

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO SÓCIOECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE SERVIÇO SOCIAL**

A GUARDA COMPARTILHADA: possibilidades e desafios

KARINA SORAYA DE BORBA


Teresa Kleba Lisboa
Chefe do Depto. de Serviço Social
CSE/UFSC

DEPTO. SERVIÇO SOCIAL
DEFENDIDO E APROVADO

EM: 08108105

**FLORIANÓPOLIS
2005**

KARINA SORAYA DE BORBA

A GUARDA COMPARTILHADA: possibilidades e desafios

Trabalho apresentado com requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Profª. Drª. Maria del Carmen Cortizo

**FLORIANÓPOLIS
2005**

KARINA SORAYA DE BORBA

A GUARDA COMPARTILHADA: possibilidades e desafios

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do grau de Bacharel em Serviço Social.

Florianópolis, 08 de agosto de 2005.

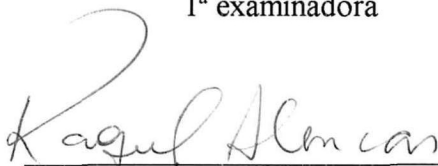
BANCA EXAMINADORA:



Prof.^a Dra. Maria del Carmen Cortizo
Professora do DSS
Presidente da Banca



Josiane Bortoluzzi
Professora do DSS
1^a examinadora



Raquel Alcântara de Alencar
Advogada
2^a examinadora

Dedico este trabalho a toda a minha família

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela vida, por sempre me proporcionar muitas oportunidades e me acompanhar em todos os momentos.

Aos meus pais, que estão sempre ao meu lado apoiando e incentivando todas as minhas decisões, com muito amor, carinho e atenção.

Às minhas irmãs, pela disponibilidade, auxílio, atenção e companheirismo.

Aos meus sobrinhos, contribuindo com alegria e carinho.

A todos os meus amigos, pelas alegrias que compartilhamos juntos.

Aos profissionais do Serviço Social do Fórum, em especial a Tânia, Cristiny e Raquel contribuíram com seu saber, amizade e crescimento profissional. Profissionais sempre dispostas a auxiliar-me.

À professora e orientadora Maria del Carmen, com sua paciência e atenção, incentivadora do tema deste trabalho.

A todas as pessoas que indiretamente, passaram pela minha vida, e sem perceber contribuíram de alguma forma.

[...] É preciso amar as pessoas como se não houvesse o amanhã [...].
Renato Russo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 FAMÍLIA.....	10
Família, breve histórico do direito de família.....	10
2 GUARDA.....	15
2.1 Guarda conceito e aspectos gerais.....	15
2.2 A guarda no Código Civil de 2002.....	18
2.3 Critérios utilizados na decisão da guarda para o melhor interesse da criança	23
2.4 As modalidades de guarda.....	27
2.5 A guarda alternada.....	27
2.6 A guarda Dividida.....	29
2.7 Aninhamento ou nidação.....	29
3 GUARDA COMPARTILHADA.....	30
3.1 Surgimento da guarda compartilhada.....	30
3.1.1 Na Inglaterra.....	30
3.1.2 Na França.....	30
3.1.3 Nos Estados Unidos da América.....	31
3.1.4 No Canadá.....	32
3.2 Definição de guarda compartilhada.....	34
3.3 Vantagens do modelo de guarda compartilhada.....	40
3.4 Desvantagens do modelo de guarda compartilhada.....	46
3.5 Fundamentação legal para aplicação da guarda compartilhada.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55
ANEXOS.....	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão da guarda de filhos após a dissolução de união matrimonial, mais precisamente a guarda compartilhada, também denominada de guarda conjunta, no âmbito do direito de família.

A pesquisa foi estruturada em três capítulos, subdivididos em itens, conforme a seqüência de afinidades entre os assuntos.

No capítulo I, buscamos abordar o conceito de família, acompanhando sua evolução histórica na sociedade, desde o modelo de família patriarcal até o surgimento de novos arranjos familiares.

Desta forma, exigindo que as leis se adaptem às novas demandas que se apresentaram.

Em seguida, no capítulo II, analisamos a guarda dos filhos sob vários aspectos, particularizando e aprofundando a guarda de filhos após a separação conjugal, bem como ela está estruturada no atual Código Civil. Posteriormente, apresentamos os critérios utilizados pela jurisprudência para a determinação da guarda objetivando respeitar o interesse da criança. No processo de guarda o interesse dos filhos deve prevalecer acima de qualquer circunstância de ambos os pais. Na atribuição da guarda, respeita-se o direito dos pais, desde que não negligencie com o direito dos filhos.

Finalmente, no capítulo III, buscamos apresentar uma nova modalidade de guarda, a guarda compartilhada, a sua origem e a evolução do instituto, fazendo referência aos países que adotam esse modelo de guarda. Destaca-se nesse capítulo as vantagens e as desvantagens apresentadas.

Podemos adiantar aqui, que a guarda compartilhada surge da necessidade de reequilibrar os papéis parentais perante o modelo de guarda única, além de priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente, pois busca-se a continuidade das relações dos filhos com os pais; mantendo apesar da separação conjugal a continuidade da família. Na guarda compartilhada ambos os genitores são os guardiões legais dos filhos, detendo os mesmos deveres e direitos em relação à pessoa dos filhos.

1 FAMÍLIA

1.1. Breve histórico sobre a evolução da família e do direito de família

O conceito de família conhecido e aceito pela sociedade capitalista, em suas diversas épocas foi o de uma família formada por um homem e uma mulher, resultando em filhos. Este modelo sempre foi tido como base da sociedade, ocorrendo a vinculação de indivíduos em torno de um chefe de família, na maioria das vezes o pai.

Em 1916, vigência do Código Civil no Brasil, o matrimônio era assento básico da família, o direito deveria ocupar-se com as questões familiares que compreendiam o casamento e o poder familiar, visto que era sobre o casamento que repousava toda a sociedade civil, (RAMOS, 2005). O matrimônio era indissolúvel. Somente na Constituição Federal de 1934 a família é referenciada, no art.144 “A família constituída pelo casamento indissolúvel está sob proteção do Estado”.

Segundo Costa (2002) dois momentos no Brasil foram importantes para as transformações do modelo patriarcal para a família nuclear: o período da Grande Depressão de 1920 e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), assim como as modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais ocorridas no século XX que impulsionou as mulheres a uma maior participação no mercado de trabalho, visto que tiveram que assumir um maior poder de decisão dentro da família, porém a família continuava a representar exclusivamente o modelo tradicional, mas com um revezamento da chefia da família.

A partir da década de 1960, novas mudanças aparecem modificando as relações familiares, dentre elas podemos destacar: a Lei nº 4.121/62 chamada de Estatuto da

Mulher Casada, a Lei nº6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do divórcio) no Brasil. Outro fator relevante foi a revolução sexual ocorrida nos anos 70 possibilitada pelo surgimento da pílula anticoncepcional, garantindo a sexualidade sem procriação e o movimento feminista.

Partindo desses pressupostos, entendemos que a família se constitui culturalmente e não como um elemento natural, sempre tem passado por mudanças, juntamente com a sociedade, conforme a sociedade se modifica, a família fica mais complexa e adquire novos padrões, assume um caráter de proteção e socialização com relação aos seus membros, em resposta às necessidades da cultura.

Assim sendo, não temos mais o modelo de família totalmente patriarcal. O que observamos são novas configurações, pais que compartilham a autoridade, mulheres mais independentes, que trabalham, e não se ocupam exclusivamente na criação dos filhos, há muitas configurações de famílias.

Além das famílias tradicionais, nuclear e extensiva, podemos citar outros arranjos familiares: família de pai/mãe solteiro, família binuclear, família reconstituída ou recomposta, família monoparental.

Desta forma, podemos definir a família com Miotto (1997, p.120) do seguinte modo: “a família pode ser definida como um núcleo de pessoas que convivem em determinado lugar, durante um lapso de tempo mais ou menos longo e que se acham unidas (ou não) por laços consangüíneos”.

Diante dessas mudanças, vieram as atualizações legislativas em torno do casamento tradicional, pois as uniões estáveis fora dos padrões do modelo nuclear estavam aumentando em grande proporção. Estas transformações se evidenciam na Constituição Federal de 1988, embora se privilegie ainda o casamento civil, em seu

art.226,§ 4º, que diz: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”

Este artigo vem expressar a pluralidade das novas realidades familiares, não somente reconhecendo-as, mas inserindo-as efetivamente em um texto legal, dessa forma a família deixa de ser vista somente no singular e passa a ser olhada no plural.

Leite (2003, p.67), levanta uma seqüência de novas leis, que se manifestaram em função da diversidade de formas familiares:

- a) em 1949, Lei 883/49 permitiu o reconhecimento de filhos ilegítimos;
- b) a Lei 5.478/68 alterou a matéria de alimentos;
- c) a Lei 6.515/77 introduziu o divórcio no Brasil;
- d) a Lei 6.697/79 – alterou a adoção simples em plena (Código de Menores);
- e) a Constituição Federal de 05.10.88; alterou a autoridade paterna (art.226, § 5º); garantiu direitos e obrigações iguais no casamento (art.226§ 4º); reconheceu as uniões estáveis e as entidades familiares (art. 226§ 3º); garantiu a igualdade de direitos e obrigações a todos os filhos (art.227, § 6º); admitiu expressamente o controle da natalidade (art.226, § 7º);
- f) a Lei 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente, não faz mais diferença entre filhos adotivos do casal e de uniões estáveis;
- g) a Lei 8.560/92 permitiu a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento;
- h) a Lei 8.971/94 reconheceu expressamente o direito dos companheiros tanto aos alimentos quanto ao direito sucessório.

Foram mudanças no sentido de um ideal igualitário. Acompanhando as mudanças sócio-culturais e políticos-econômicos que possibilitaram os novos arranjos familiares trazendo para o campo jurídico a necessidade de regulação na área do direito de familiar.

As tradicionais figuras da mãe dona de casa e do pai provedor, não se evidencia em maior número. A escalada feminina no mercado de trabalho, seu direito a individualidade e independência, a construção de sua própria história, para além das funções maternas devido as novas técnicas contraceptivas, fizeram crescer em igualdade a figura do pai companheiro, envolvido com a vida diária da família e da educação dos filhos. Nos casais contemporâneos as funções parentais estão mais equilibradas, distribuídas entre os genitores, que dividem entre si os deveres da educação e do sustento da casa e dos filhos.

Atualmente, os modelos de família, e suas relações, são diferentes dos modelos anteriores, o novo panorama social, marca uma nova forma da organização da sociedade. Os homens passaram a dividir o espaço público, econômico e político com as mulheres, essas mudanças ocorreram em consequência das lutas e reivindicações do gênero feminino, dessa forma aqueles papéis rígidos que colocavam a mulher no mundo privado e o homem no espaço público, como atributo de natureza sexual, vão sendo questionados, modificando as organizações sociais.

Os tempos atuais possibilitaram ao homem e a mulher em igualdade de direitos e deveres. A Constituição Federal de 1988 viabilizou esta plena realização expressa em seu “art.5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes nos pais a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a proteção, nos termos desta constituição”.

Essa consciência da igualdade trouxe às mulheres orientações e oportunidades que antes não eram expressos. Aos homens trouxe uma nova consciência para com a família e com os filhos, oportunizando a redefinição do papel do homem enquanto pai como também em outros aspectos da sociedade. As relações familiares ganharam novo contorno, a função de pai ganha mais destaque. Seus valores estão sendo recuperados enquanto marido e pai, pois passam a comprometer-se mais com a educação dos filhos.

Diante de toda essa transformação dos papéis se torna necessário repensar as normas que regulam a guarda no direito brasileiro.

2 GUARDA

2.1 Guarda: conceito e aspectos gerais

A origem da palavra guarda é derivada do antigo alemão *warden* (guarda; espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde* pela substituição do “w” em “g”. Significa proteção, observação, vigilância ou administração. Guarda de filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou protegê-los (SILVA, apud GRISARD FILHO, 2002, p.48), como também:

Guarda, ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, amparo, de defesa de uma pessoa contra qualquer dano ou perigo, abrangendo a idéia de proximidade física reter junto a si, conservar consigo, essa expressão operativa do pátrio poder absoluto, única, que impera no espírito da maioria dos genitores separados ou divorciados, titulares do referido poder.

No direito brasileiro, há duas formas de guarda. São elas: A guarda decorrente da separação ou do divórcio dos pais e a guarda de crianças e adolescentes conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém o seu conceito de guarda nas duas modalidades permanece o mesmo. Entretanto, nosso estudo se refere a guarda oriunda da primeira modalidade, no entanto é importante trazer uma breve definição da guarda que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente.

De forma geral guarda é:

Um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial (CARBONERA, 2000, p.47).

Para Ramos (2005) a guarda é formada por um conjunto de direitos e deveres que uma pessoa ou os pais exercem em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência a sua formação, educação, diversão e cuidado para com a saúde, como também, toda e qualquer diligência que se faz importante ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas marcadas pela necessária convivência sob o mesmo teto, implicando inclusive, na identidade de domicílio entre a criança e o respectivo titular, conforme trata o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990:

“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”.

Também o art. 33 da mesma lei estabelece que: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Assim, como regulamenta a Constituição Federal de 1988 em seu art. 229 “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, [...]”.

A guarda é um dos elementos da autoridade familiar, é um instituto pelo qual uma pessoa quer seja parente ou não, assume a responsabilidade sobre uma criança ou adolescente com menos de dezoito anos de idade, devendo dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade. Com o dever de prestar condições básicas materiais,

alimentação, moradia, vestuário, assistência médica, educação, lazer. São os cuidados necessários para o adequado desenvolvimento físico, moral e intelectual de uma criança ou adolescente.

Qualquer estudo que se faça sobre guarda sempre irá prevalecer o melhor interesse da criança ou adolescente. Ela representa a convivência afetiva dos pais com os filhos, auxiliando materialmente, moralmente, psiquicamente, juntamente com a vigilância que os pais exercem sob os atos dos filhos, para o pleno desenvolvimento, em suas mais variadas formas, sendo proteção, educação, comunicação. A guarda é um leque de deveres e prerrogativas dos pais em relação aos filhos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda é introduzida no poder familiar, é exercida pelos pais na constância ou não do casamento, pois em princípio a criança e o adolescente deve ser criada no seio de sua família natural, não sendo possível, como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente se fará necessário dar-lhe uma família substituta que lhe assegure uma convivência familiar.

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

A guarda mostra-se, como uma das modalidades legais ao lado da tutela e da adoção, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.

No Código Civil não faz nenhuma referência expressa para o exercício da guarda, pois os direitos são iguais, ela é apenas um elemento do poder familiar, não fazendo parte de sua essência. Assim sendo, os pais devem exercer vigilância sobre os filhos. Caso os deixem abandonados, sem os devido cuidados que requerem a sua idade, haverá a quebra de uns dos deveres do poder familiar.

2.2. A guarda no Código Civil de 2002

Como vimos a guarda consiste em um feixe de direitos e deveres que os pais exercem para com os filhos, enquanto a união dos pais persiste, tal direito é exercido conjuntamente por ambos os genitores.

Nem sempre os filhos vivem sob os cuidados de ambos os pais, pois com a separação ou divórcio é adotado o modelo de guarda única, guarda exclusiva, unilateral. Nesses casos, aplica-se o Código Civil de 2002, do Direito de Família em seu artigos 1.583 à 1.590, somente utilizará as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente em caráter subsidiário, pois esse regulamenta sobre a colocação da criança e do adolescente em família substituta, que geralmente procede à adoção, diferente da família natural.

Quanto a proteção da pessoa dos filhos, o Código Civil em seu livro IV (do Direito de Família), título I, subtítulo I, capítulo XI regula:

Art. 1.583 onde diz: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Art.1584. “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

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

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, aplica-se quanto à guarda dos filhos as disposições do artigo antecedente.

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1.587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

O Código Civil dispõe quanto à guarda de filhos (art.1.566, IV): São deveres de ambos os cônjuges, sustento, guarda e educação dos filhos.

A obrigação do sustento se impõe tanto na vigência do casamento, quanto após a separação conjugal, este sustento, passa a se chamar pensão alimentícia ou alimento, porém, sua obrigação continua a mesma, devem ser suficientes para manter as necessidades básicas, tais como: alimentação, moradia, educação. Esta obrigação se dá na proporção dos recursos do genitor não guardião.

Quanto à educação, compete aos pais corrigir seus filhos, vigiá-los, educá-los moderadamente, sem submetê-los a maus tratos físicos e psíquicos.

Diante da separação do casal, aquele que ficar com a guarda será o responsável pelo filho, não alterando quanto às relações entre pais e filhos, apenas a guarda será atribuída um dos genitores, ao outro o direito de visita. Sendo um atributo do poder familiar, ela pode ser delegada a uma outra pessoa que não seja necessariamente os pais. Esta decisão ocorrerá por sentença judicial, e preferencialmente dada a uma pessoa da família ou conviventes, mesmo assim os pais continuarão a exercerem o poder familiar.

Uma mudança significativa em relação ao Código Civil, ocorre que, em caso de discordância dos pais sobre a guarda, o juiz concederá a guarda aquele que ele julgar mais apto a exercê-la, de acordo com o artigo 1.584, onde citamos acima, e ao outro genitor a participação efetivamente no desenvolvimento do filho. Baseando-se na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso I e 226 § 5º, que determina a igualdade entre os cônjuges, não mais existindo a prevalência da guarda para a mulher, como também retirou a vinculação da guarda com quem não deu causa a separação, como previa o código de 1916.

Art. 10 – Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. (Este artigo não mais faz parte do Código Civil de 2002).

§1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

Paralelo com a guarda tem-se o direito de visita aos filhos o pai ou a mãe que não ficou com a guarda, mas pode tê-los em sua companhia, assim como fiscalizar sua manutenção e educação como dispõe o Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O direito de visita consiste mais do que no simples contato pessoal com o filho, é também passar o final de semana juntos, dividir as férias escolares com o detentor da guarda. As visitas têm caráter compensatório, que procura minorar os efeitos da separação entre pais e filhos, dessa forma se estabelecem períodos mais ou menos longos conforme o acordo entre os pais ou a decisão do juiz. Geralmente são fixados em finais de semana, feriados, dias de festa (aniversário, dia dos pais ou das mães, Páscoa, Natal, Ano Novo), sempre divididos. Além de ser um direito dos pais em relação aos filhos, é, sobretudo um direito da criança e do adolescente que deve ser respeitado, direito de ter ambos genitores presentes em sua vida.

Em relação ao direito de visita, Dolto (1991, p. 75) comenta:

Uma vez que a sentença proferida por um juiz, os dias em que ela vê o pai e a mãe passam a ser fixo, isso é extremamente prejudicial, porque as afinidades, o desejo de se ver entre pais e filhos, não podem obedecer a dias fixados dessa maneira. Quando eles moram longe uns dos outros, em cidades diferentes, a criança compreende muito bem essa medida; mas quando moram na mesma cidade, as relações de afetividade ficam desumanizadas ao serem regidas por dias da semana, e não pelas afinidades entre uns e outros.

O genitor que estiver com a guarda do filho não pode ausentar-se de seu domicílio, levando consigo o mesmo sem a permissão do outro e sem autorização judicial, assim como impedir as visitas. Se por ventura o genitor guardião seja transferido a trabalho para outra cidade ou motivo de força maior, tem por obrigação comunicar com antecedência ao juiz e o outro genitor, diante disso, o juiz irá decidir com quem a criança irá residir, levando em consideração o seu bem estar.

Em relação aos bens dos filhos, pai ou mãe que exerça a guarda do filho tem a obrigação de regular corretamente a administração, não podendo ultrapassar o poder de simples gerência. Os pais (ou quem tiver a guarda) têm direito ao usufruto dos bens dos filhos (LEITE, 2003), visto ser uma compensação aos pais pelo exercício do poder familiar ou pela noção de que todos compartilham do mesmo orçamento, sem distinção das fontes de renda e sem especificação das despesas, entretanto, há casos em que a lei determina a proibição do exercício do usufruto, no entanto, deve ser administrado pelos pais ou pelo genitor guardião.

É importante ressaltarmos que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo a existência de um motivo que justifique tal mudança, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando sempre o melhor interesse da criança:

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Desta forma faz-se necessário definir a noção do melhor interesse da criança e do adolescente tão freqüentemente usado pela legislação e pela jurisprudência, por se tratar de um tema de alta complexidade, que inside sobre seu desenvolvimento físico e psico-social.

2.3. Critérios utilizados na decisão da guarda para o melhor interesse da criança e do adolescente.

A definição do melhor interesse da criança é uma estratégia empregada pelos diversos profissionais que são convocados a intervir nas relações familiares: magistrados, advogados, assistentes sociais, psicólogos e áreas afins.

Sobre a origem da expressão melhor interesse da criança e do adolescente Ramos (2005, p. 65) discorre:

Do direito anglo-saxão, vem a expressão ‘best interest of the child’, e pode-se destacar, de forma não exaustiva, aspectos gerais a serem considerados quando da análise do interesse do filho para fixação da guarda: o amor e os laços afetivos entre o genitor e a criança; a habitualidade do genitor em dar à criança atenção e orientação; a saúde do genitor; o meio em que a criança vive, compreendidos pelo lar, escola, comunidade e laços religiosos; a opinião da criança; a habilidade do genitor de respeitar a figura parental do outro para a criança e encorajar a continuidade da relação da criança com o mesmo.

De modo geral, a legislação brasileira aponta vários fatores a serem considerados quando a determinação da guarda, muitos deles encontrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, aspectos necessários a existência das pessoas: vida, saúde, liberdade,

respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, etc.,. Constituem-se um conjunto de direitos e garantias, que podem ser observados para proporcionar um bom desenvolvimento a criança e do adolescente, objetivando seus interesses.

Para tanto, a jurisprudência é empregada com base para consulta apresentando algumas tendências destacadas por Leite (2003, p.199):

O desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social. [...] Outros juizes levam em consideração a pessoa da criança, como a idade [...], sexo [...], irmandade [...], o apego ou indiferença que a criança manifesta em relação a um dos seus pais, ou a estabilidade da criança.

Além desses fatores, devem ser levados em conta as necessidades básicas, materiais, segundo a idade, sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico. Assim, como os efeitos de mudança de residência e a preferência manifestada pela criança e pelo adolescente.

Para Carbonera (2000), também existem critérios não pessoais, mas que devem ser considerados, a proximidade física da residência do guardião à escola que a criança frequenta, as características físicas da casa, o número de ocupantes da casa e condições familiares, companhia dos outros irmãos e a assistência prestada a um dos genitores por um outro membro familiar, por exemplo os avós.

Ressaltamos, nem sempre a prevalência do aspecto puramente material é motivo de atribuir a guarda, mesmo porque sua falta pode ser suprida por prestação alimentícia a cargo do outro genitor.

É importante ressaltarmos que diante da separação dos pais, os filhos terão que aprender a se adaptar à nova realidade, se este recebe de forma satisfatória o necessário

para seu bem estar a modificação da guarda e a mudança de ambiente, poderá acarretar em uma perda desnecessária, favorecendo o interesse do genitor e não dos filhos. Nesse sentido, a mudança de ambiente deve ser evitada o quanto possível, para não causar danos à criança. Não é uma via de regra, mas sim atender o melhor interesse da criança.

A criança não é um objeto material que pode ser carregado a qualquer momento, apenas para atender as necessidades dos pais. Nesta situação o risco fica maior quando os filhos estão sendo disputados, usados como armas dos pais.

Outro fator importante é a consulta da vontade do filho, ouvi-los é um elemento importante na tomada de decisão do juiz. Porém, Leite (2003) entende que é um recurso excepcional, se faz necessário quando o exame da situação ficar indefinido, este deve ter por objetivo uma simples indagação, por parte do juiz, referindo-se ao ambiente social, moral e afetivo, vivenciados pelos filhos, sem jamais implicar uma escolha do tipo qual dos pais você gostaria de ficar? ouvi-lo sim, mas exigir que o filho escolha não, pois, a guarda é uma questão que ultrapassa os limites da lei.

A consulta à vontade do filho deve ser fruto do trabalho da equipe que assessora o juiz, (CARBONERA, 2000), fornecendo subsídios que os auxiliarão em sua decisão.

Além desses fatores, é importante a ser considerado o comportamento e as condições que cercam os pais, sejam materiais (profissão, renda mensal, habitação), como também morais (ambiente social, idoneidade). Condutas ilícitas devem ser evitadas ao máximo, pois são indivíduos em processo de desenvolvimento e formação.

Nesse mesmo pensamento Bittencourt apud Girsard Filho (2002, p.72) coloca:

Os pronunciamentos judiciais sobre guarda de menor devem atender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfaixados nos seguintes pontos: o interesse da criança, as condições de comportamento dos pretendentes a guarda e a alterabilidade desta a qualquer tempo, para mais

adiante afirmar que não podem ser invertidos nem mantidos na guarda do menor o pai, mãe ou terceiro de comportamento irregular e censurável.

Entende-se que não há uma solução previamente pronta. A busca pela melhor decisão passa necessariamente por um conjunto de elementos probatórios, compreendidos pela argumentação dos pais e a análise dos demais fatores que destacamos. Não faltando estudos sociais, familiares, econômicos, psicológicos desenvolvidos por profissionais que assessoram o juiz.

O juiz poderá e deverá se servir de informações do estudo social e pela avaliação psicológica, que pode ser realizada por assistentes sociais e por psicólogos atuantes nas varas de família, para compreender quais medidas se faz necessário para atender o melhor interesse de todos, como estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 151:

Compete à equipe profissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, prevenção e outras, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Paralelo a isso, o juiz pode utilizar-se da mediação familiar como mecanismo de ajuda nos litígios, para buscar uma solução para todos os envolvidos. Quanto à guarda, a mediação buscaria extrair dos pais a solução mais adequada, assim como a regulamentação de visitas e a pensão alimentícia.

Diante desse contexto, busca-se uma alternativa visando o melhor interesse da criança e do adolescente que dependerá da coleta de elementos fornecidos pelas partes, pela audição do filho e pela equipe auxiliar.

Conforme os dados obtidos, caberá ao juiz examinar cada situação de fato e tomar sua decisão a partir da consideração dos elementos subjetivos e objetivos, para definir qual é o melhor interesse da criança e do adolescente e na situação em questão. O poder do juiz é tão forte que permite contrariar o acordo estabelecido entre os pais, recusando-se a homologar qualquer proposta. Mesmo após a homologação, transitada e julgada, a guarda dos filhos pode ser modificada caso o interesse da criança e do adolescente não for contemplado.

Partindo destes aspectos apresentados, cujo interesse é prevalecer o melhor interesse da criança, se faz útil apresentar os modelos de guarda.

2.4.As modalidades de guarda

É necessário diferenciar as modalidades de guarda para não haver equívocos na consideração daquela que parece mais adequada. São quatro as modalidades de guarda de filhos: guarda alternada, guarda dividida, aninhamento ou nidificação e guarda compartilhada.

2.5.A guarda alternada

É uma modalidade de guarda que possibilita a cada um dos genitores deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um

mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma divisão do cotidiano dos filhos. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança e do adolescente. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade da criança, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica.

Um dos motivos que levam a jurisprudência a ter ressalvas quanto a guarda alternada é pela necessidade de preservar a estabilidade da criança, para que não sofra alteração em sua rotina, Dolto (1991) diz que a criança até 12 ou 13 anos com guarda alternada fica solta em sua estrutura, “não conseguindo suportar”.

Já para Leite (2002), a alternância pode ser vista como experiência enriquecedora, pois a criança está mais preparada para as diversidades e podendo lidar melhor com experiências futuras.

Contrária a esse pensamento Dolto (1991, p.74) destaca:

A guarda alternada é muito prejudicial para as crianças. Que elas possam ir à casa do outro genitor com frequência que bem desejarem, quando isso for possível, concordo, mas que não tenham que mudar de escola em decorrência de uma regulamentação de guarda alternada. O social tem uma importância enorme para o desenvolvimento da criança.

É importante salientarmos que existem diferenças profundas entre guarda compartilhada e guarda alternada. Nesse modelo a criança muda-se de casa em períodos alternados. A guarda compartilhada é a divisão das responsabilidades enquanto pais na vida dos filhos, mesmo após a ruptura do casal, tem como premissa a residência única da criança, para haver a estabilidade que os profissionais do direito, psicologia e serviço social apontam.

2.6.A guarda dividida

A modalidade de guarda dividida se apresenta como uma forma de exercício da autoridade parental benéfico à criança, pois ela residirá em um lar estabelecido e determinado e usufruirá da presença do outro genitor, a quem não foi atribuída a guarda, pela garantia do direito de visita.

Entretanto é um sistema de visitas, que tem efeito negativo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, até muitas vezes desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros. São os próprios pais, que procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

2.7. Aninhamento ou nidação

É um modelo de guarda. Onde os pais que se revezam mudando-se para a casa onde vivam as crianças, em períodos alternados de tempo. Estes acordos não perduram, pelos altos custos que impõe a sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra, onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos, por isso é uma modalidade de guarda pouco utilizada.

Após essa breve apresentação dos modelos de guarda deferidos pela jurisprudência objetivando o melhor interesse da criança e do adolescente, focar-se-a as reflexões no modelo de guarda compartilhada, objeto de estudo ora apresentado.

3 A GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS

3.1 Surgimento da guarda compartilhada

Segundo Grisard Filho (2002), guarda compartilhada originou-se na Inglaterra há pouco mais de 20 anos, estendendo-se para a Europa continental, desenvolvendo-se na França. Passou o atlântico atingindo o Canadá e nos Estados Unidos. Mais recente desenvolveu-se na Argentina e no Uruguai. No Brasil existem dois projetos de leis sobre o assunto: (Anexo A e Anexo B).

3.1.1 Na Inglaterra

Segundo (LEITE apud GRISARD FILHO, 2002) a primeira possibilidade de guarda compartilhada foi em 1964. Em 1972, a Cort d'Appel da Inglaterra reconhece sua importância quando os pais estão dispostos a cooperar. Em 1980 essa mesma Corte, posicionou-se contra a autoridade parental ficar exclusivamente com apenas um guardião, assim o juiz desta Corte pôs fim a guarda única na história jurídica inglesa.

3.1.2 Na França

No direito francês, a guarda compartilhada foi incorporada em 1976, com o fim de diminuir os efeitos nocivos que a guarda exclusiva provoca. A lei 87.570, de 22 de Julho de 1987, lei de Malhuret, favorável a guarda compartilhada, fazendo desta um princípio:

Art.373-2. Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, quer por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou a criança, salvo neste ultimo caso, o direito de visita e do controle do outro.(GRISARD FILHO, 2002).

O direito francês não se refere à guarda e emprega a expressão “autoridade parental”.

Segundo Gobbi (2003) a Lei Malhuret permite aos genitores organizarem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio.

3.1.3 Nos Estados Unidos da América

No direito norte americano cada Estado dita sua própria Lei Civil. Muitos Estados adotam uniformemente a mesma legislação. Os estados que adotam a guarda compartilhada são: Arizona, Colorado, Califórnia, Geórgia, Louisiana, Minnesota, Ohio, Virginia. A Corte Superior do distrito da Colúmbia não autoriza este modelo, concede a guarda compartilhada quando os pais optam por ela.

Segundo Grisard Filho (2002) cerca de 45 Estados, concedem a guarda compartilhada, em apenas 7 não deixa claramente autorizada. Este tema, nos Estados

Unidos é bem discutido, pesquisado, pelo crescente número de pais envolvidos no cuidado com os filhos.

Sendo um tema complexo e atual, os Estados Unidos desenvolveu um comitê para pesquisar e estudar o assunto “*Child Custody Committee*”, há cerca de 400 programas de educação para os pais que querem se informar sobre o assunto, é o modelo de guarda que mais cresce nesse país.

No Estado do Colorado a guarda compartilhada é conferida em 90% a 95% dos casos, na Califórnia em 80%,(GRISARD FILHO, 2002, p.128).

Segundo Gobbi (2003), no Direito americano não há uma regra específica definindo qual modelo de guarda deve ser adotado. Os casais passam por uma triagem para avaliar o que é melhor para a criança. Após o resultado desta avaliação é verificado qual dos genitores está pensando no melhor interesse da criança, ou seja, quem não está privando o convívio com o outro genitor. O genitor que não está permitindo compartilhar a guarda é visto como não apropriado a exercê-la.

Diante desta questão o pai ou a mãe com medo de perdê-la se permitem a compartilhar a guarda. Em razão disso, está o grande número de deferimentos de guarda compartilhada.

3.1.4. No Canadá

No direito canadense é conferida somente quando os pais optam por este modelo, chama-se “*sole custody*” (guarda única), o Tribunal entende ser difícil aplicar a guarda

compartilhada quando os pais não a desejam. Somente é aplicado este modelo através de acordo, se este não for possível o Tribunal é quem decide. Porém, quando o Tribunal decide, levará em consideração o melhor interesse da criança assim como o contato freqüente com os pais.

No que se refere a este assunto, estes países são considerados referências. Alguns outros países mais recentemente e de maneira mais tímida modificaram suas legislações visando o melhor interesse da criança.

O direito português com a lei 59 de 30 de junho de 1999, coloca que o poder parental será exercido em comum por ambos desde que se obtenha acordo, não sendo possível este, a autoridade parental é confiada a somente um dos pais e ao outro a garantia de proximidade com o filho.

No direito espanhol, segundo o art.154 do Código Civil, os pais exercem o pátrio poder em igualdade, assim como sua Constituição expressa claramente a igualdade jurídica plena dos cônjuges, dentre elas a guarda conjunta com os pais. Na nova lei do matrimônio, de 07 de Julho de 1981, o art.92 diz que marido e mulher são iguais em direitos e deveres e que a separação não exonera as obrigações dos pais para com os filhos. Havendo a separação, a princípio a criança fica com um dos genitores, caso o outro genitor solicite a guarda conjunta, o juiz pode concedê-la.

No direito alemão, a Corte Constitucional entende que o Estado não pode intervir quando os pais manifestam a vontade de compartilhar a guarda. Assim o Tribunal só intervém quando apenas um dos pais apresenta o pedido de ficar com a guarda.

Na Itália, o direito de família passou por modificações, em 19/05/1975. Seu Código Civil artigo 316, § 4º, coloca que o pátrio poder deve ser exercido em comum

acordo e não somente por aquele que possui a guarda, não impedindo o exercício da guarda compartilhada.

No direito argentino o artigo 265 da Lei 23.264/1985 do Código Civil, diz que os filhos menores de idade estão sob autoridade e cuidado dos pais, que têm a obrigação e o direito de criar seus filhos. Segundo Ramos (2005), na Argentina é possível o exercício compartilhado da autoridade parental desde que seja estabelecido acordo entre os pais.

3.2. Definição de guarda compartilhada

Quando ocorre a separação ou divórcio a guarda é deferida a somente um dos genitores. Diante dessa situação surge o questionamento a esse modelo, preocupados em dar um tratamento mais condizente com o interesse das crianças e dos adolescentes, como pessoas em condições especiais de desenvolvimento.

A guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal (GRISARD FILHO, 2002, p. 115).

A noção de guarda compartilhada surgiu a partir das críticas feitas ao modelo de guarda única, concedida automaticamente a mãe Salles (2002). São elas:

a) Contesta-se a prioridade da mãe ser sempre a guardiã, entendendo que a ruptura dos pais provoca a ruptura dos filhos;

b) A separação do casal implicava culpa de um ou ambos cônjuges; com a lei do divórcio, passou-se a considerar a separação por insuportabilidade da vida em comum, sem a idéia de culpa;

c) A desigualdade entre os cônjuges foi extinta do ordenamento jurídico, encontrando reconhecimento constitucional e infraconstitucional;

d) As uniões estáveis são tão legítimas quanto as uniões legais, cônjuges e companheiros exercem de forma igualitária autoridade em relação aos filhos;

e) O número maior de mulheres no mercado de trabalho e a redistribuição dos papéis familiares, colocaram o papel da paternidade tão importante quanto a maternidade.

A guarda compartilhada advém das famílias monoparentais, que inclui tanto os casais que viviam em união estável, quanto casais unidos após a geração da prole.

Na guarda compartilhada, um dos pais detém a guarda material ou física da criança ou adolescente, observando sempre o fato de dividirem os direitos emergentes do poder familiar. O genitor que não detém a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, como acontece no modelo de guarda única, mas sim, participará efetivamente dela com poder e autoridade para decidir questões relacionadas à vida dos filhos, como educação, cuidados com saúde, estudos, questões psicológicas, viagens, férias, as questões do dia-a-dia, etc.

Ela permite a convivência em estreita relação com os pais, havendo uma maior participação em igualdade de direitos e deveres. Há uma maior aproximação da relação entre mãe e pai, buscando o melhor interesse dos filhos. Este modelo tem como princípio trazer às relações familiares grandes benefícios, pois evita sobrecarregar

apenas um genitor, dividindo os papéis, fortalece os vínculos familiares. Desta forma, os desgastes e o estresse seriam evitados.

Para Grisard Filho (2002) este modelo de guarda que busca o relacionamento dos pais com os filhos é consequência da falência do modelo patriarcal, centrado na coerção e na falta de diálogo. Nesse sentido, ela propicia aos filhos vivenciar os pais em torno de seus interesses, proporcionando a certeza que estes não foram prejudicados em decorrência da separação.

Outro aspecto a considerar, é que esta modalidade prevê a residência fixa e não alternada. Desta forma a determinação da residência onde a criança irá residir gera a estabilidade. Assim, a criança tem um ponto de referência para que suas atividades sociais não se percam. A preservação da estabilidade se faz necessário diante da separação e não de mudanças desnecessárias.

A residência única é o local onde a criança se encontra domiciliada juridicamente. Com isso o genitor que não reside com a criança exerce o dever de visita, que só poderá ser regularmente exercido se a criança dispor de uma residência, (GRISARD FILHO, 2002). Quem reside com o filho possui a guarda física, também chamada de guarda imediata, próxima, mas ambos têm a guarda jurídica. Essa escolha da residência é obrigatória para o juiz, como também para terceiros, para saber quem têm no cotidiano o dever de vigilância.

A guarda compartilhada não significa uma divisão pela metade do tempo com os filhos, como ocorre na guarda alternada (semana com um, semana com outro, mês com um, mês com outro). Entretanto ela não impede que os filhos passem um período com o pai ou com a mãe, sem que seja fixado rigorosamente o tempo das vistas.

Segundo Leite (2003), é importante diferenciar as noções de educação e coabitação, para que não sejam confundidas. Se por ventura a criança passe a residir com a mãe, sua educação não depende somente dela, mas de uma ação conjunta dos pais. O exercício conjunto das funções parentais continuarão a existir como acontecia antes da ruptura do casal.

Na guarda compartilhada os pais são titulares dos mesmos direitos e deveres para com os filhos, para que nenhum seja excluído de suas obrigações. Nesse sentido, os pais podem planejar quem detém a guarda física e o acesso às visitas. Caso ocorra algum dano à criança ou falhas na fiscalização, a responsabilidade recai sobre ambos genitores.

A guarda compartilhada vem a ser uma ampliação do direito de visitas, onde a convivência com o filho se intensifica, impondo-se a ambos os pais um ônus no sentido de que participem ativamente do dia-a-dia do filho com conseqüências inclusive na responsabilidade por eventuais atos ilícitos praticados por eles (RAMOS, 2005, p. 83).

Diante do exposto o direito de visita passa a ser direito de convivência, como estabelece a guarda compartilhada. Favorecendo a comunicação e o convívio permanente com os pais, vem de encontro com o que preconiza a Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil.

Quanto à prestação de alimentos, esta ocorre de maneira mais flexível e igualitária, um genitor poderá se ocupar com despesas referentes à educação, o outro é responsável pelo vestuário, despesas de saúde ou vice-versa, mas quanto maior o diálogo e a cooperação dos ex-cônjuges melhores serão os resultados. A compreensão e boa vontade são o princípio que norteiam a guarda compartilhada.

Para Ramos (2005), é importante estipular a quantia que será destinada aos filhos, tanto pelo pai, quanto pela mãe, de acordo com as possibilidades de cada um,

conferindo a cada um deles a responsabilidade de pagá-la, assim, como o dever de cobrar do outro a sua parte, caso entenda que o outro não está assumindo. É importante destacar a maturidade e a responsabilidade do compromisso assumido diante deste modelo de guarda, do contrário ela será rompida.

Para que esta modalidade de guarda funcione é necessário haver acordo, disposição do ex-casal, a boa vontade para com os filhos. Se um dos genitores não manifestar concordância em compartilhar com o outro genitor, a possibilidade da guarda compartilhada desaparece, assim se faz necessário a guarda exclusiva. Ou, quando o ex-casal não sanou seus conflitos, onde estes se apresentam de forma complexa e duradoura é preferível que a criança passe a viver com o genitor que se apresenta mais apto, deferindo a este a guarda exclusiva. Também, quando algum dos pais apresentar problemas de natureza psicológica que acarreta risco à criança ou adolescente.

É importante destacar, segundo Carbonera (2000, p.151), que a guarda compartilhada só é possível quando observados os seguintes requisitos:

1. que seja determinada consensualmente: os pais devem concordar com esta forma de guarda, bem com o modo pelo qual ela será implementada;
2. que o estabelecimento não venha prejudicar o desenvolvimento dos filhos, motivo pelo qual é necessário que seja feita uma avaliação psico-social, profunda para formar a convicção do juiz;
3. que tal modalidade não seja tomada como regra geral por dois motivos: a) em direito de família, cada caso é um caso e exige uma decisão baseada em dados concretos; b) a criação de fórmulas prontas para solução de litígios é incompatível com o principal princípio orientador do direito de família: a dignidade da pessoa humana, valorizada dentro de uma perspectiva de repersonalização das relações de família.

É importante ressaltar que qualquer que seja o arranjo escolhido entre os pais, é necessário que escolham visando o melhor interesse da criança, que deverá ter o maior contato possível com o genitor não guardião. Caso nenhum dos pais possua condições

necessárias e não manifeste vontade em assumir qualquer modelo de guarda, há a possibilidade da criança residir com terceiros.

Entretanto Nick (1996), alerta para a importância dos profissionais que intervêm (seja ele juiz, advogado, assistente social ou psicólogo) a importância de ter a habilidade necessária e o suporte teórico para compreender esta complexidade, sempre levando em consideração as conseqüências de suas decisões. A partir do momento que a guarda compartilhada for estabelecida, cabe a esses profissionais envolvidos analisar se atende aos melhores interesses da criança naquele momento.

No entanto, este modelo não é o perfeito, assim como todos os outros modelos de guarda não estão garantidos de forma absoluta. Até mesmo a própria família original não está livre de cometer erros e enfrentar dificuldades. Não existe um plano de cuidado parental que não passe por conflitos.

Os pais que estiverem aptos a dar um bom desenvolvimento, buscando um relacionamento mais integrado e harmonioso, oportunizará um bem-estar maior aos filhos.

É de responsabilidade dos pais compreender que a relação conjugal acabou, mas as funções parentais não terminaram. Saber discriminar essa diferença é primordial para o ajustamento familiar.

3.3 Vantagens do modelo de guarda compartilhada

Entende-se que o divórcio apresenta para as crianças e adolescentes uma situação de vantagem e ao mesmo tempo situação de desvantagem. A vantagem seria a possibilidade de redução de conflito familiar. Sendo a desvantagem a diminuição do contato com o genitor que deixa de residir com a família e, por conseqüência, pode ocorrer o abandono. Esses resultados, relacionados ao afastamento de um dos genitores e não a separação conjugal desenvolve na criança sentimentos de perda e insegurança.

Diante disso, é relevante pesquisar as formas de garantir um relacionamento mais equilibrado, de maneira que se minimize os conflitos diante do divórcio, assim como o impacto que este gera nas crianças. Não desejamos abordar aqui os reais motivos da separação ou divórcio, mas analisar sucintamente uma das questões decorrentes deste, a guarda dos filhos, enfatizando as vantagens da guarda compartilhada.

Com o processo de divórcio dos pais, a criança reage com sentimentos de choque, angústia, sensação de desamparo, pois este processo significa uma ruptura de uma estrutura que lhe proporciona proteção e apoio, como se uma fase de sua vida estivesse sido interrompida (SOUZA, 2000). Podem se isolar do meio, se retraindo, não buscando ajuda. Há maiores chances de alterações de comportamento, baixo rendimento escolar, queda da auto-estima.

Quando a guarda automaticamente é deferida a mãe ou ao pai trata-se de guarda exclusiva. Nesse caso observa-se que os pais tornam-se mais ausentes de seus filhos. Entretanto, quando os pais optam pelo compartilhamento das responsabilidades parentais os resultados são positivos para todos, mesmo após a separação.

Partindo desse pressuposto, percebe-se que a guarda compartilhada tende a minimizar os efeitos nocivos da separação ou divórcio, de forma que as relações parentais não se rompam, estimulando que os vínculos continuem a existirem, mesmo após a separação. Com isso facilitará que as crianças possam enfrentar e se adaptar a crise do divórcio em pouco tempo. Dessa forma a segurança, a confiança e a estabilidade não se abalarão.

Nick (1996), em seus estudos sobre a guarda compartilhada, observa as seguintes vantagens: a) Crianças em guarda em compartilhada têm maior auto-estima comparadas com a guarda única; b) são mais ativas, do que aquelas que vivem com apenas um genitor; c) boa adaptação; d) melhores resultados escolares; e) são mais pacientes; f) o relacionamento com os pais é mais harmonioso; g) quanto mais tempo as crianças passarem com ambos os pais, será melhor a aceitação deles e mais adaptada ficará a criança; h) o desenvolvimento psico-emocional é mais desenvolvido.

Seguindo esse raciocínio, Silva (2002), acrescenta outros benefícios a pais e filhos: a) melhoria na qualidade de vida; b) menor gasto em processos judiciais; c) diminuição do suicídio entre crianças e adolescentes; d) diminuição da evasão escolar; e) diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes; f) diminuição de problemas emocionais ou comportamentais; g) diminuição de prisões de menores.

Concluem esses autores que a guarda compartilhada trará efeitos psicológicos positivos a longo prazo nas crianças.

Diante desse contexto, pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e os laços sócio-afetivos. Ela é o modelo mais útil de cuidado, de justiça, enquanto busca equilibrar a necessidade dos filhos a uma relação permanente, sem interrupção com seus

pais. Ela recompõe os desejos e necessidade da criança em permanecer com ambos pais, minorando as marcas negativas decorrentes da separação.

A guarda única com visitas estipulada envolve muito tempo para a criança, pois o processo de socialização e identificação da criança requer um convívio maior com os papéis masculino e feminino, paterno e materno. Além disso, Souza (2000) afirma que o grau de intimidade da criança com os pais irá garantir maior segurança e permitirá que ela tenha experiências para além da extensão do lar.

Portanto, é fundamental que pais após a separação tenham em mente que a privação do convívio com algum dos genitores poderá trazer prejuízo aos filhos. Quando estes tornam-se conscientes de que são responsáveis pelo bem estar físico e emocional dos filhos, maiores serão as chances de um futuro satisfatório. Essa privação do convívio com o genitor não guardião caracteriza-se como um processo regressivo, como “se quando a mãe é a guardiã maternalizante, o filho não precisasse de pai [...]. Não prescindimos daquilo que é nutricional” (DOLTO 1991, p. 52).

A partir das considerações acima a guarda compartilhada não requer a regulamentação de visitas, pois os pais continuaram agir como agiam enquanto estavam casados. Além disso, algumas horas de visita são insuficientes para que a criança tenha maior intimidade com os pais. O que pode induzir ao afastamento do genitor não guardião e a perda do vínculo. Além do que ajustamento infantil está condicionado a quantidade e qualidade do contato e ao vínculo estabelecido com os pais, tanto a quem detém a guarda ou não a detém. Além disso, os filhos de idade menor são os mais prejudicados, obviamente em função da dependência de locomoção exercida pelos genitores.

Dessa forma, é possível observar que o sistema de visitas extremamente rígido não se apresenta como solução, pois o princípio é de prevalecer o interesse da criança, ao contrário ele se apresenta como um prejuízo, colocando limitações e controle, não permitindo a relação entre pais e filhos.

Nesse mesmo sentido, Dolto (1991), refere-se que a percepção infantil do tempo cronológico é muito diferente da de um adulto. Uma semana para um adulto pode corresponder um mês para a criança. A autora acrescenta que é menos doloroso para a criança ver o genitor não guardião durante um período seguido e não apenas a cada quinze dias.

Paralelo a isso Silva (2002), coloca que a própria palavra “visita” significa restrição, e o genitor que possui a guarda já será legalmente considerado mais importante, pois ele é que ele tomará as decisões sobre os filhos, tendo isso um peso simbólico importante.

Nesse mesmo pensamento Nick (1996), salienta em sua pesquisa, que as crianças de guarda única descreviam a relação com o genitor não guardião, como uma relação parecida com um tio ou tia, o que ele descreve como índice de convivência baixo.

Outro aspecto a considerar é que além das vantagens oferecidas à criança, a guarda compartilhada é positiva para os pais, pois facilita a reconstrução de sua vida, já que continua a dividir com o outro as responsabilidades parentais, evitando que o pai que possua a guarda se sinta sobrecarregado emocionalmente e fisicamente. Dontigny apud (LEITE, 2003, p.282) em sua pesquisa diz:

As mães que detém a guarda exclusiva de seus filhos são neste sentido, desfavorecidas; aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) dentre elas constituem um novo lar comparativamente e 59% (cinquenta e nove por cento) dos ex-maridos. Em compensação, 45% (quarenta e cinco por cento)

das mulheres e 43,6% dos pais do grupo de guarda conjunta formam novas uniões.

Nessa linha de raciocínio Fry apud (SOUZA, 1983), destaca que quando a guarda única está com a mãe, as crianças descrevem a guardiã com dificuldades para lidar com problemas de ordem financeira, estão cansadas, deprimidas, desprotegidas e sem condições de ajudar os filhos em suas interações com os amigos, porém colocam que estas tem melhores condições e maior disponibilidade para cuidar dos filhos quando estes se encontram doentes.

Entende-se que a guarda, muitas vezes, poderá representar um encargo, principalmente nos dias atuais, onde a necessidade de se inserir no mercado de trabalho é cada vez maior. Com isso a guarda única passa a ser mais um obstáculo para a mulher, pois exige tempo e dedicação, onde muitas delas desejam compartilhar a guarda com seus ex-cônjuges.

Além dessas vantagens Leite (2003), ressalta que há um estímulo ao pagamento da pensão alimentícia, pois este está mais próximo do filho, se apresentando em vantagens em relação à guarda única, pois este modelo desestimula ao não pagamento de alimentos, decorrente do distanciamento do genitor não guardião, pois quanto mais tempo afastado mais desmotivado ou menos interessado.

Seguindo o raciocínio, Oppenheim e Szylowicki apresenta vantagens nesse modelo de guarda para pais e filhos:

Tabela 1: Vantagens do modelo de guarda compartilhada

PAIS	FILHOS
a)Ambos os pais se matem guardadores;	a)Convivência igualitária com cada um

	dos pais;
b)Qualificação na aptidão de cada um deles	b)Inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais;
c)Equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional;	c)Não há pais periféricos;
d)Compartilhamento do atinente e gastos de manutenção do filho;	d)Maior comunicação;
e)Maior cooperação	e)Menos problemas de lealdade;
	f)Bom modelo de relações parentais.

Fonte: Oppenheim e Szylowicki (apud GRISARD FILHO, 2002, p.175).

Assim, como qualquer modelo de guarda, a guarda compartilhada não está garantida de forma absoluta e até mesmo a própria família original não está livre de cometer erros e enfrentar dificuldades. Não existe um plano de cuidado parental que não passe por conflitos.

Para que esse tipo de guarda realmente dê certo, é necessário que os pais estejam cientes e em comum acordo quanto à educação dos filhos. O equilíbrio dos papéis é fundamental para um desenvolvimento físico e mental. Ao se concentrar na mão de um dos pais, o outro pode acabar perdendo seu espaço na vida do filho, e sua imagem será alterada de forma negativa ou mesmo elidida.

3.4 Desvantagens do modelo de guarda compartilhada

Como qualquer outro modelo de guarda, a guarda compartilhada apresenta suas desvantagens. Assim, como qualquer modelo de família apresenta seus problemas, o que é bom para uma família pode ser motivo de problemas para outra família.

Para Teyber apud (GRISARD FILHO, 2002) a guarda compartilhada é um modelo novo, com benefícios quando os pais passam a ser cooperativos. Mesmo quando o diálogo não existe, mas os pais são capazes de distanciar os filhos de seus conflitos. O autor ressalta que esse modelo tem sido interpretado de forma equivocada por casais que não cessaram seus conflitos, dessa forma, a guarda compartilhada está condenada ao fracasso.

A guarda compartilhada não é a melhor alternativa para aqueles pais que convivem com o conflito constante, sem diálogo e dificultam um ao outro prejudicam a educação para com os filhos, proporcionando problemas graves a eles.

Nas famílias que convivem com esse problema, deve-se optar pelo modelo de guarda única e deferi-la ao genitor que está mais disposto a propiciar ao outro o direito amplo de visitas.

As desvantagens aparecem quando há um número maior de mudanças, afetando o cotidiano dos filhos, Mazzinghi apud (GRISARD FILHO, 2002) coloca que a guarda compartilhada os filhos não têm estabilidade.

Gontijo apud (GRISARD FILHO 2002, p.177) destaca:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, [...] em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iôs-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos

menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc [...].

Segundo Grisard Filho (2002), o que este o autor retrata é o modelo de guarda alternada, assim percebemos uma confusão entre esses dois modelos. O erro de interpretação entre esses dois modelos tem sido alvo de críticas para adotar a guarda compartilhada que não tem como premissa dividir a educação dos filhos em lares separados.

Nesse mesmo raciocínio Nazareth apud (GRISARD FILHO, 2002) se contrapõe a esse modelo enfatizando que crianças até cinco anos de idade precisam de um ambiente estável onde não ocorra grandes mudanças, em momento com a mãe outro com o pai, desta forma afetando a adaptação da criança, gerando problemas em sua personalidade.

Ressaltando novamente o equívoco sobre a guarda compartilhada, uma vez, que a criança ou adolescente tem, uma residência fixa, para que esta não sofra grandes mudanças em sua vida e no seu cotidiano, ao contrário do pensamento do autor.

Wallerstein apud (GRISARD FILHO, 2002), destaca que a guarda compartilhada é negativa quando os pais não estiverem dispostos a assumir a responsabilidade dos filhos, com isso as crianças e os adolescentes sofrem com o medo de serem abandonados.

Dessa forma, o genitor que se opõe a compartilhar a guarda, não deve ser obrigado a exercê-la, pois o pai ou a mãe acaba não proporcionando as condições necessárias ao bem estar dos filhos, principalmente carinho e afeto; ao contrário disso é

a rejeição a criança ou ao adolescente. Situações como esta requerem atenção dos profissionais que irão intervir junto a esses processos de guarda.

Segundo Nick (1996), famílias de classe econômica mais baixa são menos favorecida em decorrência da adaptação à nova rotina dos pais.

Em algumas famílias a luta pela sobrevivência é fator primordial em suas vidas, colocando a questão da guarda em plano secundário. Podemos tomar como exemplo pais que abrem mão com facilidade do cuidado de seus filhos, deixando-os sob os cuidados dos avós, tios ou outro parentes, ou até mesmo em cidades distantes, onde as visitas acontecem ocasionalmente. Nesse caso é impossível o acordo de guarda compartilhada.

Segundo Bruno (2002), as pesquisas em torno da guarda compartilhada foram feitas em famílias de classe média e alta. Além disso, a mesma autora apresenta as seguintes desvantagens: a adaptação da criança depende de muitos fatores, não apenas de um único fator; crianças de zero a cinco anos possuem maior dificuldade para se adaptar; quanto aos adolescentes há desvantagens na organização de horários; a alternância entre dois lares pode ocorrer instabilidade e a falta de confiança nas pessoas e lugares; quando em determinado momento um pai abrir mão deste modelo, pode ocasionar um impacto psicológico grande à criança; seria impossível estabelecer este modelo caso seja comprovada violência doméstica, a guarda conjunta pode despertar nas crianças o desejo de reconciliação dos pais.

Entretanto o desejo de reconciliação não depende da guarda, mas sim do diálogo aberto e franco que os pais mantêm com os filhos e entre si.

Para Bruno (2002), a guarda compartilhada pode ser usada pelo ex-cônjuge para negociar um valor mais baixo na pensão alimentícia.

Para Motta apud (GRISARD FILHO, 2002), salienta que a guarda alternada é muito semelhante a guarda compartilhada, pois a criança ou o adolescente terá lares diferentes em períodos alternados.

A guarda compartilhada se diferencia da guarda alternada, pois na guarda compartilhada os guardiões legais são os pais e outro fator determinante é o estabelecimento de uma única residência fixa, como mostramos no decorrer deste trabalho.

Entretanto ressaltamos que é marcante a confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada, cuja diferença buscamos salientar.

Tabela 2: Desvantagens da guarda compartilhada

PAIS	FILHOS
Maiores custos (moradias apropriadas);	Adaptação a duas moradias;
Permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar,	Problemas práticos ou logísticos
Constante adaptação;	
Necessidade de um emprego flexível	

Fonte: Oppenheim e Szylowicki apud (GRISARD FILHO 2002, p. 180).

Partindo desse pressuposto, percebe-se que o melhor interesse da criança na maioria dos casos apresentados não é prioridade. Quando as relações familiares com seus pais são mantidas, mesmo após o divórcio e a relação entre os pais é de cooperação e apoio, a guarda compartilhada trará resultados positivos a todos.

3.5 Fundamentação legal para aplicação da guarda compartilhada

Não existe nenhuma proibição legal para sua aplicação imediata da guarda compartilhada em nosso país. Pelo contrário, ela mostra-se possível em nosso direito segundo a Constituição Federal de 1988:

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

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

Em seu “art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

§ 5º “Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 7º-Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada.

Sobre o direito a convivência familiar diz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde impõe a família, a comunidade, a sociedade e ao poder público o dever de assegurar a criança e

ao adolescente uma convivência familiar a consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento como expõe alguns artigos:

Art.16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

V - participar da vida familiar e comunitária sem discriminações.

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

Art. 21. O poder familiar 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.

Como também o Novo Código Civil:

Art. 1589. O pai ou a mãe, cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-las e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Pelo exposto acima, pai e mãe, querendo participar no processo de desenvolvimento dos filhos estão em iguais condições. Assim a separação conjugal não significa uma restrição ao direito a conviver em família. A igualdade de direitos também está presente no exercício do poder parental em igualdade de condições por ambos os pais, impedindo que a guarda seja atribuída em razão do sexo, ela deve ser estabelecida em função do melhor interesse da criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos constatar nessa pesquisa bibliográfica, as mudanças ocorridas nas configurações familiares. Portanto, hoje não temos mais o modelo de família totalmente patriarcal. O que se percebe hoje são novas configurações familiares, a autoridade é compartilhada entre os pais, as mulheres são mais independentes, trabalham, não se ocupam apenas com a criação dos filhos.

Dados estatísticos revelam que o homem vem cada vez mais buscar assumir papéis que eram restritos à mulher, tendo ao seu redor questões mais complexas, assumindo um importante papel na vida dos filhos, para os quais não estavam preparados libertando-se da tradição machista, revelando-se mais sensíveis e dedicados. Por outro lado, a mulher está dando prioridade a outros projetos de vida, disputando o mercado de trabalho, abdicando do papel de rainha do lar e alcançando a sua autonomia e independência financeira e conquistando a igualdade plena de direitos em relação ao homem. O envolvimento dos pais na criação dos filhos tem os levado a lutar mais pela guarda e a compartilhar as decisões sobre os filhos.

Diante disso, evidencia-se que a guarda compartilhada tem algo a oferecer, visto que é um sistema jurídico capaz de unir os pais, ou tentar diminuir os conflitos, por se tratar de um modelo de guarda que atenda a exigências dos novos tempos. Como vimos no decorrer do trabalho, a guarda compartilhada se sustenta a partir da cooperação e do diálogo entre os pais, dividindo as responsabilidades, oportunizando aos pais mais

espaço para outras atividades, como também possibilitando a reconstrução de suas vidas, opondo-se ao modelo de guarda única. Ela promove um estímulo ao convívio entre pais e filhos.

Além disso, quando um dos genitores é afastado do convívio com o filho, em função do exercício da guarda única, com as visitas regulamentadas a cada quinze dias, menor oportunidade a criança ou o adolescente terá de receber amor, carinho, afeto e educação por parte do genitor não guardião, como também a criança não poderá demonstrar suas feições. Na guarda única a autoridade acaba se concentrando na mão de um dos genitores, onde o outro acaba perdendo espaço na vida do filho, onde sua imagem pode ser alterada de forma negativa.

Diante do processo de divórcio, a criança reage com sentimentos de choque, angústia, tristeza (SOUZA, 2000), pois estas perdem seus principais referenciais, pai e mãe. Portanto na guarda compartilhada estes sintomas são reduzidos pela presença constante dos pais.

Evidenciamos, que a guarda compartilhada tem ampla sustentação do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Constituição Federal de 1988, pois privilegia e defende os interesses da criança e do adolescente além de buscar alternativas para que seu desenvolvimento se de da melhor forma possível, pois garante a convivência familiar, princípio importante para seu desenvolvimento social e psicológico.

Como vimos no decorrer do trabalho a guarda compartilhada se sustenta através da cooperação e do diálogo entre os pais, dividindo as responsabilidades, subsidiando a eles mais espaços para outras atividades, como também possibilita a reconstrução de suas vidas, opondo-se a ao modelo de guarda única.

Pensamos que os pais litigantes devem ser advertidos e esclarecidos da necessidade de participação de ambos na vida dos filhos, dessa forma o assistente social no Judiciário pode auxiliá-los afim de que cheguem a uma maior comunicação e ao encontro de soluções mais positivas para toda família, levando sempre em consideração o melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Novo Código Civil**. Senado federal. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e publicações, 2002.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069/90. Florianópolis: 1994.

BEMFICA, Inês De Fátima. **Aspectos Psicológicos da Guarda Compartilhada no Direito brasileiros**. Dissertação do programa de pós-graduação em engenharia de produção. UFSC, Florianópolis: 2001.

BRUNO, Denise Duarte. **Guarda Compartilhada**. Revista Brasileira de Direito de Família. 2002.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Antonio fabris. 2000.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

COSTA, Demian Diniz. **Famílias Monoparentais, Reconhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: Aide. 2002.

DOLTO, Françoise. **Quando os Pais se Separam**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1991.

GOBBI, Shainne Matar. **Plausibilidade da Guarda Compartilhada Face Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia do curso de direito. Espírito Santo. 2003.

GRISARD FILHO, Waldir. **A Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: A Situação Jurídica de Pais e Mães Solteiros, de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura na Vida Conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed. Ver. Atual. e ampl. 2003

MIOTO, Regina Célia Tamasso. **Família e Serviço Social: Contribuição para o debate**. **Revista Serviço Social e Sociedade**. nº 55. São Paulo: Cortez, 1997.

NICK, Sergio Eduardo. **Um novo Enfoque no Cuidados aos Filhos de Pais Separados ou Divorciados**. Monografia de Conclusão de curso de Pós-Graduação. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, RJ, 1996.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada Sob Enfoque dos Novos Paradigmas do direito de família.** Rio de Janeiro: LUMEN JURIS. 2005.

SILVA, Evani Zambon Marques da. **A Paternidade Ativa na Separação conjugal.** São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

SILVA, Evandro Luis. **Os Efeitos do Tipo de Guarda, Compartilhada ou Exclusiva Legal ou de Fato-no Dinâmico da Criança: Estudos de casos.**Dissertação do Programa de Pós-graduação em Psicologia.UFSC, Florianópolis. 2003.

SOUZA, Rosane Mantilla de. **Depois que papai e mamãe se separaram: um relato dos filhos.** Psic.: Teor.e pesq., Dez 2002, vol.16, no.3, p203-211.

ANEXOS

ANEXO A

PROJETO DE LEI Nº. 6.315, DE 2002.

(Do Sr. Feu Rosa)

Altera dispositivo do novo Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Art. 2º 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. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A proposição que ora apresento tem por objetivo alterar o novo Código Civil que não dispôs sobre a guarda compartilhada dos filhos pelos pais, em caso de separação judicial ou divórcio.

Minha proposta é que, obviamente, só haja possibilidade de tal tipo de guarda se a separação ou divórcio forem consensuais, caso contrário, as crianças estarão ainda mais vulneráveis em meio a discussões sobre onde e com quem devem ir a algum lugar.

A guarda compartilhada gera um tipo de situação que, se bem administrada pelos pais gera lucros aos filhos, caso contrário, poderá resultar em verdadeiro caos, com prejuízos emocionais terríveis para quem não tem ainda formada a personalidade.

Sou de opinião que o Código já poderia ter aberto mais essa possibilidade aos casais que se separam, razão pela qual conto com o apoio dos ilustres Pares para a conversão deste projeto em lei.

Sala das Sessões, em 18 de Março de 2002.

Deputado FEU ROSA

ANEXO B

PROJETO DE LEI Nº 6.350, DE 2002.

(Do Sr. Tilden Santiago)

Define a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

“Art. 1583.....

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

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.”

Art. 3º O Art. 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

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

Art. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

JUSTIFICAÇÃO

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.

Segundo o magistério da Dra. Sofia Miranda Rabelo, da UFMG e da Associação “Pais Para Sempre”, a guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade.

A justificativa para a adoção desse sistema está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

A continuidade do convívio da criança com os ambos pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável. Por isso, não se pode manter sem questionamentos, formas de solucionar problemas tão ultrapassados.

É preciso diferenciar os tipos de guarda para evitarem-se confusões na determinação daquela que parece mais adequada. São quatro modelos de guarda de filhos: guarda alternada, guarda dividida, aninhamento ou nidação e guarda compartilhada.

A *Guarda alternada* caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. A jurisprudência a desabona, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

A *Guarda dividida* apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a 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, e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

O *Aninhamento ou nidação* é um tipo de guarda raro, 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, por isso pouco utilizada.

Finalmente, a *Guarda Compartilhada* ou *conjunta* refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se

evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação como pai e mãe, havendo como co-participação em igualdade de direitos e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem estar dos filhos, são benefícios grandiosos que a nova proposta traz às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, *stress* e desgastes.

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

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

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.

Timidamente, alguns tribunais brasileiros passaram a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, a definição e o estudo específico do tema é de extrema importância para que os juízes possam se orientar e decidir respeitando o interesse do menor.

É o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores. O equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família.

Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreça a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procuram-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição equitativa da autoridade parental.

A guarda “exclusiva”, “única” cede lugar às novas modalidades de guarda *alternada*, *dividida*, e finalmente *compartilhada* ou *conjunta*.

Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada (*joint custody*). A idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda América do Norte. O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos. A *American Bar Association* – ABA criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores (*Child Custody Committee*). Há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987. a nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

Nosso Projeto é simples, apenas definindo a guarda compartilhada e tornando-a o sistema recomendável, sempre que possível, por avaliação do juiz.

Ao propor este Projeto, louvo a iniciativa da Associação Pais para Sempre, do Apase Brasil - Associação de pais Separados do Brasil, movimentos de cidadania para o reconhecimento dos direitos deveres daqueles pais e mães, que mesmo após o rompimento conjugal, querem manter o relacionamento com os filhos, além de poderem exercer suas responsabilidades e obrigações. A separação e o divórcio devem acontecer somente entre os pais, não entre pais e filhos.

Por ser inegável avanço, que protegerá a família brasileira, conclamo meus Ilustres Pares a aprovarem esta proposição.

Sala das Sessões, em de de 2002.

Deputado TILDEN SANTIAGO