de grande significado social, portanto “os atuais modelos de guarda existente no ordenamento jurídico brasileiro, pois só dá privilégio um dos genitores em função do outro”. (TEODORO, 2007, p. 10).

No início do século XIX, era atribuição do pai deter a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos, entretanto a mãe submetia-se às suas determinações. Tal era a decorrência de uma ideologia cristalizada numa legislação que considerava a mulher incapacitada para desempenhar os atos da vida civil; portanto, era ela impedida, legalmente, de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos a junção matrimonial. (BARRETO, 2003)¹.

Inicialmente, só o pai o exercia, possuindo domínio total sobre a família e o patrimônio da mesma. A família delineava-se no regime patriarcal, em que o “pater família”² era autoridade plena sobre tudo e todos.

¹ Lucas Hayne Dantas Barreto. Considerações sobre a guarda compartilhada. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>. Acesso em: 01/05/09.

² Era o mais elevado estatuto familiar (status familiae) na *Roma Antiga*, sempre uma posição masculina. O termo é *Latim* e significa, literalmente, "pai da família". Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Pater_familias. Acesso em: 01/05/09.

Com o passar dos tempos, o poder maternal ficou restrito às leis, passando de poder para dever. “Aos pais foi repassado o dever de educar seus filhos e administrar ou colaborar na administração dos seus dos mesmos”. (SILVA, 2008, p. 13).

De acordo com Barreto (2003)³, com a industrialização, e a passagem da família dita extensa para a família nuclear, onde só havia o casal e filhos, o pai passa a trabalhar, e despender a maior parte do tempo fora do lar. Somado isto ao advento da capacidade plena da mulher, passou a ser *ela* a considerada mais apta a guarda dos filhos, em casos de separação, por ter, entendia-se, por natureza, o amor aos filhos, e a inata capacidade de bem deles cuidar. Ao pai, então, coube a incumbência de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mulher se dedicava às prendas do lar.

Entretanto, a revolução sexual, a admissão da mulher no mercado de trabalho era cada vez maior, e as tarefas de educação de filhos era divididas igualmente, as quais induziram a uma transformação na estrutura familiar, e no próprio entrosamento que atribui primazia à mãe na atribuição da guarda.

A transformação social ocorrida selou o alicerce para a edificação de novas teorias sobre a guarda, procurando, continuamente, um exercício ao mesmo tempo tranqüilo, onde a conservação do contato do filho com ambos os pais necessita continuar tal qual o era antes do rompimento.

É importante salientar que por meio de diferentes idéias de vários doutrinadores era necessário analisar o instituto da guarda compartilhada mostrando o seu objetivo no campo teórico e prático e os efeitos da mesma em relação dos filhos, sobretudo os de menor idade, depois da separação da massa social conjugal.

Ao localizar os interesses de menor idade, especialmente no campo afetivo, se baseando na convivência e da responsabilidade parental compartilhando entre o pai e a mãe.

Segundo Leiria (s/d), “a guarda compartilhada vem sendo utilizada em diversos países da Europa e nos Estados Unidos da América, sendo instituto novo, em face da problematidade humana sentimental, emocional, moral, psicológico e moral”.

³ *Idem*

Em nosso país, a guarda compartilhada veio sendo examinado a partir das últimas três décadas.

De acordo com Teodoro (2007, p.11), “nas obras doutrinárias e científicas ao tema colaboram para a ampliação do seu campo de conhecimento tomando mais propícia a sua aceitação, tanto no social quanto no jurídico”. São várias obras a respeito do assunto utilizadas na pesquisa, além das principais disposições legais as atinências ao tema, como a constituição federal e o estatuto da criança e do adolescente. Entre as obras pesquisadas, destaca-se dentre outras a autora e mestre Ana Maria Mileno Silva, onde a mesma tem um posicionamento judicial: Sobre a guarda compartilhada, a luz da recente lei n 11.698/13/06/98.

O instituto, antes é difundir por avançados pensadores, ganhar agora estrutura normativa, com a aceitação de ser um “Sistema de co-responsabilização do dever familiar entre os pais”, em que eles “participam igualmente da guarda maternal dos filhos, com direitos e deveres emergentes do poder familiar. (TEODORO, 2007, p. 12).

Assim, a ser modificado o artigo 1584 do código civil de 2002. Cabe ao juiz, ante divergência de interesses das partes, estabelecer o sistema da guarda compartilhada, que poderá vir a ser “modificada atendendo ao melhor interesse da criança... poderemos dizer que poderá haver detalhes e dificuldades sobre a nova lei.

De acordo com Barreto (2003)⁴, atualmente, percebe-se que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe acolhe ao melhor interesse da criança. Nesta situação, passam a existir fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Psicanálise, Sociologia e, como não poderia deixar de ser, do Direito, expor teorias sobre a guarda compartilhada, de modo que, em muitos países, já é freqüentemente aplicada, e idealizada como a melhor forma de conservar mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

⁴ *Idem*

1.2 O Pátrio Poder e a Igualdade entre os Pais na Legislação Brasileira

Poder paternal, ou seja, poder familiar, antes denominado pátrio poder, não advém diretamente do Direito Romano, ele já existia muito antes, na antiguidade, por tanto tem grande fonte de sua essencialmente baseada na estrutura familiar romana, que mantia suas relações familiares que se baseava na relação de poder. Essas relações eram travadas entre o pater famílias, enfocando-se personagem, fonte na estrutura familiar da antiga Roma e sua família.

“No Direito Romano, a característica fundamental da família é o fato de a mesma fundar-se sobre relações de poder, relações essas que tinha por base a profunda desigualdade entre os indivíduos do meio familiar”. (SILVA, 2008, p. 14).

Foi então que o instituto da família começou a evoluir, concretizando-se numa estrutura jurídica, econômica e religiosa, a partir da figura do pater, a mulher foi colocada em uma posição inferior, sendo considerada incapaz de reger sua própria vida, igualando-se aos filhos, os escravos e os assemelhados.

O próprio 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 e religiosa dos filhos.

O pater familiar teve origem com aqueles que era encarregado de celebrar o culto aos antepassados. A família consistia no pai e na mãe, nos filhos e nos escravos, por isso, também é que Grisard Filho (2000, p. 30) define o poder família como “a tradição romana, mantida nos países de direito escrito, consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpetuo sobre seus descendentes.”

No Brasil o pátrio poder, teve a idéia bem esclarecida do poder bem restrito e absoluto do chefe de família até o século XX. Com a evolução na Globalização e na telecomunicação a nova postura assumida pela mulher no mundo das regiões do ocidente, pois havendo uma enorme mudança na relação familiar, onde sempre constar no instituto do pátrio poder, mas

também não é um direito que o pai tem em relação ao filho e sim um dever do pai e da mãe, de alimentar, proteger, criar e educar os filhos na conformidade a suas condições de estabilidade econômica financeira. Essas modificações e transformações foram evoluindo nos países e entre eles o Brasil, apresentando em suas legislações as inovações. A figura exclusiva do pai vai se abrandando, enquanto a da mãe vai a ele se igualando.

Surgiu-se no CP - Código Civil de 1916, ao tratar o pátrio poder como seja um encargo de responsabilidade imposto ao pai e mãe com o dever de cuidar dos filhos e atendendo sempre os interesses deles. No entanto o pai com o auxílio da mãe teria o dever e a obrigação com os filhos menores, oferecendo-lhes uma criação digna, com uma educação que possa proporcionar uma vida futura, protegendo-os e atendendo continuamente o melhor interesse dos filhos, deste modo, aos pais eram prometido o direito de exigir dos filhos o respeito, a obediência e os serviços próprios de suas condições a menor idade.

Com o passar do tempo o poder exclusivo de comandar a família exercido pelo pai, passou também a ser feito, pela pessoa da mãe, que conquistou seu espaço, podendo fazer parte da administração familiar. A constituição federal de 1988, não deixa mais que se manifesta desigualdade entre homem e mulher, entre o pai e a mãe. No termo não vigora mais a palavra “colaboração”, prevalecendo uma atuação conjunta e igualitária.

Verifica-se o nosso código civil de 1916, no artigo 380, conferindo um maior poder patriarcal, no Direito Romano e a Lei nº 4121/27/8/42 (Estatuto da mulher casada), que conferiu à mãe a condição de colaboradora do pai no exercício do pátrio poder. Que mencionando o art. 380 do código civil de 1916, contendo a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 380 – Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.
Parágrafo único- Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvando a mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

A lei 8069/90 – O Estatuto da criança e do adolescente, também deixa bem clara a relação de igualdade entre os pais em seu art. 21, contendo a seguinte redação, *in verbis*:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Por essa análise percebe-se, que a constituição federal de 1988 e a lei 8069/90 e a lei 6515/77 eliminaram a subordinação da mulher frente ao homem e também extinguiu a validade da expressão durante o casamento existem no art. 380 do Código Civil de 1916, o pátrio poder do pai e mãe independe do casamento.

Atualmente, o novo Código Civil de 2002, não tem como se expressar o pátrio poder, porém pode-se se falar em poder familiar, acordando com a evolução histórica nesta atual denominativa de melhorar a associar-se a realidade se tratando de um poder familiar no sentido de direito e obrigações de um para com os outros, onde desapareceu a idéia do poder do pai.

Segundo Silva (2008, p. 18), a Constituição Federal de 1988 não deixa mais que se manifeste desigualdade entre o homem e a mulher, ou seja, entre o pai e a mãe. Não vigora mais o termo colaboração, prevalecendo uma atuação conjunta e igualitária, *in verbis*: Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

1.3 Direitos e Deveres Decorrentes do Poder Familiar

O poder familiar impôs aos pais pelo Estado, é o fiscalizador legalmente do exercício do mesmo. “A competência do Estado se direciona a controlar e fiscalizar as relações entre os cidadãos pai-filho para que os direitos e deveres sejam cumpridos com o Maximo respeito devido a lei e nos limites por ela permitidos”. (SILVA, 2008, p. 24).

Sempre é o dever comum de ambos os pais no casamento, como lhes impõe o artigo 1566, inc IV, do CC e se coadunar com os atributos do poder familiar, previstas no artigo 1634 do CC.

Sendo concedido aos filhos fora do casamento, o pai e a mãe é que exercem o poder familiar, não interessa com que se encontra o filho. Na falta de reconhecimento, é normal que o exercício só pode se encontrar na mãe que a mesma se encontra o filho.

Por tanto, é cabível aqui se esclarecer que o pátrio poder deve ser exercido pelos pais, sejam eles biológicos ou adotivos, sendo que ambos possuem os mesmos direitos e deveres para com os de menores. O próprio direito brasileiro deixa este assunto bem claro, pois aqui é que vem preservar a pessoa do menor, como a questão da família. Pode ser ela com os pais morando juntos ou separados.

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

Ao falar a respeito de direitos e deveres, Rodrigues (1979, p.354) fala sobre direitos e deveres, dizendo que é o “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados tendo em vista a proteção deste”.

Segundo Monteiro (1986, p. 277) “O pátrio poder pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores.”

O pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e os 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 lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (SILVA, 2008, p. 23, *apud* DINIZ, 1993, p. 301)⁵

⁵ Ana Maria Milano Silva. *A Lei Sobre Guarda Compartilhada*. Leme: J.H. Mizuno, 2008, *apud*, Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*- vol. 5. São Paulo. Ed. Saraiva 1993. p. 301.

Por essa última definição, verificamos que persiste a noção da necessidade de proteção e direcionamento de todo ser humano, enquanto menor e/ou incapaz. (RIZZARDO, 1994).

O pátrio poder é hoje aceito e denominado como poder familiar, como conjunto de direitos e obrigações sobre prole, decorrente de uma relação ou somente sexual, ou ainda de uma adoção. Talvez até mais obrigações que direitos, em grau igualitário entre pai e mãe.

1.3.1 Dirigir-lhes a Criação e Educação

De acordo com Silva (2008, p. 24), “é dever primordial imposto aos pais, pois é inegavelmente, compete a eles amoldar o caráter do filho para torná-lo útil à sociedade, sob o ponto de vista moral, intelectual e cívico”.

“Esse dever precípua é tão importante e que o inciso repete a mesma determinação, quanto a obrigatoriedade que compete aos cônjuges do dever de educação, juntamente com o de educação e guarda dos filhos, expresso no artigo 1566, inc. IV, do CC”. (SILVA, 2008, p. 25).

De acordo com Silva (2008, p. 25), “o lar é o ambiente mais recomendável para iniciação e fiscalização da correta formação do filho pelos pais, que futuramente contarão com o auxílio da escola e professores”, sendo que a infligência ao dever de criação e educação sujeito à sanção dos artigos 244 e 246 do código penal, onde se referem a falta de manutenção (alimentos) e educação primária, em igual consonância com o que prega o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tê-los em sua companhia e guarda não é só um direito dos pais como também é um dever em relação aos filhos, para que possam supervisioná-los e orientá-los. “A determinação igualmente se repete no artigo 1566, inc IV, do CC, que diz ser a Guarda um dever recíproco de ambos os cônjuges”. (SILVA, 2008, p. 25).

Silva (2008, p. 25), nos diz, que “o direito em ter os filhos sob a sua companhia e a guarda é tanto do pai como da mãe, e assim é que, mesmo separados de fato, nenhum deles pode reclamar o exercício desse direito, invocando a sua preferência”. A guarda dos filhos não constitui, por si só, o exercício do poder familiar, sendo um de seus atributos e, desse modo, embora designado judicialmente um dos cônjuges para ter o filho sob sua guarda, como na separação e divórcio isso não implica a exoneração do outro quanto os deveres do poder familiar, principalmente a criação e educação.

1.3.2 Conceder-lhes ou Negar-lhes Consentimento para Casarem

De acordo com Silva (2008, p. 26), “é prerrogativa decorrente do poder familiar em relação ao filho. Havendo recusa, sem motivo justo, ou impossibilidade de ser dado o consentimento de ambos os pais, esse poderá ser suprido pelo juiz a teor do artigo 1519 do CC”.

A lei não explica motivo justo, permanecendo, portanto, ao livre convencimento do juiz tratar-se de motivo plausível que possa justificar a não-realização do casamento.

Segundo Silva (2008, p. 26), inclui também outros deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos menores:

Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o poder familiar e 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.

Tal disposição deriva do poder familiar faz diferenciação entre menor impúbere, até dezesseis anos, que será representado pelos pais por ser absolutamente incapaz e o menor púbere, dos dezesseis aos dezoito anos, que será assistido por ser relativamente incapaz.

1.3.3 Reclamá-los de Quem Ilegalmente os Detenha

“A medida judicial aplicável a hipótese é a de busca e apreensão e, para essa reclamação seja deferida, é indispensável que a detenção do menor, por outra pessoa, configura-se como ilegal por privar os pais de manter o filho sob sua guarda e companhia”. (SILVA, 2008, p. 28).

Exigir que lhes prestam obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Pois, o respeito e a obediência filial serão consequência exata dos valores transmitidos pelos pais. Nesse inciso está implícito direito dos pais em aplicar, moderadamente, corretivos dos filhos menores se lhes forem desatenciosos e grosseiros. “Se houver exagero os pais se sujeitarão à perda do poder familiar, como se afere pela leitura do inciso I do artigo 1.638 do CC”. (SILVA, 2008, p. 27).

Segundo Silva (2008, p. 27), “a orientação na escolha de trabalho compatível com a idade e condição do filho também faz parte da missão dos pais ao criar e educar seus filhos. A não-observância a esse item também pode levar a perda do poder familiar dos pais”.

1.4 Perda ou Destituição do Poder Familiar

Cabível a destituição do poder familiar quando a pais não apresenta condições de prestarem os cuidados que o filho necessita, por sofrer surtos psicóticos e possuir histórico de vida vinculado ao sofrimento e ao abandono. Poderá atingir um dos genitores, passando os direitos e obrigações do poder familiar, integral e unicamente, ao outro. Caso este não tenha condições de assumir o encargo, o juiz deverá nomear tutor ao menor. O interesse a ser preservado é o da criança, que necessita de proteção, carinho e de um ambiente que lhe possibilite crescer de forma saudável e feliz.

Segundo Silva (2008, p. 30), “O artigo 1638 do código civil destaca que o pai ou 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”. Assim, estabelece o artigo 1638 do CC, *in verbis*:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que: Castigar imoderadamente o filho; Deixar o filho em abandono; Praticar atos contrários a moral e aos bons costumes; Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

O abandono do menor pode levá-lo a miséria, à fome, à delinquência. Se comprovado que o abandono é decorrente de desleido e desinteresse dos pais, tais atitudes acarretarão a perda do poder familiar. Todavia, se o abandono se deu devido a pobreza dos pais, os mesmos não serão destituídos de seus direitos e obrigações. Pela lei, deverão ser inclusos em “programas oficiais de auxílio” (artigo 23 e parágrafo único da lei 8069/90 ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente).

No tocante à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, isso é destacado e pode levar à perda do poder familiar, porque os filhos menores devem observar posturas dignas e honradas em seus pais, como salienta Arnaldo Rizzado ao afirmar que: “o lar é uma escola onde se formam e se amoldam os caracteres e a personalidade dos filhos.” (RIZZARDO, AIDE, 1994, p. 89)

O poder familiar será destituído se o menor tiver, de ser genitor, permissão e obrigação a trabalhos não adequados a sua idade, agressivas à sua moralidade ou formação. Sendo assim, igualmente se destaca que o pai sem moral, que aceita libertinagem por parte dos filhos, como aquele que força ou mesmo persuade a filha a prostituir-se ou incita os filhos menores “à prática de atos imorais ou criminosos, certamente incorre na sanção que é a privação do poder familiar, além da sanção penal pertinente”. (SILVA, 2008, p. 31).

1.5 Suspensão do Poder Familiar

O cumprimento dos deveres e obrigações dos pais para com seus filhos é fiscalizado pelo Estado, como já se ressaltou e, quando não respeitado, pode acarretar a suspensão do

poder familiar: se o comportamento dos pais prejudicar os filhos, seja a pessoa ou os bens do menor, terão os pais seu poder familiar suspenso por sentença judicial, pelo tempo que o juiz entender conveniente (artigo 1637 do CC).

Outras normas também estipulam as formas processuais para provocar a suspensão do poder familiar, como os artigos 24 e 129, inciso X, do estatuto da criança e do adolescente. Os motivos são a quebra do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e o não-cumprimento de determinações judiciais (artigo 22).

A suspensão do poder familiar pode atingir todos os poderes a ele inerentes 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, inclusive, abranger todos os filhos, alguns ou somente um. Cessará a suspensão se ficar comprovada a regularização dos atos que a geraram.

Várias pessoas ainda acham que a guarda é uma vitória alcançada contra o outro cônjuge, é uma ilusão de pensamentos errantes, é ilusório este tipo de pensamento. Pois o cônjuge a que ficou responsável se não atender as verdadeiras necessidades poderá ter a perda ou a suspensão da guarda.

É à luz do olhar de Rodrigues (2003, p. 370) a suspensão do poder familiar “uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má-influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei.”

Os fatores que determinam a suspensão do poder familiar estão arrolados, de forma genérica, no código civil, artigo 1637, *in verbis*:

Se o pai, ou mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o ministério público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou a mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

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

Pode-se, assim, ver acima o juiz poderá retirar a guarda sempre que ocorrer fatos que não atendam com o compromisso principal que é zelar pelos filhos.

Segundo Salles (2006, p.17), “A perda do poder familiar é permanente e compulsório, sendo extensivo a todos os filhos.” Podendo atingir apenas um dos pais, passando o outro a exercer o poder familiar com exclusividade, porém se este for morto ou for incapaz de exercer, o juiz nomeará um tutor. Porém quando provado a regeneração do genitor, causador da perda, ou provar o desaparecimento da causa que a determinou, há a possibilidade de ser restabelecido o exercício com o objetivo de retornarem a posição anterior.

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

Pois é mais do que justa se retirar a guarda daqueles que não demonstre ter os valores adequados para se ter a guarda para formar uma família.

1.6 Extinção do Poder Familiar

Extinção do poder familiar deve ocorrer caso fique esclarecido que não há a possibilidade da criança voltar para a sua família, que a mesma não tem interesse em recebê-lo de volta ou que o comprometimento das relações familiares por espancamento, uso de drogas, bebidas alcoólicas ou abuso sexual demonstraram que o corpo e a base familiar está muito enfermo e que os prejuízos para a criança seriam enormes caso a criança retornasse.

Nestes casos deve buscar, a concordância dos pais para facilitação do processo de extinção do poder familiar.

Extingue o poder familiar, segundo Silvio (2006, p.34) “se o menor tiver de seu genitor, permissão ou obrigação a trabalhos não adequados à sua idade, agressivos à sua moralidade ou formação.”

De acordo com Gagliano (s/d), a Extinção do poder familiar opera-se de igual modo, pelo mesmo direito quando, segundo o artigo 1635 do código civil, *in verbis*:

Pela morte de ambos os pais ou do filho menor; b) pela emancipação; c) pela maioridade do filho; d) pela adoção, pois o pátrio poder do pai natural transferir-se-á para o adotante, e, mesmo que este venha a falecer, o pátrio poder não mais retornará ao pai carnal, nomeando-se, então, um tutor ao menor (art. 392, CC).

Então a situação da criança é sempre analisada e é similar a de milhares de outras obrigadas no país. Assim, o poder judiciário coloca a criança sob a sua guarda, a ser protegida temporariamente do abandono, dos maus-tratos, da negligência, portanto, não lhes oferece uma nova oportunidade de reintegração social através da adoção, extinguindo o poder familiar daqueles que não mais estão interessados em acompanhar o destino dos filhos.

A adoção extingue o pátrio poder, pois ocorre com a concessão dos pais ou por sentença legal. Os pais, ao concederem-na renúncia. Se não houver essa renúncia, o juiz institui o procedimento contraditório para aferir se há motivo grave para a destituição do pátrio poder, oferecendo prazo para contestação. Se houver necessidade, as partes são avaliadas por equipe inter profissional. Se o juiz concluir pela necessidade da destituição do pátrio poder, a sentença legal tem esse efeito, podendo então a criança ser adotada.

No segundo capítulo será abordado o tema Guarda, o qual é a guarda jurídica atribuída a ambos os genitores; é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre o menor, pessoas residentes em locais separados.

2 GUARDA

A partir do presente capítulo, aborda-se um dos aspectos mais delicados que ocorre quando um casal se separa, o qual refere-se aos filhos, a guarda.

2.1 Conceito

O ligamento decorrente entre o ser humano e as pessoas que o geraram é regulamentado por leis, as quais contêm os direitos e deveres de ambos, predominando o direito dos filhos, independentemente da união da qual sua existência resultar. Nenhuma distinção é aceita. À todos deverá ser aplicado, igualmente, o que a legislação contiver. No Brasil, à falta de legislação própria e de doutrina peculiar, é o juiz que, na solidão de seu ministério, forrando-se do auxílio de sua equipe interprofissional, decidirá o destino dos filhos, a guarda dos mesmos, quando o rompimento conjugal ocorrer, e os progenitores não conseguirem, de maneira amigável e salutar, entre eles decidir.

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

A guarda possui algumas peculiaridades que é de grande importância destacar como prestar ao menor assistência educacional, a moradia, o vestuário, uma boa alimentação, poder proporcioná-lo o lazer por que os pais ou, qualquer outra que seja um parente ou não quando assume a guarda, assumirá juntamente a responsabilidade de zelo e cuidado com o menor. (LEITE, 1997, p. 78).

Segundo Strenger (1998, p. 32-33), da seguinte forma se manifesta sobre o que a guarda de filhos representa, estando ou não convivendo os progenitores dos mesmos:

Guarda de filhos ou do menor é o poder-dever dominado a um regime jurídico legalístico, de maneira a promover a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei apreciar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similaridade que contém com a autoridade parental, com todas as suas vertentes jurídicas, como é uma obrigação, visto que procede de impositivos legais, de modo inclusivo com natureza de autorização pública, causa pela qual se pode idealizar esse exercício como um poder-dever.

De acordo com Gontijo (2006), a guarda, na definição jurídica é o ato ou efeito de guardar e de proteger o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo assim como impúbere (menor de 16 anos) ou, se púbere (maior de 16 e menor de 21 anos) de assisti-lo, atuar conjuntamente com ele em circunstâncias ocorrentes. A guarda é essencial ao pátrio-poder, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Em uma separação quem perde a guarda não perde o pátrio poder, no entanto seu exercício efetivo, na prática, é do genitor guardião, o do outro continua latente, sem prejuízo de fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos.

Dessa forma, deve-se desvincular a idéia de que ser responsável por uma determinada criança é apenas de se ter a guarda em sentido restrito, pois a guarda vincula muitas obrigações e deveres que serão atentamente seguidos sob, as orientações do Código Civil, instituído pela lei nº 10.406/02, que em seu artigo 384 dispõe sobre os deveres que os pais têm junto a seus filhos menores, *in verbis*:

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou sobrevivente não puder exercer o pátrio poder;

V - representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha,

VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprio de sua idade e condição.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, faz uma menção ao que diz respeito da guarda, em seu art. 22, que diz: *in verbis*: Art. 22. “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

De acordo com Grisard Filho (2002, p. 48), “a guarda constitui como sendo um dever que os pais têm para com seus filhos à partir do momento em que eles são concebidos”, ele acrescenta que esta responsabilidade deve cumprida de forma igual o pai e a mãe, sendo que um não deve que o outro.

É apropriado pensar dessa forma, uma vez que como o filho é comum para os pais a responsabilidade e os cuidados para com ele devem ser do mesmo modo entre eles.

Da mesma maneira entende-se que as ocorrências de separação, os pais não devem desamparar seu filho ou deixar de serem os responsáveis e nem ao menos parar de dar a assistência necessária ao seu próprio filho, uma vez que a separação dos pais não quer dizer que o amor para com a criança se desfaz por razão do problema do casal.

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais e o fato de viverem separados não pode retirar da criança este direito, como fazem algumas pessoas, porque isso causaria traumas e sofrimentos a uma criança que não entende nada do que esteja ocorrendo. É preciso dar apoio ao menor e ter muito cuidado para que ele não se sinta tão perturbado ou preocupado com a separação inevitável de seus pais.

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

2.2 Evolução da Guarda na Legislação Brasileira

Assim como nos demais assuntos no Direito brasileiro, a guarda do mesmo modo possui as suas fontes históricas e todo um procedimento de aperfeiçoamento para que atingisse até a legislação atual.

O destino dos filhos de pais em convivência separado, não havia qualquer regra que lhe desse certo amparo ou ordenamento, até o surgimento, em 1890, do Decreto 181 que, em seu artigo 90, estipulava: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para educação deles”. (GRISARD FILHO, 2002, p.80).

Observa-se que o Decreto prática a distinção entre o pai e a mãe e que oferecerá como punição àquele que deu causa ao divórcio a perda da guarda dos filhos. Assim fazer com que possa pagar uma pensão para o sustento dos mesmos e para a esposa se esta não puder pagar as suas próprias despesas.

Segundo Grisard Filho (2002, p. 81), em 1916 entrou em vigor o Código Civil que, em seu artigo 325, mandava que na ocorrência de dissolução amigável de um casamento se respeitasse “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” e, em seu artigo 326, estipulava que fosse observado, com rigor, se a ruptura fora gerada “por culpa de um ou de ambos os cônjuges e a idade e sexo dos filhos”.

Analisando este trecho percebe-se o quanto a guarda hoje é tratada de forma totalmente diversa, Esta talvez fosse a melhor forma de se perceber, a grande, ou uma das grandes evoluções com relação ao assunto. O conseqüente esquema precisaria ser acompanhado e respeitado, ocorrendo separação:

(...) havendo cônjuge inocente, com ele os filhos menores ficariam; sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas menores e os filhos até os 6 (seis) anos, os quais, após esta idade, passariam à guarda do pai; os filhos menores, mas com mais de 6 (seis)anos passavam à guarda direta do pai; havendo motivos graves o juiz, a bem dos filhos, poderia regular a guarda de maneira diferente.

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

A Constituição Federal (CF) de 1988, elencou em seu art. 227 o dever que a família, a sociedade e o Estado têm em relação à criança de não deixá-la abandonada e sem cuidados. Mais adiante, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi instituído pela Lei n 8.069/90, que passou a regular todos os direitos que a criança tem e os deveres e os direitos dos pais ou responsáveis inclusive a respeito da guarda.

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente, era algo inevitável o que reproduz extrema importância, tanto para deixar regulado o direito a criança como também a proteção de seus direitos.

Por fim, o novo Código Civil, instituído pela Lei 10.254 de 2002 permanece fazendo menção aos direitos do menor e com a tradição de que o estado tem o dever de regular a situação do menor.

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

2.3 Modalidades da Guarda

Com o vínculo matrimonial ou a união estável e a decorrência da maternidade e paternidade surge o primeiro modelo de guarda, conhecido como guarda comum ou originária, o qual não é judicial, mas sim natural, em que ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes do pátrio poder, conseqüentemente a guarda, não existindo portanto a figura do não guardião. (PERRES, 2002)¹

Com a divergência da família, advir o surgimento da guarda judicial, em que a guarda consisti em ser deferida segundo a regra que melhor interessa para o menor, podendo dessa maneira o magistrado acompanhar as cinco direções na sua decisão final: optar pela guarda única, compartilhada, alternada, dividida ou nidação.

De acordo com Peres (2002)², com a interposição de um processo de guarda/separação/divorcio, e o surgimento de uma "disputa" pela posse do menor o juiz antes de decidir o mérito da ação, é obrigado a determinar a guarda provisória para um dos cônjuges/parceiros, essa a qual não pode ser considerada um modelo de guarda, mas sim uma situação momentânea em que o menor está, uma vez que quando a ação for julgado no seu mérito, ocorrerá a guarda definitiva.

Segundo Barros (2001, p. 45), “a guarda provisória e a decisiva nada mais fazem do que propagar o modelo de guarda que encontrar-se imposto; imposição esta que pode ser desviada a qualquer tempo”, visto que o que regula a guarda é a clausula *rebus sic stantibus*³, não deixando, deste modo a sentença se tornar imutável.(não faz coisa julgada material) (BARROS, 2001, p. 45).

¹ Luiz Felipe Lyrio Peres. **Guarda Compartilhada**. 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 22/05/09.

² *Idem*

³ Representa a Teoria da Imprevisão e constitui uma exceção à regra do Princípio da Força Obrigatória. *Rebus Sic Stantibus* pode ser lido como "estando as coisas assim" ou enquanto as coisas estão assim. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8711>. Acesso em: 21/05/09.

De acordo com Peres (2002)⁴, apesar de no nosso sistema jurídico vigente não existir um modelo de guarda que o magistrado deva primeiramente adotar, como em algumas legislações alienígenas, o que acaba sempre e insistentemente acontecendo é no caso de ruptura conjugal o magistrado opta pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges/parceiro será nomeado o guardião, detentor portanto da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião. Apesar dessa nomenclatura guardião e não guardião continuarão ambos a exercerem a guarda jurídica. A diferença no exercício da guarda jurídica é que o guardião tem a imediatividade dessa guarda, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho.

Deste modo, o não guardião desempenhará a guarda jurídica, ainda que de uma forma indireta, por meio dessa fixação de visitas, aonde “poderá averiguar se o guardião vem prestando perfeitamente assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente”. (BARROS, 2001, p. 48).

Caso o magistrado adote o modelo da guarda alternada, estará possibilitando a cada um dos cônjuges/parceiro ter a posse (guarda) do menor de forma alternada, ou seja, o casal determinará o período em que o menor ficará em cada domicílio, período este que pode ser de uma semana, um mês, um ano (...), sendo que os direitos-deveres inerentes da guarda ficarão sempre com o cônjuge que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não guardião, existindo dessa forma sempre uma alternância na guarda jurídica do menor. (PERES, 2002)⁵.

Afirma Gonçalves (2002, p. 59), que “esse modelo de guarda é muito criticado pelos juristas, uma vez que asseguram que prejudica o menor no desenvolvimento de sua personalidade, valores e padrões”.

De acordo com Peres (2002)⁶, a guarda dividida encontra-se como terceiro modelo de guarda, apresentando-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a

⁴ *Idem*

⁵ *Idem*

⁶ *Idem*

visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

O penúltimo modelo de guarda existente é a nidação, também conhecida como aninhamento, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal e rara, por isso pouco utilizada. (PERES, 2002)⁷.

O último tipo de modelo de guarda, é a guarda compartilhada, que segundo Grisard Filho (2002, p. 93), “Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos”.

2.4 As Funções do Genitor Guardião

A responsabilidade do guardião não se simplifica exclusivamente pelo zelo de cuidado ou proteção, deve-se sobrepor os direitos e os deveres da criança de maneira extensa, o que deve envolver o lado social, psicológico, educacional, e outros.

De acordo com Diniz (2002, p. 112) que diz que “o responsável deve assegurar ao menor a prestação material, moral e educacional”. A criança não pode ficar exposta ao abandono, abuso dos pais ou qualquer outra situação que deixe a criança em péssimas condições tem para com o menor além daqueles como a educação, a moradia e a alimentação, que na realidade são básicos para qualquer pessoa mantenha um bem-estar saudável, que são administração dos bens e a questão da responsabilidade civil. É o que será analisado a seguir.

⁷ *Idem*

Perante várias obrigações os guardiões, além disso, se depararão com assuntos relativos aos bens materiais que os menores possam ter e como estes ainda não possuem a idade permitida por lei para administrar seus bens, os pais assumirão mais esta obrigação, é o que determina Grisard Filho (2002):

A ambos os genitores, então, cabe a administração de todos os bens de filhos. Entretanto, no pós-ruptura, o direito antes colegiado passa à exclusividade do genitor guardião. Em contrapartida à administração, cabe ao genitor guardião o usufruto dos bens dos filhos. (GRISARD FILHO, 2002, p. 120).

Segundo Grisar filho (2002, p. 121), “sempre que se discute a guarda dos filhos fica em discussão também o respeito dos bens que o menor possui”, somente aquele que tem a guarda será o responsável legítimo para se administrar todos os bens, com foi visto acima o guardião poderá até usar o bem como usufruto enquanto a guarda existir.

A responsabilidade civil ocorre quando o menor é o causador de algum dano contra outra pessoa e com há ocasionado um prejuízo caberá ao responsável do menor o dever de reparar o dano.

De acordo com Grisard filho (2002, p. 122), “enquanto exercem conjuntamente o direito de guarda é presumida a responsabilidade do pai e da mãe, como complemento do dever de educar os filhos e manter vigilância sobre eles”.

Este tema provoca muita discussão dentro da responsabilidade civil, uma vez que até que ponto o pai deve indenizar os prejuízos causados pelo filho? No entanto, também não é justo deixar a vítima em prejuízo, assim sendo, o apropriado seria pagar a justa indenização.

Estudando o Código Civil, tem-se disposto no art. 1521, I, a responsabilidade civil do pai para como menor, que determina o seguinte, *in verbis*: Art. 1.521 – São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

As contestações que contornam em volta da responsabilidade civil não irão desfazer-se, por isso o certo consisti seguir o que decidi o Código Civil em que diz que a responsabilidade é dos pais pela reparação dos prejuízos ocorridos. (GONÇALVES, 2002, p. 72).

2.5 Efeitos Psíquicos da Guarda

A ruptura conjugal, quando ocorre, estabelece uma nova situação na família, afetando diretamente os filhos menores, gerando debates em torno da guarda dos mesmos, entre os genitores, interferindo no relacionamento entre eles e seus filhos, resultando em episódios desgastantes.

É possível que a guarda após a dissolução do casamento venha a trazer um desequilíbrio ao bem-estar do menor, que com certeza, não estará preparando para entender o que está acontecendo, isso se ele for muito pequeno, ou se for maior ele não poderá saber escolher o melhor caminho e ficar confuso. “Seria ideal que a relação dos pais fosse excelente, caso estabelecessem projetos em comum juntos. Mas, isso é muito utópico”. (WALD, 2000, p. 82).

Não basta apenas focar o assunto de forma totalmente jurídica sem tornar relevante o lado psicológico que afeta o menor, pois neste item serão mostrando breves considerações a respeito do lado emocional sofrido pela criança.

Os casos que envolvem a guarda de filhos, geralmente afetam o psico-emocional do menor, o que não deixa de criar uma tarefa árdua, difícil, quando decisão sobre a mesma necessita ser tomada judicialmente, por falta de acordo entre os pais. A aplicação, de maneira rígida, das normas jurídicas existentes, muitas vezes, desconsidera ou reprime o aspecto emotivo, provocando canalização de agressividade e gerando uma escolha a qual não deixa de ser uma renúncia aos próprios direitos. A separação do casal influencia todos os membros que da família, pelos mesmos formada, fazem parte. O legislador, o magistrado, os advogados,

necessitam levar em consideração a relação afetiva existente e os efeitos que a separação gerará à afetividade.

A perenidade do vínculo parental deve sobreviver a desistência do vínculo conjugal. Entretanto, não é essa, em regra, a postura do judiciário, que, invariável e sistematicamente, outorga o exercício da guarda única à mãe, promovendo uma profunda fissura na convivência e na comunicação entre o genitor, que não detém a guarda, e seus filhos. Nasce o pai periférico. (GRISARD FILHO, 2002, p. 129).

Segundo Reis (1992), o menor quando se encontra nesta situação é natural que muitas mudanças em seu estado Psicológico, tais como a depressão e os formados muitas vezes pela repressão em sua infância o que acarretará verdadeiros danos futuros se não forem evitados ou devidamente controlados.

A decisão judicial deve decorrer de análise do interesse do menor, mas também do interesse dos pais, para que as necessidades e direitos dos mesmos sejam respeitados, fazendo com que o conflito existente entre eles interfira o mínimo possível no seu relacionamento com os filhos. As relações parentais devem ser exercidas na íntegra pelos dois genitores, para que o menor possa entender aceitar e adaptar-se à separação dos pais. Quando a mesma ocorrer, deve os pais evitar que seus sentimentos de agressão, desentendimento, sejam absorvidos pelo menor, pois podem provocar reações prejudiciais, inclusive de culpa pela separação. É importante que haja diálogo entre pais e filhos, que haja transmissão do que está ocorrendo e as conseqüências desta ocorrência à entidade familiar, para que, aos menores, seja transmitida a certeza de que não importa na companhia de quem passares a conviver, teu amor e lugar de filho permanecerá para sempre. (NAZARETH, 2008)⁸.

Se adolescente o filho, o cuidado dos pais deve ser direcionado à um relacionamento harmonioso, para que não ocorram: ausência de normas, disputas, discordâncias, o que pode provocar uma reação negativa, acarretando um bloqueio interno ao filho, pois seu clima emocional não deixa de ser depressivo, face ao período da perda da infância e chegada da vida

⁸ Eliana R. Nazareth. *Consultoria psicológica - Considerações sobre guarda compartilhada*. 2008. Disponível em Disponível: <http://www.descasados.com.br>. Acesso em: 22/05/09.

adulta. Os pais devem ter em mente que, nesse período, uma manifestação de tristeza, de agressividade do filho, na maioria das vezes, não é um ataque pessoal a um deles.

De acordo com Nazareth (2008)⁹, o desempenho parental não deve ser descuidado. Para a função do mesmo não há divórcio, e a privação da convivência da criança e/ou adolescente com os pais poderá gerar inúmeras seqüelas prejudiciais no seu presente e futuro. Os progenitores devem se dotar de toda energia positiva possível para que, mesmo não havendo mais a família nos moldes anteriores, tanto um quanto o outro assumam o saber de que ainda que separados podem conduzir o desenvolvimento da família, entidade responsável pela criação, estruturação e progresso do psíquico dos menores, partes da mesma.

2.6 Extinção da Guarda

Antes de dar seguimento ao trabalho será analisado o que ver se, a palavra extinção. O significado da mesma é: Fim; cessação; abolição dissolução; aniquilamento; ruína; extermínio de uma raça ou de um povo ato de apagar incêndio, término; supressão; perecimento; perda, consumo.

De todos estes Conceitos o principal seria o término, pois se referem a extinção da guarda.

Segundo Gonçalves (2002, p. 79), “existem algumas possibilidades de se acabar com os efeitos da guarda que ocorre quando o menor chega à maioridade, com o falecimento dos pais pela emancipação”, quando for pedido por um ato judicial com efeito *opinio delict*¹⁰.

“A guarda poderá ser transferida para uma terceira pessoa assim como a guarda dos seus pais passam a ser consideradas impróprias ou oposto aos interesses do menor e apenas o juiz poderá fazer esta alteração”. (GONÇALVES, 2002, p. 81).

⁹ *Idem*

¹⁰ É a convicção do órgão acusador de que existe justa causa para o início da ação penal. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=7&conteudo=noticia/a254f042aec0b32fc574db9a9728c56b.html>. Acesso em: 26/05/09.

Percebe-se que a guarda poderá ser extinta não só por fatos naturais onde ocorrem contra a vontade dos guardiões responsáveis ou poderão acontecer em situações em que adverti os assuntos que aos menores são incluídos que são praticados por atos dos próprios guardiões.

De acordo com Gonçalves (2002, p. 82) a guarda poderá ser extinta ou até suspensão, pois verifica-se que ela não é eterna e que poderá ser retirada bastando a comprovação de que o responsável é a pessoa inadequada para reger os cuidados do menor. “A suspensão e a perda do poder familiar constituem punição e não prêmio ao faltoso”.

No terceiro capítulo será abordado o tema Guarda Compartilhada, veremos o que representa a Guarda Compartilhada, frente a sociedade atual.

3 GUARDA COMPARTILHADA

Neste atual capítulo será abordado o tema Guarda Compartilhada. O que ultimamente muitos têm falado, embora poucos já terem tido essa experiência ou mesmo conhecerem de maneira satisfatória o assunto. Analisar o conceito de guarda Compartilhada é de grande importância para que se forme o correto entendimento a cerca do tema

3.1. Conceito

De acordo com Taveira (2002)¹¹, os filhos, em regra, são uma das maiores razões da união entre o homem e a mulher. Representam a preservação da espécie, repercutem na sociedade, na política, no interesse do Estado, na formação do próprio povo. Ninguém, em momento algum, tem o direito de se furtar à parcela de responsabilidade que lhe cabe em relação a eles.

Drásticas foram as mudanças surgidas com o advento da Constituição Federal de 1988, igualando homens e mulheres em direitos e obrigações. Assim, se faz importante que ambos estejam cientes da responsabilidade de participação de cada um na vida dos filhos e a guarda compartilhada é um caminho muito interessante para se atingir esse fim. (TAVEIRA, 2002)¹².

Segundo Taveira (2002)¹³, é importante se frisar inicialmente que na guarda compartilhada não existe um arranjo padrão, ou seja, o melhor arranjo será aquele que possibilitar o maior contato das crianças com os pais, os quais deverão dispensar interesses em seu bem estar, saúde, educação e seu desenvolvimento como um todo.

¹¹ Alberto Atência Taveira. **Guarda Compartilhada: Uma Nova Perspectiva Sobre Os Interesses Psic.** 2002. Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextId=1649448949>. Acesso em: 23/07/09.

¹² *Idem*

¹³ *Idem*

De acordo com Wald (2000, p. 84) a guarda compartilhada tem a seguinte definição:

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

O prosseguimento da convivência da criança com ambos os pais é necessário, pois sua presença dá mais segurança à criança e é importante para seu desenvolvimento emocional. Em virtude disto é que a guarda compartilhada deve ser decidida com muita cautela, pois ela permite que os filhos vivam e convivam numa relação com o pai e com a mãe, havendo uma co-participação em igualdade de direito e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando estar dos filhos. São benefícios grandioso que esta nova forma de guarda traz às relações familiares, por que não estará sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes.

Enquanto a família permanece unida, o menor poderá desfrutar dos dois. A ruptura da relação entre os pais e os filhos cria uma nova estrutura famílias. E na sociedade surgem cada vez mais conflitos envolvendo as relações entre os pais e filhos, porém são escassas as normas legais a respeito deste assunto.

“É certo que a guarda compartilhada passou a existir da precisão de encontrar uma maneira inovada de pais e filhos conviverem efetivamente e manterem sua junção afetiva”. (CASABONA, 2006, p.241).

De acordo com Fidomanzo (s/d)¹⁴, a guarda compartilhada de filhos é uma solução inteligente, na área de Família que vem sendo adotada cada vez mais de forma espontânea, entre casais que se separam realmente preocupados com o desenvolvimento saudável e equilibrado dos filhos, numa verdadeira demonstração de amor e respeito e interesse dos menores.

¹⁴ Marie Claire Libron Fidomanzo. **Guarda Compartilhada e Justiça**. S/D. Disponível em: <http://www.paisseparados.com/noticiasler.asp?id=265>. Acesso em: 15/07/09.

Hoje com a pós-globalização é importante destacar que a vem se libertando de antigos preconceitos simultaneamente ao que diz respeito à guarda dos filhos, o respeito do pai em relação ao menor e a grande de sua presença na convivência dos filhos.

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

Conforme Taveira (2002)¹⁵, é preciso que os operadores do Direito na área de Família estejam atentos a esta nova realidade, uma vez que não se pode pretender que seja do interesse da criança perder o contato com um dos genitores, pois que o objetivo primordial hoje deve ser de conservação das relações pessoais entre pais e filhos. Mister, então, que se analise o instituto em comento, com vistas a possibilitar o entendimento àqueles que o desconhecem, e a firmar convencimento da sua importância e relevo na atual formação familiar que se verifica no Brasil:

A guarda compartilhada, ou conjunta, como um dos meios de exercício da autoridade parental, na qual os pais desejam continuar exercendo-a em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal. (GRISARD FILHO, 2005, p. 126).

3.2. Evolução social da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada também, sofreu algumas evoluções e sendo assim seria importante apresenta-las para que se demonstre de que forma ela era abordada.

¹⁵ *Idem*

Grisard filho (2002, p. 134), destaca duas formas em que a guarda compartilhada foi discutida dentro do meio jurídico, a primeira diz respeito á “dissolução do vínculo conjugal e o Estatuto da Criança e do Adolescente”.

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

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

Segundo Barros (2001, p. 93), o homem valoriza a formação do vínculo familiar, “a família é uma organização que subsiste às mudanças históricas e políticas da humanidade, redesenhando seu contorno através dos tempos e persistindo na função de sua estrutura inabalável responsável pela constituição do sujeito e pela transmissão da cultura”.

A evolução da guarda compartilhada consiste em destacar as próprias mudanças de comportamento do homem e da mulher em relação ao casamento e ao bem-estar de seus filhos. O homem mesmo separado com ou sem a guarda continuará sendo o pai e da mesma forma subentende-se com a mulher, um não tem mais direitos ou obrigações que o outro.

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

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

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

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

3.3 O Modelo Ideal para o Menor

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

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

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

E sempre importante destacar que a presença do pai é fundamental para o bom desenvolvimento do menor a mãe que geralmente fica com a guarda não deve proibir ou restringir que o pai veja o seu filho, principalmente quando este é o seu desejo.

Segundo Reis (1992, p. 79), o qual é doutrinador, esclarece a importância de que o casal deve ter um bom relacionamento, "na vida diária da família, tais decisões comuns resultam que os pais se confiem mutuamente a decisão para os assuntos como os quais o outro tem especialmente relação".

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

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

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

É o que lembra Lotufo (2002, p. 125), ao destacar que, "por estarmos vivendo num tempo pós-globalização, a mulher vem se libertando de antigos preconceitos, simultaneamente ao desabrochar do novo homem mais paterno e mais presente na vida dos filhos".

O melhor para a criança é tratar este assunto com responsabilidade para que a criança não se machuque ou se sinta excluída do amor de seus genitores.

Para que este entendimento se chegasse a esta conclusão foi preciso passar por inúmeras experiências e decepções até que se percebe-se que a separação do casal não faz dividir o amor para com a criança, pois se ambos os pais querem o melhor para seu filho

pouco importa com qual deles ficará com a criança, pois o importante é não perder o contato íntimo com seu filho.

3.4 Conseqüências da Guarda Compartilhada

De acordo com Mazia (2004)¹⁶, a extinção do vínculo matrimonial põe fim ao casal conjugal, mas preserva a casal parental, o pai será sempre o pai e o filho sempre o filho, este vínculo é definitivo.

Se as decisões sobre a guarda dos filhos forem tomadas de forma consensual, a medida resultará em benefício para toda a família. O exercício em comum do instituto da guarda no que se refere à criação, educação e sustento dos filhos pelos pais, não trará dificuldade quando a família parental permanece unida e, conseqüentemente, nenhum dos genitores negligenciará na condução das suas obrigações decorrentes da paternidade, o que beneficiará igualmente pais e filhos. (MAZIA, 2004)¹⁷:

O pressuposto da guarda conjunta (embora a guarda supunha a presença física da criança no domicílio de um dos genitores) é o de que, apenas da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles exerciam quando a família permanecia unida. Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos (mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro deste espírito). (LEITE, 2003, p. 270).

No exercício deste modelo de guarda, para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta, muitas vezes, resgata-se os laços de afetividade e companheirismo entre pais e filhos perdidos numa convivência inadequada de um ambiente familiar

¹⁶ Edna Souza Mazia. Guarda Compartilhada – Evolução e Aspectos Jurídicos no Moderno Direito de Família. Revista Jurídica Cesumar, 2004. Disponível <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/369/446>. Acesso em: 02/08/09.

¹⁷ *Idem*

desgastado, muitas vezes revela o poder de conseguir que os pais fiquem mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, validando o papel parental de ambos os genitores com igualdade de importância e relevância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar de sua prole. “Além disso, alguns estudos revelaram uma tendência menor dos pais com guarda compartilhada a usarem os filhos como armas para atacar seus ex-conjuges”. (MOTTA, 2000, p. 86-87).

Acredita-se que os pais que dividem a guarda de seus filhos dedicam mais tempo a eles e compartilham de um maior número de atividades na companhia deles, além de consistirem em serem muito mais participativos e contundente nas decisões de questões referente às crianças, do que aqueles que não compartilham a guarda.

Segundo Mazia (2004)¹⁸, uma consequência positiva da guarda compartilhada, entretanto, ainda não estudada é a de que os genitores que dividem a guarda de filhos, não sofrem sobrecarga decorrente dos cuidados e atenções necessários para o atendimento das necessidades das crianças, de modo que o convívio fica mais prazeroso e com maior grau de naturalidade e harmonia familiar.

Por fim, a guarda compartilhada pode funcionar satisfatoriamente para pais participativos e cooperativos e inclusive entre pais que não há um bom relacionamento entre si, entretanto que são capazes de separar as diferenças e conflitos conjugais que possuem da relação com os filhos, preservando o exercício adequado da parentalidade.

No entanto, não funcionará, principalmente para aquelas famílias com pais em conflito judicial ou com enormes problemas conjugais não solucionados, onde as intrigas e os conflitos pessoais se sobrepõe a tudo. Portanto, o entendimento, a boa vontade do casal é fundamental, sem o que, todas as expectativas com relação à guarda compartilhada desaparecerão. (MAZIA, 2004)¹⁹.

¹⁸ *Idem*

¹⁹ *Idem*

3.5 Guarda Compartilhada: Aspectos psicológicos

Como se trata de um ramo do direito que lida diretamente com pessoas, e como sabemos que cada ser humano tem a sua singularidade, 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. (PERES, 2002)²⁰.

De acordo com Mazia (2004)²¹, há que se considerar os aspectos psíquicos que envolvem a criança, os quais que requerem a guarda e o vínculo existente entre eles. A importância, a seriedade, a responsabilidade e a amplitude do tema, encerra um processo complexo, onde inúmeros aspectos, não só jurídicos, mas também psíquicos estão implicados e devem ser valorizados.

Segundo Peres (2002)²² Assim sendo, 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.

Assim, o 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 (PERES, 2002).²³

Conforme Mazia (2004)²⁴, ocorrendo a ruptura da sociedade conjugal, os filhos estarão sujeitos a aspectos positivos e negativos desta ruptura. Será positivo, no sentido de que estará isento do testemunho de conflitos parentais frequentes. Negativos quanto a redução da convivência entre eles e um dos genitores.

²⁰ PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda Compartilhada**. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533&p=2>. Acesso em: 05/08/09.

²¹ *Idem*

²² *Idem*

²³ *Idem*

²⁴ *Idem*

São efeitos da ruptura da família conjugal, o sentimento de rejeição e a baixo-auto-estima experimentados pelos filhos do divórcio. É imperioso que se pesquise novas modalidades de reestruturação da família desunida para minimizar os efeitos negativos da separação ou do divórcio garantindo uma convivência harmoniosa da família parental que sobrevive à conjugal. (MAZIA, 2004)²⁵.

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. A criança filha 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. (PERES, 2002).²⁶

Segundo Peres (2002)²⁷, processos jurídicos de disputa de guarda envia à questão do cuidar, do proteger, do criar. Criar pode ser coligado com vida. É a vida de uma criança que está em jogo. A decisão desse ato jurídico tem o poder de vir a refletir nos altos e baixos do desenvolvimento e até mesmo no seguimento da estruturação psíquica da criança elemento da demanda. Se não forem avaliados esses aspectos, o ato de conferir o direito de guarda tem a capacidade ser um ato juridicamente autêntico, entretanto sem validade psíquica.

De acordo com Mazia (2004)²⁸, deste modo, é de suma importância que os operadores do direito atentem para os aspectos psicológicos que decorre das decisões em matéria de caráter familiar e para a contribuição que outras áreas do conhecimento, possam ser trazer para minorar traumas, sofrimentos, e se valham da interdisciplinaridade com estas outras áreas do conhecimento.

No quarto capítulo será falado sobre os projetos de Lei da Guarda Compartilhada, sua Doutrina e Jurisprudência.

²⁵ *Idem*

²⁶ *Idem*

²⁷ *Idem*

²⁸ *Idem*

4 PROJETOS DE LEI DA GUARDA COMPARTILHADA, SUA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Neste quarto capítulo será falado sobre os Projetos de Lei da Guarda Compartilhada, sua Doutrina e Jurisprudência.

4.1 Projetos de Lei

Embora de não haja em nossa legislação um regulamento específica permitindo o exercício da guarda compartilhada, coisa nenhuma impede a interpretação nesse sentido, da norma vigente. Bem como diz a lei, no *caput*, do art. 1.634 do Novo Código Civil - NCC, que “compete aos pais”, indicando que a função é afeta aos dois genitores. (GRISARD FILHO, 2000, p. 145).

Segundo Grisard Filho (2000, p. 146), o congregado a está disposição legal há o dispositivo constitucional que constitui a igualdade entre homem e mulher, ficando proibido a discriminação em função de sexo, art. 5º, I, da CF, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Portanto, de modo pleno e compatibilizado com a isonomia constitucional a explanação desta norma, no sentido de que pode-se estabelecer a guarda compartilhada do filho, entre ex-cônjuges, desde que em concordância. Neste sentido apresenta nossos tribunais, metodicamente, homologado esta modalidade de exercício do poder familiar desfeita a sociedade conjugal e existindo um consenso entre os genitores.

De acordo com Salles (2002, p. 74), o ponto principal que se proporciona refere-se ao modelo de exercício deste poder seguido pelo atual Código Civil. Art. 1.634, *in verbis* :

"Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores (...)" CC, art.1.631, *caput* "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade".

No meio dos doutrinadores brasileiros não existe uma posição objetiva quanto ao sistema de divisão da autoridade parental aceitado pelo legislador. Esta obscuridade obtêm simplesmente a forma do exercício do poder parental, uma vez que o poder, em si, está mencionado na lei. Existindo, autores que concluem que ambos os cônjuges precisa agir conjuntamente em todos os atos da vida familiar.

Segundo Motta (2000, p. 83), no entanto, há em tramitação no Congresso Nacional a existência de três projetos de lei, que discorrem sobre a guarda compartilhada, propondo-se alterar artigos no Código Civil, para incluir a expressa previsão da modalidade guarda compartilhada. No Projeto de Lei n. 6.350/2002, de autoria do Deputado Federal Tilden Santiago, há o acréscimo de dois parágrafos ao art. 1583, do Código Civil de 2002.

PROJETO DE LEI N. 6350/02, Art. 1 Q Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1.583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

.Art. 1.583.....

§1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 22 Guarda compartilhada é o 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 emergentes do poder familiar".

Art. 3º O Art. 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com as seguinte redação:

"Art. 1584 Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança."

§1º A guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.

Art. 42 esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

PROJETO DE LEI N. 6315/2002. Altera dispositivo do novo Código Civil. O Congresso Nacional decreta:

Art. 12 Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Art. 2Q O art. 1.583 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1583.....

Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais.

Art. 32 Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

PROJETO DE LEI N. 7.312/2002. Alteração do Novo Código Civil

Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou o divórcio, ou ocorrendo a separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não essa possibilidade, será a guarda atribuída a quem revelar condições para exercê-la.

Ver-se logo no início do primeiro parágrafo, que o juiz antes de homologar a conciliação, de modo contínuo colocará em destaque para as partes dos benefícios da guarda compartilhada.

De acordo com Mazia (2004)²⁹, o parágrafo segundo deste Projeto de Lei, conceitua e define a modalidade guarda compartilhada. Mostra-se, no entanto, um tanto quanto inconseqüente esta imposição legal, pois o fato da separação ou divórcio estar se processando na forma consensual não significa que os ex-cônjuges possuam um nível de entendimento, cooperação, para a viabilidade desta modalidade de guarda. Poderá o casal, embora conflituoso, escolher pela separação ou divórcio consensual, por não terem causa para o divórcio mesmo por conta da celeridade do rito.

No art. 3º, propõe uma alteração substancial do art. 1.584 do Código Civil, ao consignar como regra a guarda compartilhada sempre que não houver acordo entre os pais acerca da guarda, apesar da expressão "*sempre que possível*", caracterizando uma odiosa imposição legal. Se os excônjuges não têm consenso quanto à guarda, como poderão administrar consensualmente o dia-a-dia da criança ou adolescente. (MAZIA, 2004)³⁰.

²⁹ Edna Souza Mazia. *Guarda Compartilhada – Evolução E Aspectos Jurídicos No Moderno Direito De Família*. Revista Jurídica Cesumar, 2004. Disponível em <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/369/446>. Acesso em: 15/09/09.

³⁰ *Idem*

Segundo Mazia (2004)³¹, com relação ao Projeto de Lei n. 6315/2002, de autoria do Deputado Federal Feu Rosa, há demonstração de maior sensibilidade com a questão da guarda de filhos, pois num único parágrafo permite expressamente, a guarda compartilhada se houver acordo dos pais neste sentido.

Mesmo que seja simples o projeto apresentado, com a admissão de um único parágrafo, determina inteiramente a questão, assim como a viabilização desta modalidade de guarda é imprescindível a harmonia entre os genitores.

Sobrepor esta modalidade de guarda, em específico por meio de sentença e jamais como de um ajuste exaustivamente trabalhado e organizado pelas partes, pode se expor uma contra-indicação para o que o episódio não ocorra, ou seja, precisa haver uma disposição fundamental, natural, por parte dos pais para que tal modalidade de guarda possa a vir de fato a funcionar, de maneira satisfatória. (MOTTA, 2000, p. 94).

Conforme Mazia (2004)³², no Projeto de Lei n. 7312/2002, do deputado Ricardo Fiuza, dentre outras alterações do Novo Código Civil, na parte referente à Família, propõe o seguinte artigo: “Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou o divórcio, ou ocorrendo a separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz, estabelecerá o sistema de guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja essa possibilidade, será a guarda atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

Assim, caminha-se no sentido de que a guarda na modalidade compartilhada, passará, brevemente, a ter previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico.

³¹ *Idem*

³² *Idem*

4.2 Doutrina da Guarda Compartilhada

O instituto da guarda compartilhada sempre propõem com o apoio doutrinário, porque, em regra, é o que melhor observa o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da CF, além de concretizar entre os pais e o menor o princípio da solidariedade social e familiar, estampado no art. 3º, I, da Magna Carta, amparando-se, outrossim, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Segundo Barros (s/d)³³, estes três princípios acima, conforme salienta o douto José Fernando Simão, inspiraram o legislador a editar a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, consagrando, na legislação pátria, a guarda compartilhada, que, mesmo à mingua de legislação específica, já vinha sendo aceita pelos nossos tribunais.

Na trajetória do direito de família, a guarda incidi no poder de ver de manter-se em companhia durável de certas pessoas que se encontram sob sua chefia, com a finalidade de protegê-las.

De acordo com Barros (s/d)³⁴, trata-se de um dos atributos do poder familiar, tutela e adoção, prescindindo-se, nesses casos, de ordem judicial, porque a viabilização da guarda emana diretamente da lei.

Com efeito, dispõe o § 5º do art. 1584 do CC: “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”. (BARROS, S/D)³⁵

Assim sendo, o guardião do menor o seu representante nem sempre é legal, sendo salvo assim como a guarda for cumprida pelos pais, tutor ou adotante, assim como, a mesma pessoa se reúnem a titularidade da guarda e do poder de representação.

³³ Flávio Monteiro Barros. **Guarda Compartilhada.** S/D. Disponível em www.cursofmb.com.br/.../download.php?...GUARDA%20COMPARTILHADA.... Acesso em: 20/09/09.

³⁴ *Idem*

³⁵ *Idem*

Por outro lado, não se pode confundir a guarda, que é a convivência física permanente, com o direito de visita, que é a companhia transitória. De acordo com a doutrina, o direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com quem a criança ou adolescente tem vínculo afetivo, como no caso do padrasto, atendendo-se, destarte, ao seu melhor interesse. (BARROS, S/D)³⁶

É indispensável a participação do Ministério Público no procedimento que vem a envolver a guarda, conforme art. 82, I, do CPC.

Dispõe o §1º do art. 1584 do CC que na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e a mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância e similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento das suas cláusulas.

Portanto, na guarda compartilhada, os direitos e deveres dos genitores não precisam ser idênticos, mas devem ser semelhantes. Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os 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. (BARROS, S/D)³⁷.

Segundo Barros (s/d)³⁸, a sentença de guarda deve ser cumprida pelas partes, sob pena de incidirem nas sanções do § 4º do art. 1584 do CC, cujo teor é o seguinte: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado da 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”.

³⁶ *Idem*

³⁷ *Idem*

³⁸ *Idem*

4.3 Jurisprudência

A jurisprudência já vinha deferindo a guarda compartilhada, porém, somente quando era solicitada. Atualmente, com a inovação da redação do Código Civil, oferecida pela Lei 11.696/08, a guarda compartilhada passou a ser a primeira alternativa, quando não há uma concordância entre os pais da criança.

O ponto de vista foi modificado. A guarda compartilhada deixou de ser um prévio jurisprudencial para ser efetivamente uma alternativa legal que precisa ser consagrada pelo juiz, segundo o artigo 1584, § 2º do Código Civil, bem como, não houver concordata entre os pais.

Segundo Santiago (2002)³⁹, o novo Código Civil Brasileiro, tão recentemente aprovado, no ano de sua vacância, merece ser aperfeiçoado em tudo o que for possível. No que tange ao Direito de Família, deixou de contemplar o sistema de guarda compartilhada, que ora propomos, que já vem há tempos sendo apontado como a melhor solução prática em prol das crianças e adolescentes, quando do divórcio ou separação dos pais.

As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelo Estado, para proteção integral dos menores. (SANTIAGO, 2002)⁴⁰.

De acordo com Santiago (2002)⁴¹, enquanto a família permanece unida, o menor desfruta dos dois genitores. A ruptura cria uma nova estrutura e a responsabilidade parental de concentra em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. Na realidade social surgem cada vez mais conflitos envolvendo relações paterno-filiais, porém são escassas as normas legais a respeito. Cumpre a doutrina e jurisprudência estabelecer soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com a o Texto Constitucional.

³⁹ Tilden Santiago. **Projetos de Lei**. 2002. Disponível em http://www.unig.br/facjsa/direito/projeto_guardacompartilhada.pdf. Acesso em: 22/-9/09.

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ *Idem*

De acordo com Camargo (2008)⁴², tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais estão rejeitando a Guarda Alternada, por ser comprovadamente maléfica à estrutura psicológica e formação da criança, tirando dela toda rotina conforto e segurança que uma única residência proporcionam.

Segundo Veloso (s/d)⁴³, as discussões doutrinárias são substituídas, agora, pelo texto legal. É um típico caso de a lei seguir a doutrina e a jurisprudência e se adaptar à modernidade. Agora, os Juízes não precisarão mais buscar fundamentos na analogia, na doutrina e nos precedentes jurisprudenciais, quando forem deferir a guarda e responsabilidade da criação, educação e fomento à vida plena dos filhos a ambos os genitores que não viverem sob o mesmo teto.

4.4 A Lei 11.698

De acordo com Fontes (2008)⁴⁴, em agosto de 2008, entrou em vigor a Lei nº. 11.698/08, publicada em de 13 de junho de 2008, que veio alterar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, inserindo em nossa legislação, expressamente, a guarda compartilhada, a qual era indeferida por alguns magistrados, alegando que não havia legislação expressa regulamentando tal pedido; outros, no entanto, timidamente já vinham concedendo este tipo de guarda a pedido das partes, amparados pelos princípios do melhor interesse da criança e da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

⁴² Roberta Negrão de Camargo. **Guarda Compartilhada: Do Mundo Jurídico ao Mundo Real**. 2008. Disponível em http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/5797/Guarda_Compartilhada_Do_Mundo_Juridico_a_o_Mundo_Real. Acesso em: 17/09/09.

⁴³ Waldir de Pinho Veloso. **Nova Guarda Compartilhada**. s/d. Disponível em <http://www.waldirdepinhovelo.com/artigos/novaguardacompartilhada.pdf>. Acesso em: 22/09/09.

⁴⁴ Simone Roberta Fontes. **Lei nº. 11.698/08: a guarda compartilhada**. 2008. Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080911132331715. Acesso em: 28/09/09.

Conforme Silva (2008, p. 257), *in verbis*:

Art. 1.583, a guarda será unilateral e compartilhada, compreendendo-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores, que deve revelar melhores condições para exercê-la, especialmente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança, educação. Por sua vez, guarda compartilhada é 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.

Art. 1.584, com nova redação, diz que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução da união estável ou em medida cautelar, ou 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.

Segundo Fontes (2008)⁴⁵, até a entrada em vigor da Lei n.º. 11.698/08, no Brasil, a regra era a atribuição da guarda exclusiva a um dos genitores, que pelo art.1584 vigentes do Código Civil, deve ser aquele que estiver em melhores condições de exercê-la, e ao outro cônjuge, atribui-se o direito de visita, podendo, no entanto, ser acordado entre as partes o modelo de guarda desejado.

A nova legislação, após entrar em vigência, as partes podem solicitar a guarda compartilhada (antes já era provável, entretanto, apenas, em casos de separação consensual), uma vez que o juiz tem o poder de decretá-la em precaução às necessidades específicas do filho, ou em ensejo da distribuição de tempo que é indispensável na convivência deste com o pai e com a mãe, como prescreve a redação do artigo 1584, inciso I e II, inserido pela Lei 11.698/08. (AKEL, 2008, p. 145).

De acordo com Akel (2008, p. 145), com a alteração legislativa, o regulamento passou a ser a guarda compartilhada, assim deve os magistrados avisar aos pais o seu significado, a sua importância, a similitude com os deveres e direitos impostos a cada um dos pais, suas sanções as quais são decorrentes da não observância.

⁴⁵ *Idem*

Em síntese, a alteração trazida pela Lei nº. 11.698/08, veio apenas regularizar um direito já existente de forma implícita em nosso país. A verdadeira finalidade é conscientizar os pais sobre o bem estar que a guarda compartilhada poderá trazer as seus filhos. (FONTES, 2008)⁴⁶.

Conforme Fontes (2008)⁴⁷, aplicar a guarda compartilhada, não se trata de estabelecer o princípio da igualdade entre homem e mulher o que deve levar em consideração é a justiça, pois tanto o homem, pai, a mulher, mãe, devem ter seus direitos e deveres em relação aos filhos. Assim, eles serão beneficiados mesmo numa situação difícil, tal como a ruptura familiar, pois por mais consensual ou amigável que seja, há uma mudança nos hábitos, nos costumes o que causa dor e sofrimento para todas as partes, sendo os filhos os mais prejudicados.

Percebe-se, que a guarda compartilhada, com a chegada da Lei nº. 11.698/08, fez com que a justiça viesse a prevalecer, ao menor, a sua segurança, o bem estar, sendo estes princípios constitucionais fundamentados na garantia a vida, a liberdade e igualdade para todos.

⁴⁶ *Idem*

⁴⁷ *Idem*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após finalizar este trabalho percebe-se que 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. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Observa-se que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de garantir o direito da criança de ter contínua a convivência com ambos os pais, após a ruptura dos laços conjugais, além de garantir a igualdade parental propiciando aos ex-cônjuges cumprir de forma ampla e eqüitativa a significativa missão de ser pai, e mãe na sociedade atual.

Percebe-se que o sistema presente da guarda de filhos, o modelo de guarda única, no qual um dos genitores é o guardião enquanto ao não guardião concede-se o direito de visitas, fiscalização e alimentos. Com o passar do tempo percebeu-se que esse modelo já não recebia mais o interesse do menor, então se buscaram outros modelos de guarda a fim de resolver esse delicado problema que atinge as crianças filhos do divórcio. Perante disso, apresenta-se a guarda compartilhada como um novo modelo que tem como escopo proporcionar a ambos os pais uma equivalência na gama de direitos e deveres inerentes à autoridade parental e proporcionar aos filhos um contato contínuo e duradouro com o pai e a mãe, quando da separação destes.

Não obstante não haver norma expressa que legitime o instituto da guarda compartilhada no nosso direito pátrio, demonstra-se existir um amplo respaldo jurídico nos diversos diplomas legais, qual seja, Constituição Federal, Código Civil, ECA, e Convenção internacional sobre os direitos da criança. Entretanto, apesar de encontrar dispositivos favoráveis para sua aplicação, a guarda compartilhada ainda é pouco aceita no mundo jurídico e social, porém já existe ampla doutrina a favor da aplicabilidade desse instituto, além de

tramitar no Congresso Nacional projetos de lei com proposta de alteração do Código Civil com propósito de regulamentar a guarda compartilhada no direito brasileiro.

Da guarda compartilhada, com certeza surgirão inúmeras decorrências jurídicas e sociais, e faz-se necessário que ambos os genitores tenham consciência e maturidade para encontrar o melhor arranjo para as hipóteses que ocorrerem no dia a dia. Ressaltando que a guarda compartilhada não tem a pretensão de ser o modelo de guarda ideal para todos os casos, o que este instituto idealiza, são perspectivas que priorizem o bem estar da criança e do adolescente como bem maior a ser respeitado.

Conclui-se que sob o prisma jurídico, a guarda compartilhada, faz tornar possível um exercício sistêmico dos genitores igualando as responsabilidades pela manutenção material, intelectual e psíquica dos filhos, os pais por sua vez, precisam acolher abertamente todas as conseqüências originárias da aplicação deste instituto. A responsabilidade da ação do filho fica acoplada a ambos os genitores, no entanto, não se trata de um revezamento no ao cuidar dos filhos, porém uma responsabilidade em tempo completo, justamente como na família intacta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** Vol. 5. São Paulo. Ed. Saraiva 1993.

GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental.** 3. ed. ver, atual. e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; 2002, 2005.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda compartilhada: A Difícil Passagem da Teoria à Prática.** S/D. Apostila.

LEITE, E. de O. **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.

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

MOTTA, M.AP. **Guarda compartilhada - novas soluções para novos rumos.** "In" Direito de família e ciências humanas. Caderno de Estudos n. 3, São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

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

SALLES, K.R.P.N. de. **Guarda compartilhada.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, 2ª ed., São Paulo: Revista dos

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei Sobre Guarda Compartilhada.** Leme: J.H. Mizuno, 2008.

Endereço Eletrônico

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada.** 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>. Acesso em: 01/05/09.

BARROS, Flávio Monteiro. **Guarda Compartilhada**. S/D. Disponível em www.cursofmb.com.br/.../download.php?...GUARDA%20COMPARTILHADA... Acesso em: 20/09/09.

CAMARGO, Roberta Negrão de. **Guarda Compartilhada: Do Mundo Jurídico ao Mundo Real**. 2008. Disponível em http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/5797/Guarda_Compartilhada_Do_Mundo_Juridico_ao_Mundo_Real. Acesso em: 17/09/09.

COSTA, Suely Alves da. **Guarda Compartilhada**. 2002. Disponível em <http://www.apase.org.br/81008-guarcacomp.htm>. Acesso em: 02/05/09.

FIDOMANZO, Marie Claire Libron. **Guarda Compartilhada e Justiça**. S/D. Disponível em: <http://www.paiseparados.com/noticiasler.asp?id=265>. Acesso em: 15/07/09.

FONTES, Simone Roberta. **Lei nº. 11.698/08: a guarda compartilhada**. 2008. Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080911132331715. Acesso em: 28/09/09.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Pátrio Poder**. S/D. Disponível em http://www.tecnicajuridica.com.br/www/index.php?option=com_content&task=view&id=167&Itemid=55. Acesso em: 03/05/09.

MAZIA, Edna Souza. **Guarda Compartilhada – Evolução E Aspectos Jurídicos No Moderno Direito De Família**. Revista Jurídica Cesumar, 2004. Disponível em <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/369/446>. Acesso em: 02/08/09.

MODESTO, Marília da Silveira. **Guarda compartilhada**. Disponível em: http://www.proescom.br/portaldodireito/aspcfm/artigos_publicados.asp/artigo_marilia.asp. Acesso em: 18/07/09

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda Compartilhada**. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533&p=2>. Acesso em: 05/08/09.

SANTIAGO, Tilden. **Projetos de Lei**. 2002. Disponível em http://www.unig.br/facjsa/direito/projeto_guardacompartilhada.pdf. Acesso em: 22/-9/09.

TAVEIRA, Alberto Atência. **Guarda Compartilhada: Uma Nova Perspectiva Sobre Os Interesses Psic**. 2002. Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1649448949>. Acesso em: 23/07/09.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Nova Guarda Compartilhada**. s/d. Disponível em <http://www.waldirdepinhoveloso.com/artigos/novaguardacompartilhada.pdf>. Acesso em: 22/09/09.