

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA DE PRODUÇÃO
COM ÊNFASE EM PSICOLOGIA DAS INTERAÇÕES SOCIAIS**

**ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA
COMPARTILHADA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

INÊS DE FÁTIMA DA COSTA BEMFICA

Florianópolis - 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA DE PRODUÇÃO
COM ÊNFASE EM PSICOLOGIA DAS INTERAÇÕES SOCIAIS**

**ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA
COMPARTILHADA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Orientador: Dr. Kleber Prado Filho

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Engenharia de Produção.

Florianópolis - 2001

INÊS DE FÁTIMA DA COSTA BEMFICA

ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO
BRASILEIRO

Esta dissertação foi julgada e aprovada para a Obtenção do título de Mestre em Engenharia de Produção no Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção com ênfase em Psicologia das Interações Sociais da Universidade Federal de Santa Catarina

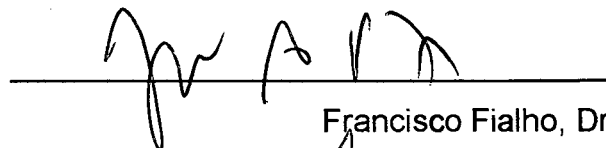
Florianópolis,


Coordenador do Curso

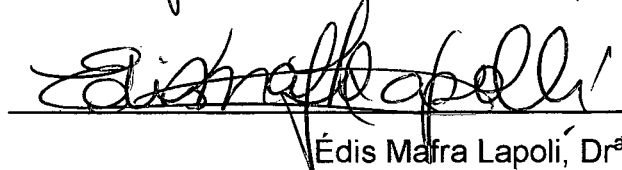
BANCA EXAMINADORA:



Kleber Prado Filho, Dr.



Francisco Fialho, Dr.



Édis Mafra Lapoli, Dr^a.

HOMENAGENS

Aos meus pais, Mário Vani Bemfica e Inês da Costa Bemfica, que sempre me ensinaram a ser simples e confiante, dando-me, com isso, suporte para alcançar as minhas metas;

Aos meus irmãos, que sempre torceram pela minha vitória, incentivando-me e estimulando-me a vencer mais este desafio;

Àqueles que, indiretamente, passaram pela minha vida e, sem perceber, contribuíram para a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que demonstra, através da verdade, toda a Sua Onipresença, para que consigamos ter sempre atitudes corretas, harmoniosas e justas;

Ao professor Kleber Prado Filho, excelente orientador, exemplo maior de dedicação ao ensino e ao estudo, pela confiança, estímulo e valiosas recomendações que me ajudaram a desenvolver esta pesquisa, de forma decisiva para o meu crescimento e realização profissional;

Ao meu amigo e colega de jornada, professor Gilson Vieira, cujos ensinamentos e apoio muito contribuíram para o êxito deste trabalho;

Finalmente, à comadre, amiga e prima, Vânia Maria Bemfica Guimarães Pinto Coelho, a minha gratidão pelo incentivo e apoio na realização deste trabalho.

SUMÁRIO

Resumo	viii
Abstract	x
1. INTRODUÇÃO	1
1.2 Problema de Pesquisa	4
1.3 Objetivos	5
1.3.1 Objetivo Geral	5
1.3.2 Objetivos Específicos	5
1.4. Proposta Metodológica	6
1.5 Definição de Termos	6
2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	8
2.1 Da Guarda.....	21
2.2 Aspectos Gerais.....	21
2.3 Guarda Compartilhada.....	24
2.3.1 Noções Introdutórias	24
2.3.2 Noção de Autoridade Parental Conjunta.....	25
2.3.3 Origem da Guarda Compartilhada	28
2.4 Os Meios de Exercício da Guarda.....	29
2.4.1 Guarda Unilateral.....	30
2.4.2 Guarda Alternada	31
2.4.3 Guarda Concedida a Terceiros	33
2.5 A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro.....	34
2.5.1 Introdução	34
2.5.2 A Atribuição da Guarda na Lei Atual	36
2.5.3 Bases Jurídicas à Guarda Compartilhada.....	37
2.5.4 Conseqüências da Guarda Compartilhada	41
2.5.5 Fundamentos Psicológicos da Guarda Compartilhada	48
2.6 Vantagens e Desvantagens do Modelo	53
2.6.1 Vantagens Desse Novo Modelo de Guarda	53
2.6.2 Desvantagens Desse Novo Modelo de Guarda	62
3. METODOLOGIA	68

4. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS	71
5. CONCLUSÕES E SUGESTÕES PARA FUTUROS TRABALHOS	83
5.1 Conclusão	83
5.2 Sugestões Para Futuros Trabalhos	86
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88
ANEXOS	

RESUMO

Procuraremos, no presente trabalho, trazer a debate a questão da guarda compartilhada no Brasil, tendo em conta que está surgindo um novo enfoque de atendimento aos casais separados ou divorciados, bem como a seus filhos.

O objetivo desta pesquisa é avaliar e sugerir a aplicabilidade deste modelo no Brasil, uma vez que o mesmo possibilita a busca de acordos que contenham a participação direta de ambos os ex-cônjuges.

Enquanto a família permanece física e emocionalmente unida, não surgem questões relativas à guarda de filhos menores. Estas, porém, afloram, tão logo apareçam os primeiros sinais de discórdia. A desunião dos pais, resultante da separação ou do divórcio, ou da dissolução da sociedade de fato, redistribui os papéis e as funções, até então, exercidas conjuntamente, atingindo diretamente os filhos, que, a partir deste momento, não mais continuarão a conviver com pai e mãe juntos.

A fixação da guarda, após a dissolução da sociedade conjugal ou do casamento, é de elevada e delicada importância no direito de família, pois envolve diretamente a vida do menor, pessoa em desenvolvimento, tratado, geralmente, com egoísmo pelos pais e como objeto da própria disputa que travam no pleito da separação.

As transformações sociais sentidas, que determinam mudanças comportamentais nas relações familiares, exigem aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção de menores.

Com esta moldura, entendemos que a guarda compartilhada apresenta-se como opção adequada à solução dos conflitos relativos à guarda do filho menor.

Assim, ao se tratar da guarda de filho menor, não há lugar para rigidez formal nem para hábitos, que possam mascarar os preceitos constitucionais da igualdade e da liberdade dos cônjuges, referentemente à sociedade conjugal, e obscurecem o exercício de uma paternidade responsável.

Fizemos um estudo da legislação brasileira e chegamos à conclusão de que a guarda compartilhada, apesar de não implementada, encontra, em nosso direito, ampla admissibilidade, seja à vista do texto constitucional, seja com amparo na Lei do Divórcio, seja, enfim, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que esses diplomas privilegiam, fazendo eco com os modelos internacionais, os melhores interesses da criança, como sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento.

ABSTRACT

We try, in this present work, to bring to discussion the matter of the guardianship in Brazil, considering that its emerging new kind of attendance to separated or divorced couple, as well as, to their children.

The proposal of this research is evaluate and suggest the applicability of this model in Brazil, as it brings the possibility to come to terms in which both former consorts have direct participation. As long as the family is emotionally and physically together, there isn't any dispute related to the guard of the minor children. These matters appear as the first signs of disagreement arise.

The disunion of the relatives, resulting from separation or divorce, or even the dissolution of the marriage society, distributes again the roles and the functions in which, until now were practiced by both parents together, affecting directly the children, who, from now on, won't live with father and mother together any more.

The determination of the guard, after the dissolution of the marriage is of extreme and delicated importance in the family rights, as it reaches the minor domain, who is a person in growth, and that becomes object of dispute by the selfishness of the relatives during the separatiuin.

The social transformations which determinat the social chages in the familiar relationship demands the improvement of the protection mechanisms of the minor.

Through this view, we understand that, the guardianship appears as na adequated aption to the solution of conflicts related to the minor child.

This way, referring to the guardianship of the minor child, there is no place to the formal rigidity, nor to the habits which masks the standardized

constitutional precepts of equality and liberty of the couple, referring to their society, and beclouds the practice of a responsible paternity.

We have made a study of the Brazilian legislation and have concluded that our laws, large acceptance by the constitutional text, being this, with the support of the divorce law, or, finally, by the child and teenager statute, once these diplomas have privileged, making eco with the international model, the best interests of the child as subject of the rights and as a person in growth.

1. INTRODUÇÃO

O tema que ora se apresenta enfoca a questão da guarda de filhos menores, após a dissolução do vínculo conjugal. Para tanto, propõe-se abrir o debate em torno da possibilidade de inserção, no ordenamento jurídico prático, de um novo modelo de responsabilidade parental no Direito Brasileiro: a guarda compartilhada.

Buscou-se, primeiramente, expor a delimitação conceitual do poder parental, acompanhando sua evolução, bem como as controvérsias surgidas, quando da necessidade de adaptações necessárias às mudanças históricas.

Passando-se, em seguida, para a abordagem propriamente dita da questão da guarda e proteção dos filhos menores, verificou-se que, na doutrina nacional, o tema não tem recebido as atenções de estudos específicos.

A guarda compartilhada não foi sistematizada pelo Código Civil, como estruturadas foram a tutela e a curatela, nem pela Jurisprudência. O Código Civil a ela se refere como dever comum dos cônjuges, ao efeito do casamento, e como atributo do pátrio poder. Entretanto, fora regulada ao cuidar do destino dos filhos menores, na dissolução da sociedade conjugal. Os dispositivos a ela pertinentes foram, depois, revogados pela Lei do Divórcio, que passou a regular inteiramente a matéria, sem agredir o sistema originariamente traçado pelo Código Civil.

Verificou-se que a evolução social, em seus múltiplos espectros, determinou significativas mudanças no sistema familiar. Se houve transformação no modelo da família codificada, se o modelo contemporâneo de família e suas relações intrapessoais é diferente dos precedentes, torna-se

evidente a necessidade de se considerar, também, um modelo diferente para o cuidado dos filhos de pais que não convivem maritalmente.

Na realidade presente, a sistemática atribuição da guarda a um só dos genitores, critério legal, doutrinário e jurisprudencial, aceito até então sem contestações, enfrenta questionamentos, como uma necessidade de todos os envolvidos. A clássica atribuição da guarda única, uniparental, não privilegia a manutenção dos laços afetivos que vinculam os pais a seus filhos, enquanto rompe o elemento convivência, essencial para a boa formação moral dos menores. Por isso é vivamente criticada. Atualmente, procura-se estabelecer uma co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação anterior, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incertezas a que se submete com a desunião dos pais.

Inspirados pelos melhores interesses da criança e pela igualdade dos gêneros, os Tribunais passaram a propor acordos de guarda compartilhada, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações do menor com seus dois genitores, mantendo, apesar da ruptura conjugal, a família parental, propiciando o exercício comum da autoridade que dela deriva e reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões importantes relativas aos filhos menores. Sua noção surgiu dessa necessidade de se reequilibrar os papéis parentais perante a perniciosa guarda exclusiva e de garantir os melhores interesses do menor, pela definição de ambos os genitores, do ponto de vista legal, como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos, tal como faziam na família intacta.

Por um lado, revaloriza o papel da paternidade e da maternidade; por outro, traz ao centro das decisões o destinatário desse instituto, o menor, para

oferecer-lhe um equilibrado desenvolvimento físico e mental e, ao mesmo tempo, garantir-lhe a participação comum de seus dois pais em seu destino. A guarda compartilhada é a aplicação da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução aconselhável, como reconhecem a Doutrina e a Jurisprudência de outros países.

Esse novo modelo de cuidado (e justiça) aos filhos de pais separados ou divorciados opõe-se ao modelo adversarial típico do cotidiano de nosso foro. É modalidade com a qual ainda não estamos habituados, apesar de a experiência alienígena ter demonstrado ser mais vantajosa ao bem-estar do menor. Seu desuso decorre da escassez de abordagem na Doutrina e na Jurisprudência nacional ou da omissão da lei? A análise de cada uma dessas circunstâncias nos permitirá determinar a possibilidade jurídica desse novo modelo de guarda no Direito brasileiro, desvendar suas vantagens e desvantagens, de modo a precisar qual melhor atende aos interesses dos menores na família pós-divórcio e que dá vida ao preceito constitucional da igualdade parental. Nessa quadra, em que é difícil predizer, com certo grau de certeza, quem é o mais indicado para deter a guarda, o Direito não pode prescindir dos conhecimentos de outras ciências, principalmente das que estudam aspectos humanos.

Para tanto, buscou-se, num primeiro momento, conceituar o poder parental, fixar seu conteúdo, identificar os critérios de determinação da guarda, conhecer suas modalidades e exercício nas diversas situações de desunião dos genitores. Num segundo momento, procurou-se estabelecer a noção do

novo modelo de guarda, seus precedentes internacionais no contexto de diversos sistemas estrangeiros, e estabelecer sua possibilidade jurídica no sistema nacional e suas conseqüências, através do exame da lei atual, da Doutrina e da Jurisprudência. Num terceiro momento, buscou-se estudar comparativamente quatro casos com encaminhamentos diferenciados, na tentativa de compreender as conseqüências psicológicas para os envolvidos.

Esse novo modelo de guarda prioriza a manutenção do vínculo afetivo, o contato regular e ininterrupto entre o genitor não-guardião e seu filho, como valores primordiais na família contemporânea, que transpõem a barreira do simples direito de visita. Pais e filhos não se visitam, convivem!

1.2. Problema de Pesquisa

A proposta da guarda compartilhada, que se reveste de fundamental importância na virada do século, vem conquistando adeptos, na medida em que privilegia a continuidade da relação da criança com o pai e a mãe, após a ruptura, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor, assegurando aos filhos o direito a ter os dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração, e ficando mantida a ligação emocional com os dois genitores.

A ruptura da sociedade conjugal não precisa, necessariamente, vir acompanhada de frustração e incompatibilidade, como é regra na sociedade brasileira.

Se o interesse do menor deve prevalecer, a guarda compartilhada preenche de forma notável o aspecto emocional do menor, favorecendo, portanto, seu desenvolvimento psicológico, intelectual e físico com menos traumas e ônus, próprios da guarda unilateral.

Partindo desta análise, o problema de pesquisa deste estudo pode assim ser definido: quais as vantagens psicológicas da guarda compartilhada, na vida do filho menor?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo Geral

Verificar aspectos jurídicos e psicológicos desse novo modelo de guarda no Direito brasileiro, desvendando suas vantagens e desvantagens, de modo a precisar qual melhor atende aos interesses dos menores na família pós-divórcio e que dá vida ao preceito constitucional da igualdade parental.

1.3.2 Objetivos Específicos

- a. Analisar aspectos legais referentes ao problema da guarda de filhos.
- b. Analisar aspectos quanto à manutenção do vínculo afetivo.
- c. Verificar aspectos referentes ao papel da paternidade e da maternidade, garantindo ao menor a participação comum de seus dois pais, em seu destino.

1.4 Proposta Metodológica

Tendo em vista a busca de soluções à guarda de menores, considera-se esta pesquisa caracterizada em estudo comparativo de casos.

O trabalho que ora tenho a honra de prefaciar situa-se, exatamente, no limiar de uma nova tendência que colore o mundo familiarista brasileiro.

A abordagem comparativa oferece condições de analisar os aspectos que correspondem à questão tormentosa da guarda unilateral e por terceiros para, finalmente, concluir pela excelência da guarda compartilhada.

A pesquisa comparativa resgata, em sua essência, o marco divisor de duas tendências: a do adultocentrismo, determinante de propostas dominadas pelo interesse egoístico dos pais, já defasada, e a do predomínio dos interesses da criança, onde a ternura e afetuosidade se sobrepõem ao meramente legal, em prova manifesta de que se inicia uma nova era no que se refere à guarda do filho menor.

Neste sentido, foram selecionados, para estudo, quatro casos, nos quais a guarda de menores recebeu encaminhamento diferenciado.

1.5 Definição de Termos

Para Elias (1999, p. 5), pátrio poder é um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade.

Como afirma Leite (1999, p. 245), guarda de filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever que compete aos pais, ou a cada um dos cônjuges, de ter o filho em sua companhia nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil.

Segundo Leonel (1999, p. 258), guarda alternada é uma maneira de resolver a situação particular de pais separados que passaram a residir em locais muito distantes. Nessas circunstâncias, fica estipulado que os filhos residam um ou dois anos com um dos pais e em igual período subsequente com o outro genitor.

Para Grisard Filho (2000, p. 72), guarda unilateral é quando a guarda é confiada a um só dos pais.

O termo dupla custódia, como Wallerstein e Blakeslee (1991) denominam a guarda compartilhada, seria a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais diversos.

A custódia legal refere-se a um acordo no qual os pais dividem as responsabilidades e as principais decisões relativas aos filhos, inclusive a instrução, a educação religiosa, os problemas de saúde, e, às vezes, o local de residência.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Segundo Leite ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 112), a guarda compartilhada é "um dos meios de assegurar o exercício da autoridade parental que o pai e a mãe desejam continuar a exercer na totalidade conjuntamente". Ela nasceu há pouco mais de 20 anos, na Inglaterra, e, de lá, trasladou-se para a Europa continental, desenvolvendo-se na França. Depois, atravessou o Atlântico, encontrando eco no Canadá e nos Estados Unidos. Presentemente, desenvolve-se na Argentina e no Uruguai.

Em uma situação de separação ou divórcio, é sistemática a outorga da guarda a um só dos genitores, critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito sem contestações. Diante de tal situação, aparece outra corrente, que questiona esse princípio, como uma necessidade de todos os personagens envolvidos, a partir de noções de outras disciplinas, como a psicologia e a sociologia.

O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova figura jurídica: a guarda compartilhada.

A outorga da guarda, pois, ainda não completou seu ciclo de evolução. Anteriormente, a lei privilegiava o pai como adjudicatário exclusivo da guarda e, depois, passou a privilegiar a mãe. Com o aporte doutrinário de outras ciências, a jurídica busca novos meios para determinar a responsabilidade parental compartilhada.

O modelo patriarcal clássico reconhecia ao pai, e não à mãe, o natural e único guardador dos filhos. Encarregava-se ele da educação escolar e

religiosa e, em troca do trabalho dos menores - estes eram importante fator de produção -, era o responsável por sua manutenção. Os filhos eram considerados propriedade do pai e isso explicava as decisões em matéria de separação, fundadas numa realidade econômica: os pais tinham melhores condições de sustentar os filhos.

A Revolução Industrial questiona essa preferência. As modificações havidas no âmbito familiar e econômico são a raiz da migração dos homens, do campo para as fábricas e oficinas, e têm como correlato encarregar as mulheres da criação e educação dos filhos. Começa o pai a desinteressar-se da atenção diária aos filhos, por entender que essa tarefa era uma responsabilidade própria da mãe. Surge a preferência legal pela guarda materna, que permanece em nossa sociedade até a década de 60, sendo o pai o provedor e sem nenhum papel direto na educação dos filhos.

Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, fato que se generaliza a partir da segunda metade deste século, mudam-se as regras, tanto no âmbito social como no familiar. Voltam os homens a assumir mais responsabilidades no lar e a querer participar mais ativamente na vida de seus filhos, incluindo os cuidados físicos.

Nesse novo contexto, os arranjos que bem definiam o pai provedor e a mãe dona de cada filho não funcionavam bem, pois desestimulavam aquele de exercer um papel parental ativo e sobrecarregavam esta com as exigências do dever de cuidar dos filhos. As falhas que os sistemas apresentavam, o movimento feminista, a facilitação ao divórcio e a aceitação da união estável

levavam à constatação sobre os efeitos benéficos do envolvimento do pai na criação dos filhos, abrindo uma nova era nos arranjos de guarda e visita.

O melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros levaram os tribunais a propor acordos de guarda conjunta, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com os dois genitores na família pós-ruptura, semelhantemente a uma família intacta. Para Leite ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 111),

"Ela mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança."

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.

Para o desembargador Pereira ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 111), a guarda compartilhada é a

"situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados. O caso mais comum será o relacionado a casais que, uma vez separados, ficariam ambos com a custódia dos filhos, ao contrário do sistema consagrado em nosso ordenamento jurídico".

Essa igualdade no exercício de suas funções parentais, anota Pereira ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 112), incentiva a participação permanente na vida dos filhos.

Para a psicóloga e psicanalista Motta ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 112),

"a guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos".

Por sua vez, o psicanalista Nick ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 112) formula essa noção de guarda compartilhada:

"O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única".

Não mais se discute sobre as perdas que a separação impõe ao menor. Eles perdem a família que sempre conheceram e, fatalmente, um dos pais. Com a guarda compartilhada, busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental, concedida sistematicamente à mãe, e de garantir o melhor interesse do menor. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado, revalorizam o papel da paternidade; por outro, trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

Buscou-se escolher um modelo novo que privilegiasse a ideia na ruptura conjugal de compartilhamento dos pais no cuidado aos filhos menores, voltado para o melhor interesse das crianças. A substituição do modelo tradicional de guarda (única), exercida sistematicamente pela mãe, por outro, que almeja preservar o "melhor nível de relacionamento entre pai e mãe, com vistas a proporcionar um desenvolvimento ótimo dos chamados "filhos do divórcio", segundo Nick ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 138), tem sido objeto de estudo e de larga utilização no Direito estrangeiro.

A escolha desse modelo de relacionamento para o casal com seus filhos é consequência da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo. Por isso, deve sempre ser cogitado como opção alternativa às soluções tradicionais e imutáveis: a guarda com a mãe, os alimentos com o pai.

Nesse passo, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois, segundo Leite ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 138),

"mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança".

Seguindo a trilha aberta pelos diplomas internacionais e pela legislação alienígena mais avançada, o Direito brasileiro igualmente elegeu o interesse do menor como fundamental para reduzir os efeitos patológicos que o impacto negativo das situações familiares conflitivas provoca na formação da criança.

Com esse norte, já se estuda no país a guarda compartilhada como um modelo que propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que esses interesses não foram negligenciados após o divórcio. As decisões mais importantes na vida do menor, como a educação, a saúde, as questões psicológicas, as atividades extracurriculares, as viagens, as férias e as do dia-a-dia são repartidas entre ambos os genitores, segundo Nick ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 139),

"ensejando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda".

Sabe-se que, para a criança, a união dos pais é física e emocionalmente necessária, já que, melhor do que os filósofos, teólogos, advogados e psicólogos, a própria criança percebe o seu vínculo com os pais como um sustentáculo em que se apóia toda a sua vida. Assim, esse apoio transforma-se numa experiência afetiva e intelectual que fornece, de maneira segura e estável, elementos para suas primeiras apreensões da realidade, que constituirão os germes de sua vida futura. Além de uma alimentação saudável

e abrigo contra as intempéries naturais, são poucas as necessidades materiais de uma criança, o mesmo podendo-se dizer de suas necessidades psicológicas que, sendo simples, são absolutas; e que, não sendo supridas, nada poderá ser encontrado no mundo para substituí-las plenamente.

A quebra do vínculo conjugal vem ameaçar essa base segura, tão importante para a formação de uma personalidade que começa a despontar, introduzindo aí uma primeira percepção de cisão na ordem das coisas, do mundo, enfim. Estando a família física e afetivamente unida, não se questiona sobre o exercício da autoridade parental, que é comum. Porém, com a ruptura da convivência familiar, bipartem-se essas funções e as decisões relativas aos filhos passam a ser tomadas unilateralmente.

Priorizados pelos documentos internacionais e pelas legislações mais avançadas, os interesses do menor, como elemento básico informativo, fundamental na resolução de quaisquer questões a eles relativas, levam juristas, médicos, psicólogos e psiquiatras a buscarem novos modelos de cuidado aos filhos de pais que não convivem e que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais que o texto constitucional definitivamente expurgou. Nessa perspectiva, a atribuição da guarda deve sempre possibilitar a ambos os genitores uma participação conjunta, igualitária e permanente no exercício cotidiano das funções parentais, garantindo um *minimum* de continuidade da situação precedente, a fim de proteger os filhos dos sentimentos de desamparo e incerteza a que a desunião lhes submete.

Assim, desde a lei, como desde a Doutrina e a Jurisprudência, como também a partir de uma perspectiva psicológica, torna-se absolutamente

necessário promover a importância das relações paterno/materno-filiais *post divorcium* com ambos os genitores e entusiasmar a estes para compartilhar direitos e responsabilidades na criação dos filhos.

Atualmente, o critério legal subministrado é o da guarda única, outorgada exclusivamente a um só dos genitores, garantindo-se ao outro o direito de visita (que, na melhor das hipóteses, é um evento forçado, repleto de sobressaltos e ansiedades). A Jurisprudência, maciçamente, sufraga essa orientação. Desse modo, o genitor que detém a guarda exerce-a plenamente no âmbito de atuação prática da autoridade parental e o outro conserva a faculdade potencial de atuação.

A situação se inverte, quando os genitores se alternam na titularidade das funções parentais, dando lugar à figura jurídica da guarda alternada. Mesmo assim, a freqüente e prestigiada guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

A moderna Doutrina adverte que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor. Ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e idéias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só instabilidade emocional e psíquica, como também um descontínuo afetivo, espacial e social. Já uma outra vertente vê na guarda alternada a vantagem de permitir ao menor manter relações estreitas com os dois genitores. Considerando os melhores interesses do menor, a Jurisprudência tende a estabelecer o exercício conjunto da parentalidade como regime básico. A sistemática de outorga da guarda a um só dos genitores é questionada ante o desejo de ambos os pais participarem, na mesma medida e na mesma

intensidade, da criação e da educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais.

O interesse dos menores e a igualdade dos gêneros levaram os Tribunais a proporem acordos de guarda compartilhada, como resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois genitores na família dissolvida, semelhantemente (pelos menos em idéia) a uma família intacta. O reconhecimento dessa igualdade dos genitores, no exercício de suas funções parentais, incentiva a participação permanente na vida dos filhos. Do ponto de vista jurídico, a guarda compartilhada é a que define os dois genitores como detentores legais do mesmo dever de guardar seus filhos. Nela, os pais têm equivalente autoridade legal para tomar todas as decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, enquanto dividem as responsabilidades. A essência desse modelo está refletida na palavra cooperação, já que livremente e por mútuo consentimento os pais geraram filhos, não podendo se desfazer, portanto, das responsabilidades integrais sobre a vida desses filhos. O caráter conjunto do ato da concepção dá aos filhos o direito a ter pai e mãe.

No plano internacional, reconhece-se não só o interesse do menor como primordial para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, como se lhe assegura, quando separado de um ou de ambos os pais, o direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com o pai e a mãe. Ao mesmo tempo, proclama-se a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e se impõe aos pais obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados por seus dois pais.

No Direito comparado, prevalece o sistema de exercício conjunto como princípio geral, reequilibrando os papéis parentais e colocando o menor no centro da questão, não mais importando o interesse dos pais.

No plano legislativo interno, as diretivas internacionais, dominadas pela idéia dos superiores interesses do menor e da igualdade dos direitos e deveres conjugais, vêm pontuadas em expressivos dispositivos de nossa Constituição Federal, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei do Divórcio. A atribuição da guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, obedece a parâmetros predeterminados pelo legislador, que cedem, entretanto, ao princípio dos melhores interesses do menor.

Dos mais significativos o artigo 13 da Lei do Divórcio. Por ele, pode o juiz, a qualquer tempo, havendo motivo grave e a bem dos filhos, regular a guarda por maneira diferente da estabelecida em dispositivos precedentes da mesma lei, desfazendo todas as outras regras. Nesse passo, a lei arma o juiz de importante instrumento para a solução que melhor cumpra ao primado dos melhores interesses do menor. Revela o dispositivo que a determinação da guarda, então, atende a peculiaridades próprias e objetivas de cada caso em particular.

Embora não seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso Direito, arrimada em dispositivos que lhe são francamente favoráveis: artigos 225, § 5.º, e 229 da CF; artigo 21 do ECA; artigo 13 da Lei do Divórcio, quando o modelo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade cotidiana, ao outorgar sistematicamente a guarda única, nega o princípio constitucional da equitatividade no exercício da autoridade parental e à criança o direito a ter

dois pais. É tempo de quebrar o gesso das estruturas moldadas à exclusão de elementos estranhos ao seu objeto.

Se por um lado não existem regras proibitivas à aplicação desse novo modelo, de outro, nem a Doutrina e a Jurisprudência o repelem. Ao contrário, vez por outra, como se observa na Jurisprudência indicada ao longo do texto, desaplaudem a guarda alternada, arranjo de visita e acesso da guarda única. Mostra-se a guarda compartilhada como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda única, que frustra a adequada convivência do menor com o genitor não-guardião. Assim é que ao menor deve-se determinar uma única residência, como centro de apoio e referencial às suas atividades externas, onde finque suas raízes físicas e sociais. A determinação do local de residência do menor gera a estabilidade que o Direito deseja para o filho. A residência fixa é elemento que confere ao genitor guardião o meio de exercício de sua função, definindo o espaço de ambos os genitores ao exercício de suas funções parentais.

A guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos. Na guarda única, quanto mais é afastado do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão alimentícia. O direito de visita surgiu em nosso Direito através do Dec. 9.701/46, posteriormente incorporado ao Código Civil pela Lei 4.121/62, posteriormente revogado e reproduzido pelo artigo 15 da Lei do Divórcio. No Projeto de Código Civil não se verifica

alteração, mantendo-se, como sempre foi, como um direito acessório na questão da separação e do divórcio.

Diante disso, costuma-se falar em direito de visita, unicamente, e não no de ser visitado, talvez porque a lei só mencione como sujeito ativo "os pais em cuja companhia não estejam os filhos". Como sujeito de direitos, o menor é titular do direito a manter uma adequada comunicação com ambos os pais, de ter a companhia de seus genitores, direito de ter o amor de um pai, ou mãe, ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai e da mãe. Garantir uma adequada comunicação entre pais e filhos é cumprir o propósito constitucional de proteção da família, surgida ou não do casamento.

Todos os arranjos de visita e acesso assentam-se na continuidade do relacionamento entre genitor e filho, sem a exposição do menor ao conflito conjugal. Em tal contexto, a guarda compartilhada serve para reequilibrar os direitos do genitor não-guardião com os do genitor guardião, permitindo a ambos participarem ativamente na educação da criança. A guarda compartilhada, assim, não requer a regulamentação da visita.

Os pais são, em regra, solidariamente responsáveis pelos atos danosos praticados por seus filhos menores, enquanto convivam. Na constância do casamento há uma presunção *juris tantum* de responsabilidade, que se relaciona com o pátrio poder, que dá ao pai e à mãe o direito e o dever de velar constantemente por seus filhos e preservar-lhes as faltas, seja pela vigilância que exercem, seja pela educação intelectual e moral que estão incumbidos de lhes dar.

Atribuída a guarda única, será responsável o que a exerce, por erro na educação ou falha na vigilância. Essa é a solução para a maioria dos casos,

salvo se ao produzir-se o evento danoso o filho estivesse aos cuidados do outro. Tratando-se de guarda compartilhada, pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda compartilhada é construída sobre esse pressuposto). Em havendo dano, a presunção de erro na educação e falha na fiscalização, recaem sobre a responsabilidade de ambos os genitores.

A questão da guarda de filhos transborda em problemas psicoemocionais. Ela é um estágio na vida familiar precedida de uma crise e seguida de fortes mudanças estruturais. Os filhos passam a um plano secundário na disputa entre seus genitores. Sobram-lhes problemas psicológicos. Lidando com pessoas, a singularidade de cada qual não pode ser ignorada. Faz-se necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações familiares e sociais.

Nessa perspectiva, o Direito não pode prescindir do conjunto de conhecimentos oferecidos por outras ciências, para bem dispor sobre um equilibrado relacionamento, quer entre os ex-cônjuges, quer entre estes e seus filhos. Torna-se imperioso pesquisar maneiras de garantir um relacionamento harmonioso da co-parentalidade e que minimizem as perturbações psicoemocionais que emergem do divórcio. Pesquisas realizadas nos Estados Unidos revelam que as deformações psicológicas criadas nos filhos resultantes de divórcios – não esquecendo que há deformações oriundas de outras situações – são, por vezes, muito mais graves do que as deformações físicas criadas pela poliomielite. Bem compreender o processo relacional dos sujeitos envolvidos, nos ambientes familiar e social que vivenciaram, e as transformações que se operam em suas individualidades é tarefa de que se

deve ocupar a pesquisa social. O estudo procedido por equipe interprofissional poderá fornecer ao juiz elementos informativos para a determinação da guarda.

Havendo, então, a possibilidade de dar guarida para um novo sistema de guarda - compartilhada - no Direito brasileiro, através dos instrumentos legais e práticos apontados neste trabalho, é o caminho correto para que não se continue mitigando, através de sistemas que já se revelaram insatisfatórios, um problema cuja solução só viria acarretar vantagens aos filhos menores, que são os destinatários de uma solução tanto mais humana quanto real, ao seu direito de conviver com ambos os pais, após a ruptura do vínculo conjugal.

Seria, então, desejável que a lei elegesse esse novo sistema como paradigma, preferencial, permitindo aos juízes aplicá-lo onde se considere benéfico para o grupo familiar, rejeitando dessa maneira as duas correntes extremas: a que vê a guarda compartilhada como panacéia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita e a oposta, que nem sequer a admite.

Na medida em que a sociedade e os juízes aceitam que, em caso de ruptura, ambos os pais estão *a priori* habilitados à criação dos filhos, a guarda compartilhada, por certo, fomentará um melhor vínculo entre os componentes das famílias transformadas, fará justiça aos filhos de pais que não mais convivem, aumentando a responsabilidade parental.

2.1 Da Guarda

2.2 Aspectos Gerais

A guarda é um dos elementos inerentes ao Pátrio Poder, que se encontra previsto no art. 384, II, do Código Civil.

É uniforme o entendimento doutrinário de que a guarda dos filhos não é da essência, mas sim da natureza do Pátrio Poder. Se possível fosse escalonar em ordem de importância todas as prerrogativas desse “poder/dever”, estabelecidas nos diversos incisos do referido artigo, provavelmente a guarda estaria colocada no ápice, posto que é a ela intrínseca a companhia e a possibilidade de ser aos filhos menores exigida prestação de obediência e respeito e a execução de serviços próprios de sua idade e condição, assim como a reclamação contra quem ilegalmente os detenha. Da mesma forma, embora não impossível, difícil de efetivação prática a hipótese de “dirigir-lhes a criação e educação” por quem não é o detentor da guarda. Demais tributos, como, por exemplo, conceder ou negar consentimento para casamento, nomeação de tutor por testamento, representação ou assistência e administração de bens, não são típicas a todos os menores, exigindo situações resolutivas específicas, como disponibilidade patrimonial, vontade de contrair núpcias, etc.

Em que pese toda esta importância dentro das prerrogativas do Pátrio Poder, óbvio é que, por inúmeras circunstâncias, nem sempre a guarda pode ser exercida pelos genitores biológicos, sendo hipóteses mais comuns a carência de recursos materiais; o falecimento ou doença grave dos pais; o abandono; viagens prolongadas dos genitores; filhos de relações extra matrimoniais, como aquele que ficou com a guarda (normalmente a mãe, contraindo matrimônio ou iniciando união com outrem), resultando que muitas vezes, por incompatibilidade da criança com o (a) novo (a) companheiro (a),

prefere ela ficar morando com parentes próximos (avós/tios), e, com concordância paterna ou materna, continua sob a guarda fática destes.

Nestas circunstâncias, culmina que a assistência material, moral e educacional é exercida, na prática, pelo guardião, de fato ou legal, sem prejuízo da responsabilidade alimentar dos genitores, nas hipóteses em que tal for possível. Assim, estando o filho menor sob a guarda de terceiros, os pais não estão privados do Pátrio Poder, mas apenas do gozo e fruição de um de seus atributos.

No direito brasileiro, há duas outras formas das quais pode advir a guarda de menores. São elas:

- * A guarda face à separação de direito ou de fato entre os pais;
- * A guarda de menores de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu art. 19, ser direito fundamental da criança e do adolescente viver, ser criado e educado no seio de sua família natural, e, por exceção, quando esgotados todos os meios de manutenção na família de origem, ser colocado em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda é a forma provisória de colocação do menor em família substituta, com o fito de posterior adoção. Porém apenas a guarda, desprovida deste intuito, poderá ser concedida em caráter excepcional. Atinge as crianças e adolescentes que, por abandono dos pais ou orfandade, têm esta necessidade.

Entende-se por família natural, com fulcro no art. 25 da Lei n.º 8.069/90, a comunidade formada por seus pais ou apenas um deles e seus descendentes, unidos por laço de consangüinidade. Em consonância com a

atual Carta Magna, tal conceito abrange a família constituída ou não pelo instituto do casamento.

Ressalte-se que, em ambos os casos, o conceito de guarda permanece o mesmo. Assim sendo, em caso de separação dos genitores, aquele que não detenha a guarda continua exercendo a “potestas”. Excetuam-se as hipóteses de suspensão e perda da autoridade parental. Por sua vez, quem detiver a guarda de um menor desassistido nem por isso se investe em faculdades inerentes ao Pátrio Poder.

Segundo Oliveira, (“apud” Salles Karen Ribeiro, 2001, p.57),

“Note-se que, na hipótese de guarda decorrente de separação ou divórcio dos pais, esta não pode ser denominada de família substituta, que é conceito que se contrapõe ao de família natural. Neste caso, o menor não sai do seio da família natural para uma família substituta, mas permanece na companhia de um dos pais”.

2.3 Guarda Compartilhada

2.3.1 Noções Introdutórias

Segundo Grisard Filho (2000, p.103), enquanto a família, legítima ou natural, permanece física e afetivamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro a um papel

verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização). Quer isso dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação.

Na realidade presente, começa-se a questionar o denominado "instinto maternal", quando a mulher, notadamente a partir da segunda metade deste século, reconhece para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu "instinto paternal", sem perder sua masculinidade, tornando-se mais responsável e mais envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente, procura-se estabelecer a co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Deve ele saber que não é causa disso, mas sobre ele recaem os efeitos.

Essas mudanças comportamentais provocaram o surgimento de novas fórmulas de guarda capazes de assegurar a pais desunidos o exercício da parentalidade em igualdade de condições.

2.3.2 Noção de Autoridade Parental Conjunta

Como afirma Salles (2001, p. 86), o poder paternal pertence a ambos os pais, quer na constância do matrimônio (ou sociedade de fato), quer rompido o laço de união do casal. Os pais devem exercê-lo de comum acordo e, se este faltar, em questões de particular importância, qualquer dos genitores poderá recorrer à esfera jurisdicional.

A noção de autoridade parental conjunta surgiu a partir das críticas que são feitas ao atual sistema legal de imposição do matriarcado.

São elas:

a) contesta-se a primazia reconhecida à mãe em relação ao direito de ser sempre detentora legítima da guarda, induzindo ao entendimento de que a separação dos pais provoca a separação dos filhos;

b) a ruptura do casal implicava culpa de um ou ambos os cônjuges. Com o advento da Lei do Divórcio, passou-se a admitir a ruptura por insuportabilidade da vida em comum, independentemente de culpa;

c) a desigualdade entre os cônjuges foi expulsa do ordenamento jurídico, encontrando reconhecimento constitucional e infraconstitucional.

d) as relações concubinárias são tão válidas quanto às uniões legítimas. Cônjuges ou companheiros exercem de forma igualitária autoridade em relação aos filhos;

e) o acesso da mulher ao mercado de trabalho e a redistribuição dos papéis familiares, certamente, só redimensionaram o papel da paternidade numa estrutura que, apenas, lhe assegurava uma função secundária.

É certo que qualquer acordo de vontades produz sempre melhores efeitos que o peso de uma decisão judicial. Logo, decisões em conjunto tomadas pelos pais, com auxílio do juiz (que, pela experiência, pode ser um elemento importante no encontro da melhor solução), em tese, protegerão, melhor, o interesse do menor. A imprescindibilidade de o juiz sopesar e dissecar pormenores do evento submetido à sua apreciação garantirá a justeza, viabilidade e certeza da decisão.

Os pais, ao decidirem pela sua separação, com seus naturais efeitos, tendem a prejudicar os filhos com suas decisões quase sempre impensadas, motivadas, via de regra, pela emoção ou razões outras. Destarte, cabe ao Judiciário, ouvindo os pais, a adoção de medidas que minorem o fático efeito maléfico da conduta conjugal em relação à prole.

Nota-se que, para a mãe, a guarda, muitas vezes, poderá representar um ônus, especialmente nos dias atuais, em que a necessidade de inserção no mercado de trabalho é cada vez maior. Desta forma, a guarda será mais um obstáculo a exigir da mulher tempo e dedicação que muitas delas preferirão dividir com seus ex-cônjuges.

Outra grande mudança pode ser encontrada na evolução do papel social e do movimento feminista, no qual o homem tem buscado assumir papéis que outrora eram restritos às mulheres.

O autor português Amaral (“apud” Salles, 2001, p. 89) constata tal afirmação:

“Também é verdade que deparamos com um crescente número de casos em que o pai mostra preparação, disponibilidade de tempo e outras condições que o tornam apto a cuidar do filho”.

Tais inovações atingem todos os profissionais que atuam na área familiar. As relações familiares estão se tornando mais complexas, exigindo a análise de um número cada vez maior de aspectos pelos especialistas. Enquanto os papéis eram quase estanques, as decisões judiciais eram mais facilmente tomadas e aceitas pelas partes. Atualmente, a noção de guarda compartilhada foi pensada num sistema jurídico capaz de unir os pais, ou, ao

menos, de não aumentar as diferenças e desavenças tão comuns na família moderna.

O afã da busca por uma nova forma de relacionamento pessoal entre a prole e o ex-casal é consequência da falência de um modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo. Com isso, casais separados respeitam-se, aceitam seu papel de genitor com os filhos havidos em comum e esforçam-se ao máximo para que seja mantida uma unidade no que se concerne ao cuidado dos filhos.

Desta forma, os pais não podem, injustificadamente, privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes. Esta convivência deve, portanto, ser mantida, mesmo que qualquer dos genitores, por razões pessoais, queira pôr-lhe termo. O término da família não deve ir além da separação (ou divórcio) dos pais, preservando-se, tanto quanto possível, as relações dos filhos com todos os familiares.

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a idéia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar. A partir deste novo conceito é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a idéia de estar com, de compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e, conseqüentemente, dos pais.

2.3.3 Origem da Guarda Compartilhada

Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada. A idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias e 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 e pesquisada, tendo em vista o aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos.

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.

2.4 Os Meios de Exercício da Guarda

Para Grisard Filho (2000, p. 106),

“Diante de uma situação de desunião dos genitores deve-se resolver, como um dos efeitos principais, a questão da guarda. Essa questão recebeu o consenso social no sentido de que era

geralmente a mãe a pessoa mais habilitada ao seu exercício, excepcionalmente o pai.

De qualquer sorte, a guarda cabia a um só dos genitores. É a que se conhece por guarda única, exclusiva, uniparental. A Jurisprudência nacional majoritária segue esse critério, orientada pelo artigo 10 e seus parágrafos da Lei do Divórcio. Com isso, pretendeu o legislador diminuir o risco do sentimento de ambivalência do menor”.

Alhures, colocamos a pergunta: qual o modelo de exercício da guarda a ser aplicado? Essa interrogação abre o espectro das várias tendências, que reconhecem, todas, em ambos os genitores a *priori* habilitação para a criação dos filhos, fomentando um melhor vínculo entre os componentes da família transformada pela separação. A par da guarda única, podem configurar-se outros meios.

2.4.1 Guarda Unilateral

Segundo Elias, (1999, p.54), a guarda somente da mãe ou do pai é inevitável quando o casal se separa, em casos de casamento ou concubinato. Ocorre, também, nos casos em que o pai não reconhece o filho e nos casos de reconhecimento em que os genitores não coabitavam *more uxorio*, quando o filho fica, em regra, sob a guarda da mãe.

A Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, nos seus arts. 9º a 13, trata da guarda dos filhos no caso da dissolução da sociedade conjugal.

No art. 9º, verifica-se que em caso de separação consensual deve-se observar o que os pais acordaram sobre a guarda dos filhos.

Homologado o acordo pelo magistrado, as partes deverão respeitá-lo. Isso, contudo, não impede que, ocorrendo algum fato que vá de encontro à integridade física ou moral do menor, a guarda seja modificada.

Para Bittencourt ("apud" Elias 1999, p. 54),

"mesmo aquele que tem a guarda não seja destituído do pátrio poder, se o seu comportamento em relação ao filho não contribuir para o seu pleno desenvolvimento, poderá perdê-la. Quem está no exercício do pátrio poder necessariamente não terá a guarda, porém quem dele for destituído jamais a terá. Nessa questão deve-se, sempre, observar o que convém ao menor".

2.4.2 Guarda Alternada

Segundo Amaral ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 106),

"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 escolar, 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 paternal. No termo do período, os papéis invertem-se".

Enquanto um dos genitores exerce a guarda, no período que lhe foi reservado, ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Refere-se esse modelo a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-cônjuges são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade. Por isso a Jurisprudência a desabona, quando a criança passa de mão em mão.

Existem vários tipos de arranjos de guarda alternada para garantir um tempo igual de convivência dos pais com os filhos. Um, comum e viável, é a criança se alternar entre as casas dos pais, por dias, semanas, meses e anos. Outro, inadequado à maioria das famílias, é o em que os filhos permanecem na mesma casa e seus pais também ali moram por períodos iguais. Nesse sistema, são os pais que alternam seus domicílios.

A vantagem oferecida por este modelo é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.

Em verdade, em nosso Direito, não existe a guarda alternada, posto que ela é substituída pelo chamado direito de visita, conforme artigo 15 da Lei do Divórcio.

2.4.3 Guarda concedida a terceiros

No § 2º do art. 10 da Lei n. 6.515, verifica-se que, se os filhos não devem ficar com a mãe nem com o pai, quaisquer que sejam as circunstâncias, o magistrado poderá conceder a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de um dos cônjuges.

Para Elias (1999, p. 58),

"é possível que a inconveniência de se conceder a guarda aos pais seja baseada em motivos que não denigram a sua pessoa. Todavia, a experiência da vida jurídica demonstra que, quando o juiz toma tal atitude, é porque não se pode confiar os filhos aos genitores devido a problemas que podem surgir e à própria condição de vida destes. Assim, por exemplo, se ambos forem usuários de substâncias entorpecentes, em face do que dispõe o art. 19 da Lei n. 8.069/90, não se poderá lhes conceder a guarda, pois toda criança ou adolescente deve ser criado em ambiente livre de pessoas dependentes de drogas".

Não é, porém, somente em casos expressos em lei que se deve tomar tal decisão. O que deve motivar o julgador é sempre o interesse do menor.

Ademais, além do que preceitua o Estatuto, pois se refere a pessoa idônea da família, há casos em que o menor é entregue à guarda de pessoa estranha ao grupo familiar. Nesta hipótese, nota-se até um certo desprezo ao poder paternal, o que não se nos afigura correto, matéria que, com mais vagar, trataremos no capítulo seguinte.

Como afirma Bittencourt ("apud" Elias, 1999, p.59),

"o que ocorre com mais intensidade, entretanto, é a concessão da guarda a um parente próximo. Nesse caso, não há de prevalecer nenhum lado, seja do pai ou da mãe, pois o que importa, em cada caso, é a afinidade do guardião com a criança ou com o adolescente".

Segundo Rodrigues ("apud" Elias, 1999, p. 59), tendo sido concedida a guarda a um dos progenitores, com o tempo pode-se verificar que ela não vem sendo exercida em favor do menor. Se não convém entregar a prole ao outro, por impossibilidade ou inconveniência, o juiz pode alterar o regime de guarda.

Sempre que o menor puder ser ouvido quanto à sua preferência, deve-se envidar esforços nesse sentido. Pelo menos, deve ser ouvido por assistentes sociais, psicólogos e também pelo magistrado que vai prolatar a decisão. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar do direito à liberdade, ressalta, entre outros aspectos, o da opinião e expressão (art. 16, II). Importa, portanto, que o menor, podendo se expressar, manifeste opinião sobre a sua guarda.

2.5 A guarda compartilhada no Direito Brasileiro

2.5.1 Introdução

O casamento impõe aos cônjuges, assim também à união estável aos conviventes, pelos artigos 231, IV, do Código Civil e 2º, III, da Lei 9.278/96, respectivamente, deveres comuns a ambos os genitores para com os filhos,

como seu efeito fundamental, tendo por objeto a sorte dos filhos: sustento da guarda e educação. Segundo Beviláqua (“apud” Gridard Filho, 2000, p. 126),

“ao pai e à mãe incumbe, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica, sustentar, guardar e educar aqueles a quem deram a vida; velar cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los e prepará-los para vida”.

Compete-lhes, ainda, através do art. 384, incisos I e II, do Código Civil, dirigir a criação e a educação dos filhos e tê-los em sua companhia e guarda, como dever e direito a um só tempo.

Na tríade dos deveres comuns dos genitores, o de sustento constitui encargos de família, para os quais ambos devem contribuir, sendo difusa sua execução, pois não de ser cumpridos dia após dia. Difere da obrigação alimentar, que só aparece em determinadas situações. Tem, assim, natureza econômica.

Os outros dois deveres constituem um *munus*, que se desloca de um ao outro dos genitores em momento de crise na família, que tanto pode surgir na família *legítima* como na natural. Na primeira, estando os pais vivos e o vínculo matrimonial intacto, a um deles caberá o *munus* em razão de força maior ou porque ao outro foi imposta a sanção matrimonial resultante de separação ou divórcio, o que não altera as relações entre pais e filhos, como se vê pelo artigo 381 do Código Civil. Desloca-se a guarda a um só dos genitores, restando ao outro o direito/dever de visita.

Na família *natural*, esse encargo privado distribui-se entre os genitores, conforme haja reconhecimento da filiação por ambos ou por um só deles.

A atribuição do *munus* começa a exigir soluções, provisórias ou definitivas, já a partir da desunião fática (que o Código Civil, nem as leis extravagantes supervenientes disciplinaram) e, mais contundentemente, na pós-ruptura, sob intervenção do Judiciário, em atenção ao que for mais razoável ao interesse dos filhos menores.

Como vimos, a guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, compreende a convivência entre pais e filhos no mesmo local, a ampla comunicação entre eles (visitação), a vigilância, o controle, a correção, a assistência, o amparo, a fiscalização, o sustento, a direção, enfim, a presença permanente no processo de integral formação do menor. Como atributo do pátrio poder e meio de realização concreta desses deveres, sofre a guarda as mesmas vicissitudes que aquele, quando seu exercício oferece prejuízo de ordem moral e material ao menor, conforme artigos 394 e 395 do Código Civil.

Configurada a desunião, a disciplina da guarda dos filhos menores e não emancipados deve sujeitar-se, em princípio, aos parâmetros estabelecidos pelo legislador.

2.5.2 A atribuição da guarda na lei atual

Os artigos 325 a 328 do Código Civil, que disciplinavam a matéria da proteção da pessoa dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, foram revogados pela Lei do Divórcio, de 1977. A partir daí toda matéria ficou regulada pelos artigos 9º a 16 dessa lei, que, não muito distante das previsões

que por ela foram revogadas, estabeleceu uma nova série de diretivas à atribuição da guarda.

Assim é que, havendo separação consensual, observar-se-á, em princípio, o que for ajustado pelos cônjuges, conforme o artigo 9º (antigo 325), pois, "ninguém maior interesse poderá ter sobre a sua prole senão os pais", devendo a lei "respeitar-lhes a vontade". O Decreto-Lei 181/1890, no §3º de seu artigo 85, cuidando do divórcio por mútuo consentimento, exigia que na petição inicial constasse "a declaração de acordo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, se os tiverem".

2.5.3 Bases jurídicas à guarda compartilhada

Dedicando-se à situação dos filhos no lar desfeito pela dissolução da sociedade conjugal, deixava o art. 325 do Código Civil ao critério dos cônjuges, em caso de separação consensual, o que houvessem acordado sobre a guarda dos filhos.

O direito à convivência familiar, outorgado à criança e ao adolescente, pela Constituição Federal, é mais um fator a ser considerado na questão da guarda de menores.

Assim sendo, ninguém deve substituir os pais ou um deles, dependendo de cada caso, a não ser que eles estejam suspensos do pátrio poder, na guarda dos filhos.

A Constituição Federal ampliou notavelmente a igualdade entre homem e mulher, com inegáveis reflexos na família e, de certa forma, declarando a

absolescência do Código Civil e das leis que mantinham a mulher em estado de subserviência e incapacidade relativa, enquanto os filhos eram tratados através de gradações injustas e submetidos a um pátrio poder, cujas origens remontavam à barbárie.

A base desta evolução encontra-se no § 5º do art. 226 da Constituição Federal, quando afirma a igualdade do exercício de direitos e de deveres referentes à sociedade conjugal. As leis brasileiras, especialmente o Código Civil, previam o exercício unipessoal - o pai como chefe e cabeça do casal. Com a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que inexistiu impedimento legal para a adoção da guarda conjunta.

As profundas e sucessivas mudanças ocorridas na realidade social, em um passado não muito distante, e a revolução nos costumes e na tecnologia modificaram os pressupostos clássicos do conhecimento humano em geral, atingindo o Direito como um todo e o Direito Civil em particular, nele seu sistema familiar, então de feição conservadora. Nesse contexto, a família emoldurada pelo Código Civil, refletindo o espírito do século passado, é reestruturada, seja em seu subsistema conjugal, seja no parental.

Isso aconteceu através da edição de estatutos especiais, que vieram a reboque de fatos sociais significativos da realidade do século XX (de que são exemplos, dentre outros, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente) e se consolidaram na Carta Constitucional de 1988, que viabilizou a plena realização do homem e da mulher como seres humanos, com ênfase ao bem-estar do menor, pessoa em desenvolvimento.

A família é uma realidade sociológica, que precede "ao surgimento do Estado" e é "anterior ao próprio direito", como expõe Leite ("apud" Grisard Filho, 2000, p.137) e, como tal, é compelida a trilhar novos e revolucionários caminhos, projetados pelos fenômenos sociais verificados. Não escapou a essas transformações o modelo de relacionamento familiar codificado, engessado por estruturas perenes e acabadas, moldando exclusão de elementos estranhos ao seu objeto.

Em 1986, o então Juiz de Direito e hoje desembargador do TJRS, Pereira ("apud", Grisard Filho, 2000, p. 139), fez publicar o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada, ou conjunta, em nosso Direito, anotando que, naquela década, o modelo começara a ser pesquisado no Rio Grande do Sul "sob o prisma jurídico e psiquiátrico" envolvendo profissionais do Direito, da Educação, da Medicina, da Sociologia.

Embora inexista norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso Direito, como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os relacionamentos com o pai ou mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda uniparental, que frustra a adequada convivência do filho com o pai ou a mãe não-guardião, desatendendo às necessidades do menor, que não dispensa a presença permanente, conjunta e ininterrupta, de ambos os genitores em sua formação para a vida. A função paternal, nas diversas fases do desenvolvimento dos filhos, não é descartável.

Nessa perspectiva e sem grande esforço, garimpamos nas leis vigentes vários dispositivos que mostram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada em nosso Direito. Do texto constitucional, pelo artigo 226, § 5º, a

consagração do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. O Estatuto da Criança e do Adolescente; dispondo sobre a proteção integral do menor, impõe dever à família, dispõe sobre a convivência familiar e estabelece que o menor há de "ser criado e educado no seio de sua família".

Está claro que o Estatuto privilegiou o convívio da criança com seus pais e ressalta a importância dessa convivência resultante da guarda compartilhada.

Da Lei do Divórcio, em abono à possibilidade jurídica do modelo, destaca-se seu artigo 13:

"Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais".

Pereira ("apud", Grisard Filho, 2000, p. 141) refere-se a esse dispositivo como dos mais significativos a respeito, pois,

"como se constata, é uma regra que desfaz todas as regras, ou, se preferirem, passa a ser a regra das regras, entregando à discricção do magistrado a palavra última".

Importando, inafastavelmente, nas decisões sobre guarda o interesse do menor, princípio básico e determinante de todas as avaliações, está o juiz subordinado a esse critério preponderantemente sobre direitos ou prerrogativas, a que, porventura, se arroguem os pais. Se se colima o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor e, com absoluta prioridade, se lhe deve assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, como se vê

nos artigos 3º e 4º do ECA, robustece-se de motivos o Direito brasileiro para adotar a guarda compartilhada.

Dos vários dispositivos legais pontuados, foi possível anotar que, antes de impedir, nosso Direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariedade do juiz nessa matéria.


Utilizando-se dessa prerrogativa, pode o magistrado determinar a guarda compartilhada, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende aos superiores interesses do menor e for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no artigo 151 do ECA.


Assim, arrematamos na segura companhia de Pereira ("apud", Grisard Filho, 2000, p. 142): "A guarda conjunta não esbarra em obstáculos no direito brasileiro". Porém, adverte esse autor que "certamente brotarão dificuldades jurídicas diante da nova espécie de guarda". Idêntica preocupação manifesta Leite, ("apud", Grisard Filho, 2000, p. 142), quando lança as perguntas: "Como tornar viável tal proposta? Ou melhor, como exercitar a guarda conjunta em ambiente quase sempre hostil ao entendimento?"


2.5.4 Conseqüências da guarda compartilhada

Para Grisard Filho (2000, p. 143), a ruptura do vínculo matrimonial gera uma nova situação fática, tanto aos filhos como a cada um dos genitores, que se resolve por acordo ou decisão judicial. Uma clara compreensão do que se decide sobre a guarda resultará em benefício da família toda, enquanto

contemple os filhos e também os pais, a fim de que nenhum deles negligencie da criação e da educação daqueles.

O fato está ligado ao funcionamento interno da família, que, no devir histórico, não teve um só meio de resolução, ora reconhecendo a preferência paterna, ora preponderando a materna, pensando o legislador, em assim agindo, evitar conflitos entre os pais. Em todos os casos, porém, a guarda pertencia a um só dos genitores. É a que se conhece por guarda única, exclusiva ou uniparental. 

Esse modelo, que atendia exclusivamente às expectativas dos genitores, começa a ser questionado, como reflexo, na família, das modificações operadas na cultura, na economia e na política, chegando-se ao consenso social da indispensabilidade do pai e da mãe na formação dos filhos menores. 

Para bem solucionar sobre a guarda deve-se, necessariamente, incluir todos os que nela intervêm (os advogados, os juizes, os promotores de justiça e outros profissionais) a fim de que se beneficie o menor, a família e toda a sociedade. À evidência dessa necessidade já se faz presente no Judiciário nacional, como prática regular em todas as ações de Família, nos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná, a exemplo dos Tribunais argentino e uruguaio. 

Essa nova postura, que privilegia e envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, ainda é pouco utilizada entre nós, mais pela ausência de Doutrina e Jurisprudência próprias do que por sua possibilidade jurídica. Nossa legislação, como vimos anteriormente, acolhe francamente essa nova corrente, compreendida no princípio da igualdade plena

entre os pais e desses no exercício da guarda, capaz de salvaguardar a vida afetiva entre pais e filhos, ao menos.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendia. Isso supera os questionamentos manifestados alhures por Pereira e Leite ("apud", Grisard Filho, 2000).

A tendência *adulto-centrista*, que marca as disposições do Código Civil, cedeu lugar, nas sociedades modernas, ao reexame da situação dos filhos, que, de repente, são separados do pai ou da mãe ou de uma parte da família. A separação, pois, dos pais não deve repercutir no desempenho de suas funções parentais, para as quais não há divórcio. Os filhos seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família continua existindo, aquebrada, mas não destruída.

Com vistas a garantir o melhor interesse do menor e o desaparecimento da noção de culpa, que retira o caráter conflituoso das separações, passou-se a rever a questão da autoridade parental, a partir do aporte de outras disciplinas, como a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, a pediatria e o serviço social, com a nítida intenção de realçar uma autoridade que compete ao casal, aos pais, para atenuar as conseqüências injustas que o monopólio da autoridade parental do guardião único provoca.

No afã, então, de aperfeiçoar os mecanismos de proteção ao menor, de atenuar o impacto negativo que as desuniões lhe impõe e de reduzir os efeitos patológicos das situações conflituosas por ele vivenciadas, passou-se a admitir o compartilhamento da guarda, como mais valiosa ao bem-estar do menor. Ela

propicia a continuidade da convivência de ambos os genitores com seu filhos, preservando as relações de afeto existentes anteriormente.

O sistema funda-se na presunção de que cada genitor procederá segundo o uso social e as circunstâncias na maior conveniência do menor e de que a decisão tomada por um dos pais é naturalmente aceita pelo outro. Assim, no dizer centrado de Leite ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 144), "logo, não há nenhuma divisão, que se exerce conjuntamente".

Quando, porém, se instala o conflito na sociedade conjugal e desaparece o *casal conjugal*, há indeclinável necessidade de se manter o casal parental, como observado por Beviláqua ("apud" Grisard Filho, 2000, p.144):

"O desquite dissolve a sociedade conjugal, porém, não a parental, entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados".

A desunião dos pais, resultante da separação ou do divórcio, também da dissolução da sociedade fática, redistribui os papéis parentais que antes eram exercidos conjuntamente, atingindo diretamente os filhos, que, a partir do momento de adversidade conjugal, não mais continuarão a conviver com ambos os pais, sob um regime igualitário. É esta, como vimos, uma imposição legal, que emerge do artigo 10 § 1º, da Lei do Divórcio: *os filhos menores ficarão em poder da mãe*.

A norma, aqui, parte de uma presunção que tem fundamentos psicofisiológicos, ao estimar que a mãe se encontra em posição mais adequada de conviver com o filho. Em outras situações, o único fundamento é a idoneidade, sem estabelecer a lei presunção alguma.

A guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade do exercício comum da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda, com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocos, como observou anteriormente Clóvis Beviláqua, não prevalecendo contra eles a desunião dos pais, pois, mesmo decomposta, a família continua biparental.

Para Plácido e Silva ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 145), o primeiro aspecto a considerar na operacionalização do modelo é sobre a residência do menor, pois "é inconcebível falar-se em guarda de menor na ausência do direito de fixar residência; pois é esse elemento que confere ao guardião o meio de assegurar sua função".

Na infância e na juventude, ao menor devem-se 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 suas atividades no mundo exterior, enfim, uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o que ele sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida.

São dessas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias. Os pais devem tentar manter constante o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura. "A mudança é estressante", sentencia Teyber ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 146).

Os critérios de determinação da guarda, dentre eles a situação dos pais, definirão o local da residência do menor, atendendo-se, sempre, ao seu melhor interesse, devendo ficar com aquele dos pais que apresente melhores condições ao seu pleno desenvolvimento. Cada caso é um caso à discricionariedade do juiz, que deve evitar as fórmulas estereotipadas, utilizadas automática, invariável e tradicionalmente. Tais são preconceituosos, na medida que desatendem a necessidade do menor e dispensam a presença, conjunta e ininterrupta, do pai e da mãe, na sua formação para a vida.

A residência única, onde o menor se encontra juridicamente domiciliado, define o espaço dos genitores ao exercício de suas obrigações. Também possibilita ao genitor não-guardião - o que não mora com o menor - o cumprimento de seu dever de visita, que só pode ser regularmente exercido se o menor dispõe de um local permanente de referência, pois o que mora com o filho tem a guarda física, também chamada material, imediata, próxima, mas ambos têm a guarda jurídica.

Quando o juiz, na sentença, outorga a guarda a um dos cônjuges (a parentes ou a terceiros), está determinando a residência habitual do menor, seu domicílio (artigo 36 do Código Civil). Portanto, a residência do menor passa a ser a mesma da pessoa com quem viva. Ela é importante não só aos pais, como a terceiros, para saberem quem tem especificamente o concreto e cotidiano dever de vigilância. Essa escolha é obrigatória para o juiz. Ao fazê-la, estabelece a guarda única (como quando o menor vive na casa de cada um dos genitores por um certo período de tempo igual, e depois volta). "Isso é muito ruim", exclama Dolto (apud, Grisard Filho, 2000, p. 147), "porque, nesse caso, não há nem *continuum* afetivo, nem *continuum* espacial, nem *continuum*

social". É assim quando "os pais dividem entre si, durante a semana, seu filho-joguete".

Pretendendo a guarda compartilhada reequilibrar os papéis parentais (co-responsabilidade) na tomada de decisões importantes relativas aos filhos e incentivar o contato freqüente e contínuo destes com seus dois genitores, não significa uma divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos, como ocorre na guarda alternada (semana com um, semana com outro; semestre com um, semestre com outro). Na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, "a residência continua sendo única", conclui Leite, ("apud", Grisard Filho, 2000, p. 147).

Outro aspecto a considerar na viabilização do modelo de compartilhamento da guarda é o que permite que os ex-parceiros deliberem conjuntamente sobre o programa geral de educação dos filhos, compreendendo não só a instrução, como meio de desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos para a vida de relação, como também a que tem um sentido mais amplo ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas do menor.

É a principal missão dos pais, indeclinavelmente de ambos os pais, dirigir a formação de seus filhos, traçar-lhes o rumo moral, como flechas atiradas ao futuro de que fala Gibran em seu poema. É tão importante esse direito que mereceu ser proclamado entre os direitos fundamentais do Homem pelas Nações Unidas. A Constituição Federal, em seu artigo 6º, estabelece a educação como um dos direitos sociais do cidadão, a ela se referindo de forma

específica como direito de todos e dever da família, no artigo 205, reafirmando o princípio no artigo 227.

No dever de educação compreende-se o de assistência, tanto em seu aspecto moral, dada a generalidade daquele, como em seu aspecto material, traduzido na obrigação alimentar, que tem como fonte a relação de parentesco, e no dever de sustento.

Na guarda compartilhada, não só as grandes opções sobre o programa geral de educação e orientação (escolha do estabelecimento de ensino, prosseguimento ou interrupção dos estudos, escolha da carreira profissional, decisão pelo estudo de uma língua estrangeira, educação religiosa, artística, esportiva, lazer, organização de férias e viagens), mas também os atos ordinários, cotidianos e usuais (compra de uniformes e material escolar) - como se praticam no seio de uma família unida - pertencem a ambos os genitores, embora esses (os usuais) possam ser praticados isoladamente pelo genitor guardião, garantindo-se, assim, o exercício conjunto da autoridade parental, como no modelo da família antes da ruptura.

2.5.5 Fundamentos Psicológicos da Guarda Compartilhada

Como afirma Grisard Filho (2000, p.157),

"a questão da guarda de menores, ressentida do pouco trato técnico-jurídico, transborda em problemas psicoemocionais. Ela é um estágio no ciclo da vida familiar, uma circunstância

descontínua deste, precedida por uma crise e seguida de mudanças estruturais com a exclusão de um membro".

Para Leite ("apud" Grisard Filho, 2000 p.157), a partir da ruptura conjugal, é unânime isso, os filhos passam a um plano secundário, servindo de objeto de disputa com informações sobre a preservação, a perpetuação e a transmissão de padrões que ajudam no desenvolvimento da família pós-divórcio, como um todo, propiciando uma reassociação entre o casal conjugal e parental.

Nos processos de família, lidamos com pessoas, e a singularidade de cada um de seus membros não pode ser ignorada. Faz-se, assim, necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações sociais e familiares.

Nessa perspectiva, o Direito não pode prescindir do conjunto de conhecimentos oferecidos por outras ciências, para bem dispor sobre um equilibrado relacionamento, quer entre os ex-cônjuges, quer entre estes e seus filhos. E esses conhecimentos são particularmente relevantes, quando se considera a escalada das desuniões e todas as questões relativas à reorganização familiar, dentre elas a guarda de filhos.

Para Ferreira ("apud" Grisard Filho, 2000, p.157), a complexa situação dos filhos que, de repente (normalmente sem pré-aviso), são privados do relacionamento com seus dois pais, exigiu que se pensasse rapidamente na questão da guarda e suas conseqüências. Logo, ouviram-se as manifestações de diversos profissionais, médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, todos preocupados em minimizar os nefastos efeitos da saída de um dos pais da vida

diária dos filhos, uma vez que a paternidade e a maternidade são, indiscutivelmente, realidades biopsicossocial.

A alta frequência do divórcio passou a ser uma possibilidade previsível, contemporaneamente considerada normal na vida familiar. É um evento grupai, que exige uma reestruturação dos relacionamentos vigentes, reajustados, agora, às demandas das famílias monoparentais. Um lar, onde conviviam pai, mãe e filhos, depois do divórcio, biparte-se: mãe e crianças de um lado; pai, que passa a visitar os filhos com uma frequência que oscila entre o muito presente e o regular desaparecimento total, de outro.

Todos os personagens envolvidos experimentam uma transição dolorosa. Cônjuges que não são capazes de vencer suas dificuldades. Filhos que reagem com raiva, medo, depressão ou culpa. Sob todos os ângulos, o divórcio provoca uma significativa desarrumação familiar. Suas fontes são variadas. Quando (e lamentavelmente) as funções de seus integrantes subvertem-se, quando conflituosas as relações conjugais - arena de intermináveis embates judiciais -, quando as relações intrafamiliares não mais correspondem ao projeto idealizado, quando o amor não mais compensa as frustrações, quando há mais prejuízos que benefícios, restando destruído o equilíbrio socioafetivo, aí deixa de existir a família, comprometendo os futuros projetos conjugais e parentais que dela se esperavam.

Para as crianças, o divórcio apresenta um aspecto positivo e outro negativo. O aspecto positivo é a redução do conflito parental. O aspecto negativo é a diminuição da disponibilidade de relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família e, conseqüentemente, de ser por ele (ou ela) abandonada. Esses efeitos, ligados à exclusão de um dos genitores e não

ao divórcio, fazem a criança experimentar sentimentos de rejeição e baixa auto-estima.

Na medida em que a guarda é sistematicamente deferida à mãe, os pais tornam-se progressivamente menos disponíveis a seus filhos. Na medida inversa, quando se compartilham as responsabilidades parentais e os pais aprendem a ser pais durante o relacionamento com seus filhos, os resultados são altamente positivos para toda a família, mesmo após o divórcio.

Hoje, é imperioso pesquisar maneiras de garantir um relacionamento harmonioso da co-parentalidade e que minimizem as perturbações psicoemocionais que emergem do divórcio. Bem compreender o processo relacional dos sujeitos envolvidos, nos ambientes social e familiar que vivenciaram e as transformações que se operaram em suas individualidades, é tarefa de que se deve ocupar a pesquisa social.

A pesquisa social não foi contemplada no Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, nos artigos 161, § 1º, 162, § 1º, 167, 168, 186, § 4º, a intervenção de equipe interprofissional, sempre que necessário, com essa competência:

"Art. 151. Compete à equipe interprofissional, 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, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico".

Para Suannes ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 159), é através do estudo procedido pela equipe interprofissional que o juiz coleta elementos informativos para a determinação do melhor interesse do menor e, conseqüentemente, para a outorga da guarda àquele que for mais adequado às necessidades da criança. Assim não haverá genitor perdedor no pleito judicial sobre a guarda. Haverá, sim, um só ganhador, a criança, que recebeu a melhor solução de guarda para ela.

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procuram amenizá-las. A criança se beneficia na medida que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação. Esse, resumem Wallerstein e Blakeslee ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 160), é o "principal argumento psicológico para a dupla custódia".

É importantíssimo que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe, depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divórcio suscita na criança: o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.

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

A co-educação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade. "Para algumas pessoas", lamenta Maldonado ("apud" Grisard Filho, 2000, p.160), "é difícil entender que a relação conjugal terminou, mas a função parental permanece", e parece ser justamente a capacidade de estabelecer essa diferença, entre os papéis maritais e parentais, o grande facilitador do ajustamento familiar como um todo.

Quando os pais são capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade, a complexa situação dos filhos instaurada pelo divórcio encontra resposta na guarda compartilhada. Entretanto, adverte Teyber, ("apud" Grisard Filho, 2000, p.161):

"não há nenhuma panacéia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias - principalmente no caso de pais em conflito".

2.6 Vantagens e Desvantagens do Modelo

2.6.1 Vantagens desse novo modelo de guarda

Afirma Grisard Filho (2000, p.166) que a guarda compartilhada faz um corte epistemológico nos sistemas vigentes - guarda única, guarda alternada, guarda dividida - , para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e a criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos

filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores.

O pai (ou mãe) periférico - aquele que não detém a guarda - o dos encontros esporádicos, matematicamente marcados no calendário, é um sério candidato à evasão da paternidade e, de conseqüência, a tornar-se um pai fantasma no cotidiano de seu filho. A família contemporânea, que repulsa o modelo excessivamente rígido do século passado, é o centro (aglutinador e irradiador) do afeto entre seus membros e, obviamente, entre pais e filhos.

Por isso, muitos países erigiram a guarda compartilhada no âmbito do princípio geral (excepcionalmente é aplicada a guarda única), com o fim de reequilibrar as relações entre pais e filhos, à sombra do princípio da isonomia conjugal, que remete a igual princípio no exercício da parentalidade. Por outro lado, a convenção pertinente aos direitos da criança obriga os Estados ao respeito do direito do menor, que está separado de um ou de ambos os pais.

Entre nós, a questão depende de adequado tratamento legislativo, enquanto se constrói uma Doutrina (tímida ainda) a seu respeito, com alguma resposta nos Tribunais. No Direito alienígena, como vimos, a guarda compartilhada se apresenta coberta pela legislação: em alguns Estados, como preferencial; em outros, como séria opção; em outros mais, como modelo básico, a exemplo da Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, Argentina, Suécia, Estados Unidos, Dinamarca e França.

Na Doutrina, vozes há que, veementemente, já afirmaram o valor do novo modelo e sua importância para o menor manter uma relação ativa e permanente com cada um de seus genitores. Por certo, a maioria e os mais completos estudos sobre o assunto encontram-se nos Estados Unidos.

No nível jurisprudencial, que vem garantindo a manutenção dos vínculos parentais, aplicando a cada caso concreto a melhor solução, a guarda compartilhada desenvolve-se em eco ao sufrágio universal do melhor interesse do menor, como critério fundante da atribuição da guarda.

Em regra, como vimos, o menor é confiado à guarda de um só dos pais. A par desse modelo, é largamente utilizada a guarda alternada e, modernamente, a guarda compartilhada. Qualquer modelo, entretanto, apresenta vantagens e desvantagens.

Embora os estudos científicos não sejam, ainda, conclusivos (e se desenvolvem por mais de 20 anos), podemos, seguramente, alinhar algumas das vantagens desse novo modelo de guarda.

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva).

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

No contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade das relações pais-filhos e a não-exposição do menor aos (devastadores) conflitos

parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.

A maior cooperação entre os pais, provocada pela guarda compartilhada, afasta a possibilidade de obtenção da clássica guarda única por um dos genitores, no caso de insucesso do modelo, que impõe ao não guardador um afastamento e aviva um sentimento de fracasso. Decorrente daí, menos lhe parece evidente cumprir a obrigação alimentar e o dever de visita, aumentando a distância entre pais e filhos e o risco de perder a intimidade e a ligação potencial, a tristeza, a frustração e a depressão.

A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade - a necessidade de escolher entre seus dois pais. "Os filhos querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro", ressalta Teyber ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 168). Cooptados à verdade de cada qual dos genitores, repetirão o discurso do pai quando na companhia deste e o da mãe em igual situação, aumentando o conflito. A guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar. Dolto, ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 169) já advertia que "a criança deve sempre ser ouvida - o que de modo algum implica que, depois disso, se deva fazer o que ela pede". Entre nós, ouvir a criança é uma exceção. Os juizes, entretanto, costumam sentir a opinião do menor, sem exigir que faça escolha, pois, segundo Mayrink ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 169).

"seria uma escolha muito dolorosa, para a criança, perguntar a ela com quem gostaria de morar. Os filhos não querem responder a esta pergunta, porque sabem que escolhendo o pai ou a mãe o outro sempre ficará magoado".

A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles.

As pesquisadoras Wallerstein e Kelly ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 170) publicaram, em 1980, o resultado de uma pesquisa iniciada em 1971, realizada com sessenta casais, que passaram pelo divórcio e viram, exatamente, como a ruptura conjugal afeta a vida futura do homem, da mulher e dos filhos. O resultado desse trabalho produziu efeitos consideráveis sobre a nova forma de família, especialmente sobre os efeitos do divórcio em relação aos filhos. Leite, ("apud" Grisard Filho, 2000, p.169), anota que esses estudos validaram a nova forma de guarda ao revelarem: "...a importância para o menor de uma relação contínua com cada um dos genitores (e não, prioritariamente com a mãe, como sempre se afirmara). São Wallerstein e Kelly, ("apud" Grisard Filho, 2000, p.170) que afirmaram, pela primeira vez, que 2/3 (dois terços) das crianças entrevistadas, oriundas de famílias monoparentais, lamentavam a ausência do genitor não-guardião (pai, no caso): que existe uma correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência de contato com o pai não-guardião; que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos.

Pode-se imaginar - continua esse autor na análise do trabalho das pesquisadoras americanas -, os efeitos de um estudo desta natureza sobre um

instituto que, até então, privilegiara, sem questionar, a guarda materna. Uma conclusão se impunha: "Ao todo, nossas descobertas apontam que o contínuo relacionamento da criança com o pai e a mãe durante os anos que se seguem ao divórcio, através de um acordo permitindo que cada um seja responsável e genuinamente participante em relação ao bem-estar dos filhos', sempre se manifestou altamente positivo".

Resulta disso que, sem participar das decisões importantes da vida dos filhos, os pais que não convivem com os filhos deles se afastam. Segundo Wallerstein e Kelly ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 170), "Este afastamento foi sentido pelos filhos como rejeição e sobre eles teve um impacto prejudicial".

Judith S. Wallerstein repetiu esta pesquisa um, cinco, e dez anos depois do divórcio, com cinquenta e seis dos sessenta casais da pesquisa originária, juntamente com a escritora especialista em assuntos médicos e científicos, Sandra Blakeslee, cujos resultados não contrariam as observações precedentes. Reconhecem essas autoras que muitas informações ainda são vagas e aguardam uma análise sistemática, embora tenham visto algumas alterações e mudanças fascinantes.

Relatam que nos Estados Unidos há um movimento crescente para tornar a guarda compartilhada uma política comum em toda a Nação. Seu crescimento foi tão rápido que ainda não puderam determinar o significado desse novo tipo de família para homens, mulheres e crianças. Mostram que, indubitavelmente, as boas relações entre pais e filhos podem ter uma importância decisiva no bem-estar psicológico e na auto-estima dos filhos do divórcio; que, particularmente, os adolescentes são vulneráveis quando privados do relacionamento com o pai; que há um crescimento do intercâmbio

de papéis entre o homem e a mulher tanto no trabalho quanto na família; que a guarda compartilhada incentiva compromissos tácitos relativos à pensão dos filhos.

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

A guarda compartilhada, descobriram as autoras de quem falamos, desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais. Reforçam-se, assim, mutuamente como pais, significando para eles, apesar de separados, continuar a exercer em conjunto o poder parental, como faziam na constância do casamento.

Concluem essas autoras que a guarda compartilhada produzirá na criança efeitos psicológicos positivos a longo prazo.

Segundo J. A. Arditti, referido por Nick ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 171), as principais vantagens da guarda compartilhada, nos passos dos resultados obtidos pelas pesquisadoras antes resumidas, são:

"Ela promove um maior contato com ambos os pais após o divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles; o envolvimento do pai no cuidado aos filhos após o divórcio é facilitado; e as mães são menos expostas às

opressivas responsabilidade desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos de vida".

Na mesma linha de observação, a pesquisa de Oppenheim e Szylowicki ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 172), apresenta dados desde a perspectiva dos pais e dos filhos:

PAIS	FILHOS
a) Ambos os pais se mantêm 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 a gastos de manutenção do filho;	d) Maior comunicação;
e) Maior cooperação;	e) Menos problemas de lealdades;
	f) Bom modelo de relações parentais.

Também em relação aos pais, a guarda compartilhada oferece vantagens. Além de proporcionar-lhes tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, minimiza o conflito parental, diminuí os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. A guarda compartilhada, como anteriormente resumido por J. A. Arditti, oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional, social e psicológica. As estatísticas comprovam que somente 25%

das mães com guarda única constituem novas famílias, enquanto 45% delas, do grupo da guarda compartilhada, formam novas uniões.

Interessante notar, como observou Amaral, ("apud" Grisard Filho, 2000, p.172), que:

"A Guarda única pode transformar-se em guarda conjunta de fato, desde que cada um dos progenitores proporcione ao outro um contacto muito frequente com o filho e ambos procurem que as questões que a este dizem respeito sejam por eles decididas em conjunto. Em suma, se houver acordo dos pais, pode existir, de facto, a guarda conjunta, sem necessidade de intervenção do tribunal".

A guarda compartilhada reafirma a igualdade parental desejada pela Constituição Federal e pontua seu argumento fundamental nos melhores interesses da criança. Tal argumento, assegura Leite ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 173) é "válido e defensável, já que o interesse da criança é o critério determinante da atribuição da guarda".

Nesse novo paradigma, pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.

Evidentemente, não é solução acabada e perfeita, uma vez que nem a família original do menor está imune a erros, limitações e dificuldades. Nenhuma previsão sobre a efetividade de uma solução de guarda pode ser garantida de forma absoluta pelo juiz nem pelos profissionais que atuam no caso particular. Os pais também precisam saber que inexistem planos de cuidado parental que não tragam efeitos colaterais.

2.6.2 Desvantagens desse novo modelo de guarda

Como acontece com qualquer outro modelo de guarda, a guarda compartilhada também é alvo de desfavores. Em regra, todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas adicionais, "o que funciona bem para uma família pode causar problemas em outra", assegura Teyber ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 173).

Esse mesmo autor reconhece que

"a guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes, tem êxito, quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos".

Porém, adverte:

"Esse sistema tem sido frequentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente".

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

No contexto da guarda compartilhada, legal (responsabilidade conjunta pelas decisões relativas aos filhos) e física (acordos de visita), os diferentes planos de acesso só terão sucesso, como se disse, se os pais proporcionarem aos filhos continuidade de relação sem exposição a lutas pelo poder. Os arranjos de tempo igual (semana, quinzena, mês, ano, casa dividida) também oferecem desvantagens ante o maior número de mudanças e menos uniformidade de vida cotidiana dos filhos.

Mazzinghi ("apud" Grisard Filho, 2000) considera que a guarda compartilhada, assim, priva os filhos da necessária estabilidade.

De igual modo pensa Gontijo, ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 174), advogado militante no Direito de Família em Belo Horizonte:

"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.

Num dos casos, litigou-se por mais de um ano sobre qual escola para o filho: se aquela onde a mãe o matriculou perto da sua casa ou a escolhida pelo pai, próxima da dele! Noutro, o Desembargador Bady Cury decidiu: 'Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável'.

A amarga crítica de Segismundo Gontijo ao modelo de compartilhamento da guarda revela evidente erro de percepção. O que esse autor está a condenar, com certeza, é a guarda alternada, modelo diverso desse tema e que transforma os filhos menores em ioiôs (semana com um, semana com outro). Pelas razões que expõe, apoiadas em julgamentos que refere, resta condenada a própria guarda comum, a que naturalmente se exerce na família intacta, quando os filhos se submetem à autoridade do pai e da mãe simultânea e diariamente.

Na mesma linha de oposição à guarda da compartilhada, Nazareth, ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 175), contra-indica esse modelo:

"Quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em

ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas".

A guarda compartilhada, ao contrário dessa preocupação da autora, tem como pressuposto uma residência fixa (única e não alternada) do menor, que gera para ele a estabilidade que o Direito e a Psicologia desejam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina.

No entanto, essas críticas à instabilidade, assegura Leite ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 176), não procedem "se atentarmos às nuances apresentadas pela nova fórmula (ao menos, aquelas decorrentes da Lei Malhuret, de 1987)". Estabelecida uma residência habitual, única, um centro de apoio, um ponto de referência (contínuo espacial), um lugar de cumprimento dos direitos e obrigações do menor, que não se altera quando passa um período com a mãe o outro com o pai (dependendo do arranjo escolhido), tal deslocamento não inibe a guarda compartilhada, já que não estabelece um sistema rígido de residência alternada, pois continua única.

O risco de fluidez ambiental, que provocaria confusão na mente do menor, cede ao argumento de que a alternância é uma experiência enriquecedora para ele, porque o expõe à diversidade e o prepara melhor na vida com a vida no futuro.

O estudo de Wallerstein ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 176), já referido, revela que, em alguns casos, a guarda compartilhada reflete a falta de disposição dos pais em assumir a responsabilidade pelas crianças e constituir um compromisso; que as crianças sob dupla custódia não afastam o medo do abandono; que a transição entre dois lares pode facilmente reforçar a

preocupação com a estabilidade e a confiabilidade de pessoas e lugares; que pode prender as crianças a uma relação destrutiva com pai violento ou inadequado; que expõe os filhos do divórcio a um impacto psicológico, potencial, mas devastador; que a dupla custódia não minimiza o impacto negativo do divórcio sobre as crianças durante os primeiros anos depois do divórcio; enfim, que não há provas de que a dupla custódia seja o melhor para todas as famílias, ou, até mesmo, para a maioria delas.

O trabalho da autora mostra, entretanto, que as boas relações entre pais e filhos nos anos que se seguem ao divórcio podem ter uma importância decisiva no bem-estar psicológico e na auto-estima dos filhos e que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos. Isso é o que verdadeiramente importa.

Nick ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 177), resenha as desvantagens da guarda compartilhada, ainda segundo J. A. Arditti:

"Elas se centram na praticidade de tais arranjos, quando há conflito continuado entre os pais (Goldstein, Freud e Solnit, 1979; Johnston, Kline e Tschann, 1989); na exploração da mulher, se a guarda compartilhada é usada como um meio para negociar menores valores de pensão alimentícia (Weitzman, 1985); e na viabilidade da guarda conjunta para famílias de classe socioeconômica mais baixa (Richards e Goldenberg, 1985)".

É do mesmo estudo de Oppenheim e Szylowicki ("apud" Grisard Filho, 2000, p. 177), anteriormente citado, esse extrato, sempre da perspectiva dos pais e dos filhos:

PAIS
a) Maiores custos (moradias apropriadas);
b) Permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar;
c) Constante adaptação;
d) Necessidade de um emprego flexível.

FILHOS
a) Adaptação a duas moradias;
b) Problemas práticos ou logísticos.

Os prós e os contras que colhemos na Doutrina, como anteriormente expostos, de forma alguma pretendem esgotar as circunstâncias que podem levar o juiz a decidir sobre a conveniência, ou não, da outorga da guarda compartilhada. As críticas que se fazem ao novo modelo, porém, não podem ser tidas como absolutas, quando se tem presente, inafastavelmente, que o interesse do menor (critério determinante de atribuição da guarda) não mais se prossegue com a guarda única.

Quando os pais, como repetidas vezes dissemos ao longo deste trabalho, privilegiam a continuidade das suas relações com as crianças e as protegem de seus conflitos parentais, há toda uma vantagem em atribuir efeitos jurídicos à atitude de cooperação dos mesmos, entusiasmando a ambos a compartilhar direitos e responsabilidades na proteção e na educação dos filhos.

Nesse viés, como uma viagem sem volta, a moldura da guarda compartilhada vai se determinando com a contribuição também da Jurisprudência, dando-se conta os Tribunais que a guarda exclusiva tende a tornar tênue a relação entre o genitor não-guardião e o filho, favorecendo a evasão da paternidade. É útil, então, reconhecer as sentenças judiciais, promover a importância da relação paterno/materno/filial após o divórcio.

3. METODOLOGIA

Considerando o objeto de estudo e o tipo de informação a ser trabalhada optou-se por uma estratégia de pesquisa qualitativa, de tipo longitudinal, com características descritivas e exploratórias.

A pesquisa qualitativa presta-se à análise de todo um universo de significados, valores, motivos e atitudes ligados ao fenômeno em questão, possibilitando melhor aproximação e maior interação com o objeto de estudo, permitindo ainda uma percepção mais acurada das relações entre os sujeitos, sua história e seu mundo. Neste sentido, esta modalidade facilita um aprofundamento do estudo, considerando as complexas relações que se buscam examinar e compreender. O delineamento descritivo e exploratório diz respeito ao fato de que a pesquisa objetiva conhecer, analisar e descrever as situações encontradas no campo prático.

Assim, o presente trabalho caracteriza-se como um "estudo de caso comparativo," relativamente a quatro situações, envolvendo separação de casais e guarda de filhos menores, nas quais foram tomadas diferentes decisões quanto à custódia dos filhos. O objetivo do estudo é, portanto, conhecer detalhadamente cada situação e decisão particular, traçando paralelos e comparações entre os casos em questão, buscando, finalmente, saber a qual deles e de que forma seria viável aplicar o modelo de guarda compartilhada, que é objeto do trabalho.

A seleção dos participantes da pesquisa atendeu a critérios de intencionalidade. Foram identificadas famílias que passaram por procedimentos judiciais de separação e escolhidas entre elas quatro nas quais foram tomadas

diferentes decisões quanto à guarda dos filhos. No primeiro caso – “família A” – trata-se de um casal com dois filhos, cuja guarda foi deferida à mãe. No segundo caso – “família B” – trata-se de um casal com um filho, cuja guarda foi deferida ao pai. No terceiro caso – “família C” – trata-se de um casal com um filho, cuja guarda foi deferida à mãe, mas funciona, de fato, como forma compartilhada entre os pais. No quarto e último caso – “família D” – trata-se de um casal com dois filhos, cuja guarda foi deferida aos avós paternos, em função de os genitores haverem sido considerados irresponsáveis para criar seus filhos. Em todos os casos foram omitidas as identidades dos envolvidos, visando a preservar o sigilo das informações obtidas e protegendo, assim, os sujeitos da pesquisa.

Na coleta de informações, foram utilizadas entrevistas semi-estruturadas, que permitem maior participação e envolvimento dos entrevistados com a temática explorada. Os roteiros de entrevista, flexíveis, abordaram questões relativas à vida do casal, motivos da separação, aspectos de ordem judicial ligados à separação, fatores relativos à decisão quanto à custódia dos filhos, relações e vínculos entre pais e filhos, além de um histórico relativo à vida e ao desenvolvimento dos menores envolvidos, em termos afetivos, sociais, cognitivos e escolares. Foram feitos contatos individualizados com os pais e responsáveis que se dispuseram a prestar informações e, também, com cada um dos menores.

No tratamento das informações, foram utilizadas técnicas de análise dos discursos, buscando categorizar as respostas dos entrevistados conforme os objetivos do estudo, para compor um histórico e uma síntese relativos a cada

caso. Depois, ao final da análise, foram cruzadas informações entre os casos, visando a uma compreensão do conjunto em estudo.

4. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

1º Caso: "Família A"

Mãe – Idade: 40 anos

Pai – Idade: 42 anos

Filhos – Idade: 16 anos

- Idade: 12 anos

Verificou-se que o casal contraiu matrimônio com a idade entre 22 e 25 anos. Ambos têm curso superior, sendo a mãe advogada e o pai empresário.

Nos primeiros anos de casamento, o relacionamento conjugal era tranqüilo e a família vivia harmoniosamente, sem aresta entre pais e filhos. Tiveram dois filhos.

Ficaram casados, aproximadamente, 8 anos. No decorrer do tempo, o pai passou a manifestar acentuado fanatismo religioso, o que lhe acarretou problemas psicológicos, afetando a estrutura familiar.

Por isso, tornou-se insuportável a vida do casal e filhos, daí nascendo sérios conflitos internos.

Sentindo a impossibilidade de continuarem casados, a mãe entrou com o pedido de separação judicial consensual, que, posteriormente, se converteu em divórcio.

Os filhos, à época da separação, tinham, respectivamente, 6 e 3 anos.

A guarda dos filhos foi deferida à mãe, que ficou com a responsabilidade sobre os mesmos, apesar de entender que a guarda compartilhada fosse mais aconselhável, caso o pai não tivesse problemas psicológicos.

Quanto à pensão alimentícia, o juiz fixou-a em dois (2) salários mínimos, sendo um para cada filho, cumprida mensalmente pelo pai. No que tange à visitação pai-filho, decidiu-se que somente em férias escolares o pai ficaria com os filhos, pelo fato de não residirem na mesma cidade.

Tendo em vista o critério de visita, observou-se que a ausência do pai acarretou, ao filho mais velho, muita solidão, já que somente se encontravam duas vezes ao ano, durante as férias escolares. A ligação do filho mais velho com o pai é muito forte, caracterizada por grande amizade.

Verificou-se, também, que ele não revela seus problemas a ninguém; não gosta de participar de eventos escolares e relaciona-se com poucos colegas de escola, embora seu rendimento escolar não tenha sido afetado.

No aspecto de diversões, o filho mais velho gosta de futebol e de assistir a filmes de comédia. Acredita ele que a guarda unilateral acarretou-lhe problemas de timidez, dificultando-lhe, às vezes, um convívio seguro dentro da esfera familiar e social. Ao ser questionado, alegou ser a guarda compartilhada a mais correta, pois sentiria mais segurança em relação à vida e a si próprio, se seu pai participasse mais vezes do seu dia-a-dia.

Em relação ao filho mais novo, observou-se que a separação dos pais trouxe-lhe mais tranquilidade e motivação na vida familiar, escolar e social. A ausência do pai tornou-se indiferente para ele, pois raramente sente falta do mesmo.

Verificou-se, ainda, que o filho mais novo só compartilha seus problemas com sua mãe. Para ele, a guarda compartilhada lhe traria mais confusão, entendendo que a guarda unilateral é a mais viável, pois não lhe impossibilitou, em nada, de ter uma vida normal.

Observou-se, outrossim, que, em relação ao seu dia-a-dia, o filho mais novo pratica esportes, como futebol, natação e vôlei.

Quanto aos estudos, notou-se que o filho mais novo não teve problemas na aprendizagem; relaciona-se bem com quase todos os seus colegas de sala e sente-se realizado em todos os aspectos de sua vida.

Observou-se, que o filho mais velho, ao ser entrevistado, mostrou firmeza e inteligência ao comunicar-se; já o filho mais novo demonstrou afetividade e mais sociabilidade.

Síntese do caso

Percebe-se, portanto, que, com relação ao filho mais velho, a guarda compartilhada seria a mais indicada, caso o pai não tivesse problemas psicológicos, o que facilitaria a convivência dos pais com os filhos e dos filhos com os pais. A considerar, ainda, os fortes vínculos que o ligam ao pai.

Já com relação ao filho mais novo, a guarda unilateral parece ser a mais adequada, até porque ela não lhe trouxe nenhuma alteração em sua vida diária, sendo-lhe indiferente a ausência do pai.

2º Caso - "Família B"

Mãe – Idade: 50 anos

Pai – Idade: 50 anos

Filho – Idade: 15 anos

Observou-se que o casal apresentava diferenças culturais muito grandes, em vista de o pai ter curso superior e a mãe, somente a 4ª série do Ensino Fundamental.

Ao se casarem, ambos tinham 23 anos de idade, com uma situação financeira e social bastante estruturada, pois o pai era, à época, um grande empresário, podendo oferecer à esposa e ao filho muito conforto.

Verificou-se que as dificuldades começaram a surgir após 9 anos de casamento, em virtude das diferenças culturais entre ambos, o que tornou insuportável a vida em comum. Por isso, a iniciativa de separar-se de fato partiu do pai, que, em seguida, entraria com o pedido de separação judicial consensual, o que não ocorreu pelo fato de mãe ter ido embora.

O filho menor, que tinha 4 anos à época da separação, ficou com a mãe, que, logo no início, demonstrou não ter condições psicológicas para criá-lo, pelo que ele foi entregue aos cuidados do pai.

Logo após a separação, a mãe mudou-se para outra cidade e não mais retornou para ver o filho, acarretando, com isso, alguns transtornos psicológicos à vida do menor.

Diante dessa situação, o pai passou a ter a guarda de fato do filho, que não pôde ser legalizada, em virtude de a mãe se encontrar em lugar incerto e não sabido e não mais ter mantido contato com a família.

Verificou-se que, nesses anos de ausência da mãe, o pai dedicou-se ao filho, juntamente com seus familiares, proporcionando ao menor uma vida de alegria, de conforto e, sobretudo, de carinho.

O pai acredita que a guarda unilateral é a mais indicada, não só pelo fato de a mãe ter abandonado o menor, como também pelo fato de acreditar que a guarda unilateral firma, ainda mais, a personalidade e o caráter do menor.

Observou-se que, com a ausência da mãe, durante aproximadamente 12 anos, o menor amadureceu mais cedo, sob vários aspectos.

Notou-se, também, que o menor raramente sente falta da mãe e, muitas vezes, fica revoltado pelo fato de ela não o ter procurado. Seus problemas, compartilha-os, apenas, com o pai.

Apesar de se sentir seguro ao ser criado apenas pelo pai, nota-se que houve algumas alterações quanto às atividades escolares, como, por exemplo, certo desinteresse pelos estudos e certa timidez no convívio com as pessoas. Viu-se que, às vezes, seu relacionamento familiar, no dia-a-dia, é de altos e baixos.

Verificou-se que não houve alteração em relação ao lazer, com preferência para os esportes, como futebol e peteca.

Observou-se, outrossim, que houve algumas mudanças de comportamento, tais como irritabilidade e nervosismo.

Referindo-se ao pai, após a separação, viu-se que o relacionamento tornou-se amistoso e com muito diálogo.

Ao ser questionado, disse-me que a guarda unilateral é a melhor e que ela não lhe acarretou nenhum transtorno.

Percebeu-se que o filho, ao ser entrevistado, demonstrou certa timidez e pouca afetividade ao se comunicar.

Síntese do caso:

Ao serem analisadas as questões respondidas, concluiu-se que, neste 2º caso, a guarda unilateral tornou-se a mais adequada, em virtude de estar intimamente ligada à convivência pai-filho.

Ambos preferem a guarda unilateral, por entenderem que a formação da personalidade depende de uma educação contínua, firme e diária.

3º Caso – “Família C”

Mãe – Idade: 44 anos

Pai – Idade: 38 anos

Filho – Idade: 14 anos

Ao serem entrevistados, verificou-se que, quando ambos contraíram matrimônio, não estavam aptos para tal compromisso, apesar de a sua mãe ter, à época do casamento, 28 anos e o pai, 24.

Observou-se que a incompatibilidade entre eles surgiu logo no início, em virtude de certas atitudes do pai, como alcoolismo, ociosidade e outras.

Ambos concluíram o curso superior, mas as despesas da casa ficavam a cargo da mãe, a única que trabalhava.

Verificou-se que, ao nascer o filho, a situação foi se agravando progressivamente, afetando ainda mais o relacionamento de ambos.

A ruptura se deu após 4 anos de casados, estando a vida conjugal insuportável, quando a mãe separou-se de fato do pai. Após 2 anos de separados de fato, ambos concordaram em pleitear o divórcio consensual direto.

Juridicamente, a guarda foi deferida à mãe, que não estipulou dia para a visitação, por entender que o filho precisaria da assistência não só psicológica, como também afetiva do pai.

À época da separação, o filho tinha 7 anos.

A mãe, juntamente com o pai, ao analisarem sua convivência com o filho menor, acreditam que a guarda compartilhada, ao invés da unilateral, daria maior suporte psicológico ao filho, evitando, com isso, problemas de fundo

emocional, tais como solidão, insegurança e sobretudo falta de confiança em si próprio.

Quanto à pensão alimentícia, foi ela fixada em um salário mínimo, tendo sido cumprida mensalmente, pelo pai.

Em relação ao filho, inicialmente, a ausência do pai acarretou rebeldia, irritabilidade, desinteresse pelos estudos e dificuldade ao relacionar-se com a mãe.

Posteriormente, com a presença do pai em sua vida, em quase todos os momentos, verificou-se que todos os problemas foram sanados e sua vida familiar, no dia-a-dia, ficou bastante estruturada.

Observou-se, também, que nos finais de semana, feriados e férias, o menor passa com seu pai e avós paternos, o que lhe traz estabilidade emocional.

Ao ser questionado sobre guarda unilateral ou compartilhada, o menor acredita que a primeira acarreta problemas de timidez, gera insegurança e dificuldades na aprendizagem, ao passo que a segunda, a que ele vive na prática, traz mais segurança e auto-estima, por conviver com ambos os pais.

Verificou-se que ele melhorou no desempenho escolar e adora praticar esportes, tais como futebol, natação, vôlei e tênis, sendo a comédia seu tipo de filme preferido.

Observou-se que o menor ao ser entrevistado, sentiu-se seguro, confiante, demonstrando inteligência e compreensão da situação, ao se comunicar.

Síntese do caso:

Percebe-se, neste 3º caso, se a guarda compartilhada perfeitamente aplicável, tendo em vista o bom nível de relacionamento verificável entre os genitores, o que facilita a manutenção do vínculo dos dois pais com o menor.

Vê-se que todos os envolvidos partiram do princípio de que a guarda unilateral trouxe ao menor, muita insegurança, irritabilidade e nervosismo, gerando ao mesmo vários conflitos internos.

Com essa moldura, a guarda compartilhada, que é a vivenciada pelo filho, apresenta-se como opção adequada à solução dos problemas que aparecem na vida deste, trazendo-lhe múltiplas vantagens no que concerne ao convívio com o pai e a mãe.

4º Caso - "Família D"

Requerentes:

Avós paternos - Avó – Idade: 56 anos

- Avô – Idade: 60 anos

Genitores: - Pai – Idade: 30 anos

- Mãe – Idade: 27 anos

Crianças: - Idade: 9 anos (filho)

- Idade: 8 anos (filha)

Verificou-se que, inicialmente, foi deferida aos avós paternos a guarda provisória dos netos menores.

Ambos são pessoas idôneas, casados, trabalhadores, moram em casa própria e ganham entre 5 e 10 salários mínimos.

O juiz, ao deferir a guarda provisória, levou em consideração a irresponsabilidade dos genitores, tais como desequilíbrio emocional dos dois, alcoolismo por parte do pai, falta de maturidade de ambos para continuarem a criar os filhos.

Os avós ficaram com a guarda provisória, por um ano, sendo-lhes, posteriormente, deferida pelo juiz a guarda definitiva, por entender que o casal de genitores continuava apresentando distúrbios psicológicos seriíssimos.

Notou-se que, no início, as crianças tiveram problemas de dor de cabeça e insônia, motivo pelo qual foram encaminhados ao psicólogo.

À época da separação, os menores tinham respectivamente 7 e 6 anos de idade.

Antes da guarda, o relacionamento dos menores com os pais era tumultuado e inconseqüente, acontecendo, às vezes, maus tratos por parte dos pais.

Verificou-se que a convivência com os avós trouxe às crianças muita alegria, paz e conforto.

Em relação aos pais, observou-se que ambos estudaram até o ensino fundamental e, à época em que se uniram, tinham entre 21 a 25 anos de idade. A união durou aproximadamente 8 anos e foi um relacionamento de muitas brigas e incompreensões.

Ao ser deferida a guarda aos avós, os pais, no início, se sentiram muito tristes, chegando, mais tarde, à conclusão de que a atitude tomada pelos avós foi a mais certa e coerente.

Observou-se que a visitação pais-filhos é semanal e o relacionamento entre eles é normal.

Verificou-se, também, que o acompanhamento nos estudos é feito pela avó, diariamente, vindo, com isso, a estruturar melhor a vida escolar dos menores, que passaram a ter um desempenho satisfatório nas matérias.

Notou-se outrossim, que, estando com os avós, as crianças passaram a ter muito conforto e lazer.

Observou-se que, com o tratamento psicológico, os menores estão ajustando-se emocionalmente e adequando-se à nova realidade, com muita tranqüilidade e segurança.

Verificou-se que os menores ao serem entrevistados, apresentaram certa timidez e pouca compreensão da situação ao se comunicarem.

Síntese do caso:

Percebe-se que, no 4º caso, a guarda dos menores foi deferida aos avós paternos, por não se poder confiar nos pais, em virtude de problemas apresentados pelos mesmos.

Pode-se observar que as crianças passaram a ter desenvolvimento completo e harmonioso, a partir do momento em que os avós obtiveram a guarda dos mesmos.

Partindo daí, entendo que a guarda deferida aos avós, tendo em vista o péssimo relacionamento entre os pais, foi o caminho indicado para assegurar melhor proteção aos filhos e garantir a eles melhores condições para o seu desenvolvimento físico, mental, intelectual e psicológico.

5. CONCLUSÕES E SUGESTÕES PARA FUTUROS TRABALHOS

5.1 Conclusão

Com esta pesquisa, buscou-se demonstrar que existe em construção um novo modelo para tratar das vicissitudes por que passam aqueles que se divorciam. Este modelo, em parte, se opõe ao modelo adversarial típico dos embates judiciais, onde a ideologia do "perdedor versus ganhador" ensejaria uma eterna disputa entre os ex-cônjuges e/ou um retraimento de um deles (ou de ambos). Mesmo nos casos onde se homologa um acordo, aparentemente bem ajustado, ocorre, muitas vezes, anos depois, a volta ao tribunal dos ex-cônjuges, quando se constata um clima de intenso conflito e beligerância. Como vimos ao longo do trabalho, o divórcio é um processo que se inicia muito antes da decisão de se separar, e que não termina com a homologação judicial. Daí, a importância de ajuizarmos esse processo de forma que não se acirrem as disputas, buscando-se o diálogo e a cooperação.

No novo modelo, a ideologia da cooperação mútua entre as partes, com vistas a um acordo pragmático e realístico, se torna necessária, com o comprometimento do pai e da mãe, no que tange aos cuidados com os filhos havidos em comum, para, com isto, se chegar a uma solução satisfatória para todos, especialmente os filhos. Não se trata de negar os conflitos que esses casais levam para as varas de família, nem tampouco de achar que assim estaremos colocando uma pá de cal sobre eles. O modelo tem como fundamento a tentativa de encarar os fatos do divórcio ou separação sob um novo ponto de vista, onde a abordagem multidisciplinar auxiliaria na apreensão

do processo do divórcio, visando a uma compreensão mais ampla desse processo. A partir dessa compreensão ampliada é que poderemos propor a melhor solução em cada caso.

Como foi descrito ao longo do trabalho, o modelo de guarda compartilhada busca implementar um novo padrão de relacionamento entre pessoas separadas e divorciadas, onde a cooperação, o respeito ao outro, o incentivo ao convívio pais-filhos e o cuidado às crianças seriam postos em primeiro plano.

Tal modelo, apesar de não existir na legislação brasileira, tem amplo sustento na ideologia do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois privilegia e defende os interesses da criança, além de buscar prover meios para que seu desenvolvimento se dê da melhor forma possível.

E, mesmo não existindo tal figura em nossa legislação, isso não significa que tal modalidade de custódia não seja aplicável às nossas condições sociais. A verdade é que, em relação a esta problemática, a legislação anda a reboque das pressões sociais, tendo em vista que esta é uma questão muito debatida, hoje, no Brasil, não apenas no campo jurídico, mas em várias instâncias sociais e profissionais, sem se falar no interesse das famílias.

A principal vantagem do modelo da guarda em questão encontra-se ao nível da qualidade das relações e dos vínculos que se preservam entre pais e filhos.

Deduze-se, ainda, que a guarda compartilhada pode ser um instrumento de grande valia na implementação desse novo modelo de relações, pois carrega em seu âmago a filosofia que norteia essas idéias: incremento da visitação e

do convívio, estímulo à participação dos pais na vida de seus filhos e apoio ao melhor desenvolvimento das crianças, dentre outros.

Deste modo, estas metas estariam sendo buscadas tanto pela via da informação e educação, quanto pela via da determinação da custódia.

É necessária uma mudança na postura dos pais separados, tanto no relacionamento entre eles, quanto no relacionamento com os filhos, após o divórcio. Entendemos que é crucial o entendimento das vicissitudes por que passam as crianças durante o processo da separação e que seja passado aos pais esse entendimento, bem como o aporte de tudo aquilo que possa promover um melhor desenvolvimento psicoemocional destas crianças. Compartilhar o cuidado aos filhos significa dividir o trabalho e a responsabilidade, dando aos pais mais espaço para outras atividades, bem como diminuindo os sentimento de culpa e frustração que podem sentir aqueles que não cuidam de seus filhos.

Como ficou claro na presente pesquisa, buscamos traçar um panorama do novo instituto da guarda compartilhada, inovador e benéfico para a maioria das famílias que consideram primordial o interesse da prole. Destacamos, nesta parte, pontos relevantes, como objetivo de se elaborar novo modelo de relacionamento familiar, que possa dar conta da revolução nos costumes ocorridos nos últimos tempos.

No que diz respeito especificamente aos resultados da pesquisa, percebe-se que o modelo de guarda estudado não tem aplicabilidade universal, o que significa que é aplicável a algumas situações; a outras, não. Nosso estudo mostra que o modelo é aplicável no caso n.º 3 e, ao filho mais velho, no

caso n.º 1, uma vez que nestas situações específicas encontram-se presentes condições favoráveis à aplicação do modelo.

E quais são estas condições?

- 1) uma boa condição material e financeira de ambos os pais;
- 2) os dois morarem na mesma localidade;
- 3) haver condições de diálogo entre os genitores, de forma a possibilitar acordos flexíveis entre eles em relação aos filhos;
- 4) responsabilidade e disponibilidade de ambos em cumprirem suas partes nos acordos;
- 5) que ambos os pais priorizem em suas vidas o bem-estar e a felicidade dos filhos, apesar da separação do casal.
- 6) criar oportunidades para que os filhos mantenham contato com os familiares de ambos os pais.

Assim, concluímos serem estas as condições para um bom funcionamento do modelo da guarda estudada.

A pretensão deste trabalho foi em função da realidade atual, além de apresentar, de forma sistemática e completa, na medida do possível, os aspectos relevantes do instituto da guarda compartilhada.

5.2 Sugestões para futuros trabalhos

Os resultados deste trabalho, além de apontar aspectos importantes do novo modelo de guarda compartilhada, mostram que a solução para o problema está em resolver a questão do filho menor, acima de tudo.

Sabemos que, na realidade social, surgem cada vez mais conflitos envolvendo relações paterno-filiais, porém são escassas as normas legais a respeito. Cumpre à doutrina e à jurisprudência estabelecer em soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com o texto constitucional.

Com este objetivo, surgem sugestões para futuros trabalhos em que o novo modelo de guarda compartilhada, no Brasil, venha, em futuro breve, reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

Recomendam-se, para futuros trabalhos, estudos desenvolvidos no sentido de instrumentalizar:

- * propostas de Lei para o implemento da Guarda Compartilhada do filho menor, no sistema jurídico brasileiro;
- * conscientização do Poder Público em relação à continuidade do convívio do filho menor com ambos os pais para o seu desenvolvimento emocional, de forma saudável;
- * dentro do modelo da Guarda Compartilhada, buscar novas fórmulas de participar ativamente das decisões dos filhos menores, valorizando sempre a paternidade e a maternidade.

Tais recomendações visam a uma co-participação em igualdade de direitos e deveres, como resposta ao novo modelo de Guarda Compartilhada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. 5º Vol., 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ELIAS, Roberto João. Pátrio Poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Guarda - Estatuto da Criança e do Adolescente: Questões controvertidas. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Direito Civil. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Tutela Específica das Obrigações de Fazer. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada e um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LAVILLE C. e DIONNEJ. A Construção do Saber. Porto Alegre: Editora UFMG/Artmed, 1999.

LEONEL, Carla. Casamento, Separação e Viuvez. São Paulo: Editora CIP, 1999.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Comentários Didáticos: Direito de Família. 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1986.

MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. Manual Prático de Direito de Família. 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito de Família. 2º Volume, 34ª ed.*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Diretrizes Psicológicas para uma Abordagem Interdisciplinar da Guarda e das Visitas*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

MUJALLI, Walter Brasil. *Família e Sucessões*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

NETO, Caetano Lagrasta. *A Família Brasileira no Final do Século XX*. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2000.

NEVES, Maria Cristina Ananias. *Vademecum do Direito de Família. 5ª ed.*, São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1997.

NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Alimentar, Divórcio, Separação*. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

OLIVEIRA, Juarez. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. V, 11ª ed.*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

PEREIRA, Sérgio Gischkaw. *A Guarda Conjunta de Menores no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Ajuris, 1986.

VIANA, Marco Aurélio. *Direito de Família. Vol. 2, 2ª ed.*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

WALD, Arnold. Direito de Família. 7ª ed., vol IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

WALLERSTEIN, Judith S.; BLAKESLEE, Sandra. Sonhos e Realidades no Divórcio: marido, mulher e filhos dez anos depois. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. Vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ANEXO 1

ROTEIRO DE ENTREVISTA COM OS PAIS

1. Estado civil:

2. Grau de escolaridade:

Do pai:

Da mãe:

Renda familiar:

3. Idade do casal quando contraíram matrimônio:

Mãe:

Pai:

4. Duração do casamento:

5. Quem deu entrada com o pedido de separação?

6. Há quanto tempo são separados ou divorciados?

7. Número de filhos:

8. Número de filhos menores:

9. A quem foi concedida, pelo juiz, a guarda do menor?

10. Como ficou estipulada a visitação pai-filho ou mãe-filho?

11. Como se sentia o(a) filho(a) ficando a guarda do menor com a mãe ou pai?

12. A ausência do pai ou mãe o que acarretou ao menor?

13. Para você, a guarda do menor deve ser unilateral ou compartilhada?

14. Qual foi o motivo da separação?

15. Após a separação, o pai cumpre mensalmente a pensão alimentícia?

16. Qual o valor da pensão?

17. Após a separação ou divórcio, como ficou o contato entre ambos (pai e mãe)?

18. Como ficou o temperamento de seu filho, após a separação ou divórcio?

19. Seu(ua) filho(a) menor apresentou algum problema psicológico após a separação?

20. Quanto às atividades escolares, o que foi verificado pelo professor, em relação ao seu(ua) filho(a)?

21. Como ficou o relacionamento de seu(ua) filho (a) com os colegas de escola?

22. Como ficou o seu relacionamento com seu(ua) filho(a) após a separação ou divórcio?
23. Que tipo de guarda você escolheu em relação ao seu(ua) filho (a) menor?
24. Por que não foi legalizada a guarda do menor?
25. Há quanto tempo o filho menor não tem contato com a mãe ou o pai?

ANEXO 2

ROTEIRO DE ENTREVISTA COM OS FILHOS MENORES DOS PAIS DIVORCIADOS

1. Sexo:
2. Idade:
3. Escolaridade:
4. A quem foi concedida a guarda, pelo juiz?
5. Para você, os seus pais deveriam ter se separado ou deveriam continuar juntos de acordo com o relacionamento que viviam?
6. Com a separação dos seus pais, como você se sentiu?
7. Você sente falta de seu pai?
8. Para você, com quem deveria ficar a guarda?
9. É importante para você compartilhar seus problemas? Com quem?
10. O que a guarda conjunta ou compartilhada lhe traria?
11. Para você, a guarda unilateral seria a melhor?
12. Qual (ais) o(s) tipo(s) de esportes que você pratica?
13. Você gosta de estudar?
14. Na sua escola, de que você gostaria de participar?
15. Como você gosta de se divertir?
16. Que tipo de filme você prefere?
17. Como é o seu relacionamento com os seus colegas da escola?
18. Como é o seu sono?
19. Como ficou o seu relacionamento com o seu pai ou mãe após o divórcio?
20. Como é sua vida familiar no seu dia-a-dia?
21. Qual a idade dos menores à época do deferimento da guarda definitiva?
22. Qual a identificação dos motivos da saída da criança da família natural?
23. Como se sentiam as crianças, quando se encontravam morando com os genitores?
24. Materialmente, antes da guarda provisória ser deferida, as crianças tinham conforto?

25. Ao ser deferida a guarda provisória aos avós paternos, como se sentiram as crianças?
26. O que acarretou a ausência dos genitores na vida das crianças?
27. Como se sentiram as crianças ao saberem que iriam morar com os avós paternos?