

UNIPAC – UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDRE MACIEL TRAJANO

**INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA
APLICABILIDADE**

Juiz de Fora - MG
2009

01/003
11.0.00065

ALEXANDRE MACIEL TRAJANO

**INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA
APLICABILIDADE**

Monografia apresentada à Universidade
Presidente Antônio Carlos como
requisito para a conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Prof^ª. Maria Amélia da Costa

Juiz de Fora - MG
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Alexandre Jaciel Fajano

Aluno

*Instituto da Guarda Compartilhada e
sua Aplicabilidade.*

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Jaciel Braga

Laura B. Vieira

Maria Amélia da Costa (orientação)

Aprovada em 15 / 06 / 2009.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Nelson e Glória os retribuo
com muito orgulho todo o esforço inicial em
meus estudos.

AGRADECIMENTOS

Senhor, muito obrigado pela força espiritual, que sempre me fez acreditar que nada será difícil quando se tem fé.

Aos meus irmãos Adriana, Flavia e Fabrício, que vocês continuem se orgulhando e que sirva de exemplo e estímulo para todos.

Aos meus filhos: Thaís, Luiza, Lucas, Arthur e Felipe, esta conquista foi para vocês, espero que acreditem sempre, e nunca desistam de seus sonhos, assim como eu sempre acreditei nos meus.

A todos aqueles que diretos ou indiretamente me ajudaram, quer em orações, ou com palavras de incentivos quer me elogiando ou me corrigindo, o meu "muito obrigado".

Mas existe uma pessoa, um anjo, uma alma em minha vida, que por ela hoje estou aqui. Você abriu as portas para um recomeço da minha vida, me levantando, me incentivando quer nas palavras, nos gestos, em suas orações e até nos próprios trabalhos da faculdade. Agradecer-te é muito pouco, portanto sou e serei eternamente grato por você fazer parte da minha vida. Obrigado Cris, minha grande amiga, guerreira e amada esposa, te amo! Não sei se conseguiria sem você ao meu lado. Valeu.

EPÍGRAFE

“Sem uma teoria crítica do Direito de Família, será demasiado difícil alcançar o valor do novo, seja em matérias de técnicas, seja de práticas ou de instituições, para pô-las em relação os termos da vida social”.

João Baptista Villela

RESUMO

A ruptura da sociedade conjugal não precisa necessariamente, vir acompanhada de frustração e incompatibilidade, como é regra, na sociedade brasileira. Se o interesse maior do menor deve sempre prevalecer, como pretende o ECA, a guarda compartilhada preenche de forma notável aquela pretensão legislativa e favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus que a guarda unilateral, inevitavelmente, criava. Para o Direito de Família, os princípios constitucionais, fortaleceram e protegeram os vínculos familiares, garantindo o pleno desenvolvimento e crescimento dos membros da comunidade familiar. As regras de direito de família afetam os indivíduos que estão dentro do núcleo familiar. Em geral são regras de caráter público e não estão à disposição ou à vontade das partes. A proteção aos filhos menores de idade sempre foi uma preocupação social, que em épocas remotas teve seu início quando os homens passaram a conviver em grupos e, posteriormente também uma preocupação jurídica, que se expressou na declaração universal dos direitos das crianças, nos textos constitucionais e na legislação infraconstitucional do ordenamento jurídico pátrio. Ressalta-se que o tema Guarda Compartilhada, ainda difícil e pouco explorada, decorre da igualdade constitucional de direitos e obrigações do marido e da mulher, não mais justificador da atribuição predominantemente feminina quando da ruptura. Neste contexto, buscou-se tratar o Instituto da Guarda Compartilhada e sua aplicabilidade, mostrando através de recursos metodológicos, em uma primeira parte, o Pátrio Poder à luz da Constituição de 1916, com as inovações trazidas pelo Estatuto da Mulher Casada e pela Lei do Divórcio no intuito de demonstrar sua evolução à Luz da Constituição de 1998, passando pelo conceito de Poder Familiar, à Luz do nosso Código Civil de 2002, que em perfeita consonância com a Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos é conjunta, atribuindo-lhe o nome de "poder familiar", disciplinando seu exercício, suspensão e perda (arts. 1.630 a 1.638). A proposta se reveste de fundamental importância na virada do século, privilegiando a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após ruptura da relação conjugal, responsabilizando 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, ficando mantida a ligação emocional com seus dois genitores.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Constituição Federal. Filhos. Pais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 BREVE HISTÓRICO SOBRE PÁTRIO PODER.....	10
1.1 Suspensão, Perda e Extinção do Pátrio Poder.....	14
1.2 Estatuto da Mulher Casada.....	16
1.3 Estatuto da Criança e do Adolescente.....	17
1.4 Divórcio: Conceito de modalidades.....	18
1.4.1 Conversão da separação judicial em divórcio.....	20
2 PODER FAMILIAR.....	21
2.1 Conteúdo do Poder Familiar.....	22
2.2 Direitos e deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos ..	23
2.2.1 Guarda, educação e correição.....	23
2.2.2. Vicissitudes do Poder Familiar.....	25
3 GUARDA COMPARTILHADA	27
3.1 Conceito de Guarda Compartilhada	27
3.2 As distintas modalidades de guarda	29
3.2.1 Guarda comum, desmembrada e delegada	29
3.2.2 Guarda originária e derivada	29
3.2.3 Guarda de fato.....	30
3.2.4 Guarda provisória e definitiva. Guarda única. Guarda Peculiar	30
3.2.5 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários ..	30
3.2.6 Guarda jurídica e guarda material	31
3.2.7 Guarda alternada	31
3.2.8 Aninhamento ou nidação.....	32
3.2.9 Guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta	32
3.3 A atribuição da guarda no novo Código Civil	32
3.4 Possibilidade jurídica do modelo compartilhado no direito pátrio.....	33
3.5 Conseqüências da Guarda Compartilhada	35
3.6 Vantagens do Modelo da Guarda Compartilhada.....	36
3.7 Desvantagens desse novo modelo de Guarda.....	37
4 CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo verificar as conveniências da guarda compartilhada dentro das possibilidades apresentadas pelo Direito de Família, suas conseqüências e vantagens, levando em conta os anseios da sociedade face à temática em questão.

Com laços estreitos estabelecidos pelos pais na criação de seus filhos, leva-os nas dissoluções conjugais, um grande desejo pela guarda, havendo inclusive o compartilhamento com a mãe da criança. Assim, surge a necessidade do aperfeiçoamento da legislação no sentido de atender a crescente demanda de pais separados, e do desejo paterno de maior participação no futuro de seus filhos. Os pais desejam uma participação maior na guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização.

A Constituição Federal, no artigo 229 impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar. O Estatuto da Criança e do Adolescente confirma o preceito maior ao incumbir *aos pais* o dever de sustento, guarda e educação de seus filhos, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores.

Antes de se adentrar no principal assunto da monografia, é necessário um breve estudo no primeiro capítulo das relações parentais e de suas conseqüências, como Pátrio Poder Familiar, Estatuto da Mulher Casada, Estatuto da Criança e do Adolescente e modalidades de guarda, uma vez que para se chegar a uma conclusão convincente sobre a guarda compartilhada é necessário prévia compreensão desses institutos.

Importante se faz ressaltar o estudo sobre o Poder Familiar, com a advento da Constituição de 1988 e o novo Código Civil de 2002, que trouxeram importantes inovações quanto à atenção e o interesse do bem estar do menor.

No terceiro capítulo, entrar-se-á no estudo da guarda compartilhada, elucidando as principais dúvidas que existe sobre o instituto, demonstrando aonde no ordenamento jurídico existe respaldo para sua aplicabilidade, além da possibilidade jurídica do modelo compartilhado no direito pátrio, as distintas modalidades de guarda e as conseqüências da Guarda Compartilhada, além das vantagens e desvantagens deste novo modelo de guarda.

Por ser um instituto novo e recentemente regulamentado através da lei 11.698/2008, que altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, a mesma é pouco conhecida pelos casais e por conseqüência, pouco utilizada.

Desta forma, este trabalho tem por objetivo, esclarecer os benefícios e prejuízos da guarda compartilhada e sua aplicabilidade.

Como fonte de pesquisa, foi elegida a doutrina brasileira, principalmente a de Direito de Família, tanto bibliográfica quanto publicada em artigos de revistas em sites da internet.

CAPÍTULO 1

BREVE HISTÓRICO SOBRE PÁTRIO PODER

No conceito de Lafayette Rodrigues Pereira (1966, p.234 *apud* Grisard, 2005, p.31), em seu clássico Direitos de família, é proposto o seguinte conceito: “O pátrio poder é o todos que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens dos filho famílias”.

No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua (1960 p.279 *apud* Grisard, 2005, p.32) conceitua o instituto como sendo

o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos, sem correspondência com a realidade, mas, certamente, à vista da inquebrantável soberania do chefe de família, que reconhecia ser de uma amplitude que se nos afigura hoje odiosa [...], tendo mais em vista o egoísmo dos chefes da sociedade doméstica, do que o benefício altruísmo em arrimo à debilidade dos filhos.

Até a Constituição de 1988, era defensável a posição do Código Civil de 1916, deferindo a proeminência do marido no exercício do pátrio poder, como vimos no artigo 380 *in verbis*:

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

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

Essa redação foi dada pela Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada). Na redação originária do Código Civil, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal.

Essa construção foi demolida pelo art. 226, § 5º da Constituição de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” Nesse sentido, acentuou o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90):

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judicial competente para a solução da divergência.

A lei 8.069/1990 dispunha que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação de filhos menores (art. 22) e que a falta ou carência de recursos materiais não justifica a extinção ou perda do pátrio poder (art. 23). Segundo Arnoldo Wald (2002, p.229),

ainda é da competência dos pais conceder ou negar aos filhos menores consentimento para casar, nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver ou se o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder. O filho não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se porém, a mãe não for conhecida ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

Vale ressaltar que ambos os pais devem exercer o pátrio poder, em ambiente de compreensão e entendimento. O conflito poderá ser em última análise, definido pelo tribunal: imagine-se, por exemplo, a hipótese de os pais divergirem irremediavelmente acerca da modalidade de educação a ser dada ao menor, bem como da instrução escolhida para fazê-lo; sobre o tratamento médico ou psicológico a ser seguido em caso de necessidade; sobre autorização de viagem ao exterior etc. Ademais, na conduta do patrimônio do menor podem surgir divergências acerca da melhor forma de administração dos bens.

Outro ponto importante a ser destacado, é que nenhum dos pais perde o exercício do pátrio poder com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder decorre da paternidade e da filiação e não do casamento. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas. Atualmente, não é afastada a possibilidade da guarda compartilhada, assunto desta monografia, na qual, por períodos definidos, ambos os cônjuges exercem a

guarda sucessivamente. Tal, porém, não suprime ou suspende o pátrio poder do pai ou da mãe. Essa, aliás, a noção do art. 381. A guarda e a visita dos filhos são disciplinadas pelos arts. 9º a 16 da Lei nº 6.515/77.

É certo que o cônjuge que não detém a guarda tem, na prática, os poderes do pátrio poder enfraquecidos. O cônjuge, no entanto, nessa situação, pode recorrer do Poder Judiciário quando entender que o exercício do direito do pátrio poder pelo guardião não está sendo conveniente. Aplica-se mesma conclusão à separação de fato e às uniões sem casamento. Também permanece para os pais o pátrio poder na anulação de casamento, pouco importando se putativo ou não. Com a morte de um dos pais, é o sobrevivente que exercerá o pátrio poder. (art. 382).

Importante salientar que pela nova ordem constitucional, e pela derrogação do artigo 385 do Código Civil de 1916 não cabe mais ao pai a administração legal dos bens dos filhos e apenas na falta daquele a administração pela da mãe. Perante a igualdade dos cônjuges na lei, ambos os pais devem exercer essa administração em comum acordo. Portanto, ambos os progenitores deverão firmar os contratos referentes aos bens dos filhos menores, podendo um só fazê-lo somente se tiver procuração do outro. Ademais, o Código Civil de 1916 dispunha, em seu art.386, dispõe que os pais, no exercício do pátrio poder, não poderão praticar atos que resultem na diminuição do patrimônio do menor sem prévia autorização judicial. Os atos livres desta prévia autorização são os de mera administração.

Todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao pátrio poder. Não distingue mais a ordem constitucional entre legítimos, ilegítimos ou adotivos, e atualmente, há ampla liberdade para o reconhecimento de filiação. Como apontado, ainda que a guarda seja confiada a terceiros, os pais não perdem o poder familiar. A guarda absorve apenas alguns de seus aspectos. Cabe aos pais dirigir a educação dos filhos, tendo-os sob sua guarda e companhia, sustentando-os e criando-os.

O poder familiar é *indisponível*. Decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros. Como vimos, os pais que consentem na adoção não transferem o poder familiar, mas renunciam a ele. Também, indiretamente a ele renunciam quando praticam atos incompatíveis com o poder paternal. De qualquer modo, contudo, por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao poder familiar. Nas palavras de Sílvio Venosa (2001, p.285),

Trata-se, pois, de estado irrenunciável. Cuida-se de condição existencial entre pai e filho. O revogado Código de Menores permitia a delegação do pátrio poder, a qual foi abolida de nosso ordenamento. Por decisão judicial,

na hipótese de guarda, alguns dos direitos e deveres do pátrio poder podem ser atribuídos ao guardião. O "pátrio poder" é *indivisível*, porém não seu exercício. Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do pátrio poder, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns dos deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta. O pátrio poder também é imprescritível. Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo.

O art.359 dispunha que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. Muito entendem que esse dispositivo está revogado pela nova ordem constitucional, por ser discriminatório. Não nos parece, no entanto. O dispositivo foi estabelecido em prol da harmonia da família. Um filho estranho a um dos cônjuges pode-se converter em elemento perturbador no âmbito da convivência do lar. Não há discriminação nesse artigo, mas apenas regulamentação. Essa disposição é complementada pelo art.15 do Decreto-lei nº30200/41:

Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai, ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que prestar a filho legítimo, se o tiver.

Também que, em matéria de responsabilidade civil, o pátrio poder acarreta ônus aos pais. Nesse sentido, o art.1.521 de 1916 dispunha que são responsáveis pela reparação civil os pais pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. A idéia é o sentido de que, em se tratando de pais separados, responsáveis pelos atos do menor será o progenitor que detiver sua guarda. No entanto, a jurisprudência tende a alargar o conceito, dependendo do caso concreto, buscando, quanto possível, responsabilizar ambos os pais.

Sob esse título, o Código Civil de 1916 disciplinava a matéria de forma concisa no art.384:

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar pátrio poder;

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Segundo Venosa (2001, p.292), cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts.224 a 246 do Código Penal). Entre as responsabilidades de criação, temos que lembrar que cumpre também aos pais fornecer meios para tratamentos médicos que se fizerem necessários.

1.1 Suspensão, Perda e Extinção do Pátrio Poder

Como o poder paternal é um *mínus* que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que, privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.

Primeiramente, o Código de 1916 descrevia alguns fatos causadores da extinção do pátrio poder, no art.392:

Extingue-se o pátrio poder:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art.9º, Parte Geral;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção.

A referência correta quanto à emancipação é ao §1º do art.9º do citado diploma. Como referimos, a morte de um dos pais não faz cessar o pátrio poder que remanesce na pessoa do genitor sobrevivente. Originalmente, na redação do Código Civil, a mãe perdia o “pátrio poder” se contraísse novas núpcias, o que foi modificado pela Lei nº 4.121/62. A emancipação do filho importa atribuir-lhe completa capacidade de direito. Quanto á adoção, qualquer que seja sua modalidade, ela extingue o pátrio poder da família original, que passa a ser exercido pelo adotante. Na verdade, a adoção transfere o pátrio poder, não o extingue.

A suspensão do pátrio poder era decretada pela autoridade judiciária, após a apuração de conduta grave. Nesse sentido, o art.394 se referia a possibilidade que podem os pais ser suspensos do pátrio poder quando agirem com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou

arruinarem os bens dos filhos. O pedido de suspensão pode ser formulado por algum parente ou pelo Ministério Público, ou mesmo de ofício. Caberá ao prudente critério do juiz suspender o pátrio poder pelo tempo que achar conveniente, adotando também as medidas necessárias. O parágrafo único do art.394 dispõe que também será suspenso o pátrio poder se o pai ou a mãe forem condenados em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão. A condenação por crimes apenado com reprimendas inferiores poderá ocasionar a suspensão, ou até a perda do pátrio poder, dependendo da gravidade com relação ao filho. Examina-se o caso concreto.

As causas de suspensão do pátrio poder descritas no Código são apresentadas de forma genérica, quando margem ampla de decisão ao magistrado. O Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência à perda e suspensão do pátrio poder no art.24, reportando-se ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritos no art.22. Esse dispositivo, por sua vez, reporta-se aos deveres de sustento, guarda e educação os filhos, bem como a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, no interesse deles. Portanto, o caso concreto dará ao juiz os parâmetros para a grave decisão de suspensão do pátrio poder. Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos, devendo ser nomes do advogado dativo para a defesa, se for caso de pobreza e a assistência judiciária oficial não estiver disponível. Os artigos 155 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam os procedimentos para a perda ou suspensão do pátrio poder. A sentença que decretar a perda ou suspensão do pátrio poder será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

Uma vez suspenso o pátrio poder, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal.. Se houver motivos graves, a autoridade judiciária poderá decretar liminarmente a suspensão do pátrio poder, dentro do poder geral de cautela, deferindo a guarda provisória a terceiro, até final decisão(art.157 do Estatuto da criança e do Adolescente). A suspensão é medida menos grave do que a destruição ou perda, porque, cessados os motivos, extinta a causa que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal. Por outro lado, como apontamos, a suspensão pode-se referir a apenas parte dos atributos do pátrio poder.

1.2 Estatuto da Mulher Casada

Embora o Código Civil não tivesse definido um poder marital absoluto, como vimos, até o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962), a mesma era colocada na incômoda situação de pessoa relativamente incapaz, ao lado dos pródigos e dos silvícolas, sendo-lhe vedado praticar determinados atos e negócios jurídicos sem a assistência do marido. Ressalta-se que o art. 242, com a redação dada pelo Estatuto da Mulher Casada, dispõe que a mulher não pode, sem autorização do marido, praticar atos que este não poderia sem o consentimento dele, a saber, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou alienar direitos reais sobre imóveis alheios; pleitear, como autora ou ré, acerca desses bens e direitos; prestar fiança; fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com bens ou rendimentos comuns.

O direito de família é formalista, segundo Arnoldo Wald (2002, p.7), exigindo solenidades especiais para a prática dos atos fundamentais como o casamento, o reconhecimento de filho e a adoção. Como a maioria das suas disposições é de ordem pública e tem reflexos importantes na vida social, os atos jurídicos de direito de família não admitem modalidade.

Em se tratando do Poder Familiar, o Estatuto da Mulher Casada trouxe novidades que antes era exercido pelo pai, passando depois a ser exercido pelo pai e pela mãe; em outras palavras, exercia o poder familiar o marido, com a colaboração da mulher (MONTEIRO, 2004, p. 329 apud Grisard 2005, p. 41). Alterou-se o artigo 380 do Código Civil de 1916, que passou a ter nova redação: “Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.”

Importante destacar que, mesmo a mulher casada, tornando-se capaz, o marido continuou a ter a chefia da sociedade conjugal, continuando em uma posição hierarquicamente superior, pois dispunha o parágrafo único do artigo 380 que, em caso de divergência, prevaleceria à decisão paterna, relegando à mulher o poder de recorrer ao juiz para a solução da divergência. Mas isto não resolveria os problemas corriqueiros, do dia-a-dia, continuando assim a prevalecer a vontade do pai.

Trata-se que, com a nova lei, a mulher casada passou a ter plena capacidade civil, não sendo mais considerada relativamente incapaz, e, no exercício do pátrio-poder, passou a exercê-lo como colaboradora do marido; mas a chefia da sociedade conjugal continuou a pertencer ao marido, tanto que o parágrafo único dispunha que, na divergência entre os

progenitores quanto ao exercício do pátrio-poder, prevaleceria a decisão do pai. De acordo com Wald (2002,p.22), a Lei 4.122/62,

Modificou os princípios básicos aplicáveis em matéria de regime de bens e de guarda de filhos. Embora inspirada em bons propósitos, apresentou sérias falhas técnicas, transformando assim o direito de família numa verdadeira colcha de retalhos, a exigir uma nova revisão, para dar coerência e sistemática a este ramo do direito privado.

1.3 Estatuto da Criança e do Adolescente

Neste tópico trataremos sobre a adoção sob o enfoque do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que substituiu o Código de Menores, e trouxe disposições expressas sobre o pátrio, baseados na Constituição Federal de 1988,.

Da tutela, outra modalidade de colocação em família substituta disciplinada no Estatuto da Criança e Adolescente nos artigos 39 à 52. Outro ponto digno de nota, é com relação ao art. 23 de Estatuto supracitado, que é expresso no sentido de afirmar que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder”. O estado de pobreza, portanto, não é elemento definitivo para possibilitar a adoção.

A adoção segundo o estatuto, não somente iguala os direitos sucessórios dos adotivos como também estabelece reciprocidade do direito hereditário entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais, até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária (art. 41 § 2º). Superam-se, portanto, os resquícios de discriminação na adoção, existente até a Constituição de 1988.

Ressalta-se que o Estatuto da Criança e Adolescente criou uma adoção com roupagens novas, sendo nossa Carta Magna atribuir em seu artigo 41, “ A condição de filho ou adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

Segundo Venosa (2001, p.276), não é dado aos pais adotarem seus próprios filhos. A legislação não mais distingue entre filhos legítimos e ilegítimos. Não tem o menor sentido adotar que já é filho. A proibição é expressa, vedando a adoção, pelos ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, §1º). No sistema anterior era admitida a adoção por avós, entendendo a

jurisprudência que não havia proibição para tal, embora houvesse divergência. A disposição expressa colocou fim ao dilema.

Importante destacar que a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente, traz, por sua vez, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada por um magistrado nacional, a saber:

O seu art. 4º, caput, transmite o que o caput do art. 227 da CF já contém, a saber:

" É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária". O art. 5º assim se manifesta: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais". Coloca o art. 6º: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento". O art. 16, caput, traz: "O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...)" "V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação" (...). Já o art. 19, aduz: "Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família (...)". Por sua vez, o art. 27 transmite: "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais". Lançadas sobre estas disposições as luzes do princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, iluminar-se-á um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil.

1.4 Divórcio: Conceito e Modalidades

Assim como a separação judicial, o divórcio é causa terminativa da sociedade conjugal, porém este possuiu efeito mais amplo, dissolvendo o vínculo matrimonial, abrindo aos divorciados ensejo a novas núpcias. Ainda que de efeitos assemelhados, no que provocam a terminação da sociedade matrimonial, a morte de um dos cônjuges produz efeito *ope legis* de dissolução do casamento; mas o correspondente efeito do divórcio só se produz por via de sentença, em processo necessário, fundado em causa legal de enumeração taxativa.

A disciplina do divórcio em nosso país, a se ver pelas circunstâncias em que foi originariamente implantado, resultou de uma solução de compromisso sob o aspecto político-legislativo: a residência dos radicais antiodivorcistas só foi superada através de uma restrita possibilidade de dissolução do vínculo.

A Lei 7.841 de 17.10.1989, limitou-se praticamente a adaptar a Lei do Divórcio aos novos textos constitucionais, não se completando contudo com a adequação do novo sistema brasileiro de divórcio à sistemática legal e muito menos tendo procurado escoimar as deficiências que caracterizavam a Lei 6.515/77.

No conceito de Yussef Said Cahali (2002, p. 993), são duas as modalidades de divórcio,

Tem-se em primeiro lugar o divórcio-conversão, onde os cônjuges separados judicialmente há mais de um ano (antes três anos) poderão requerer a conversão da separação em divórcio. Busca-se com isso, remediar aquela situação, já que não há um interesse maior do Estado na manutenção do *status quo*, abrindo-se com isto a possibilidade de constituir o separado uma nova família legítima pelo casamento. Quanto à segunda modalidade, temo o Divórcio-remédio, onde nele não se consideram, para ser concedido, as causas que determinaram a separação judicial; aliás, da sentença não constará a causa que a determinou.

Com a Constituição de 1988, o divórcio-remédio fundado na separação de fato dos cônjuges perde o caráter de excepcionalidade, não mais se qualificando como extraordinário, e passa a ser ordinariamente possível desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos, eliminada a restrição temporal para o início da separação.

Importante destacar, que as conseqüências jurídicas que decorrem da nova disciplina do instituto acabam se revelando complexas, não tendo o legislador ordinário dimensionado na exata extensão as inovações introduzidas, a se ver pela maneira discreta e insatisfatória como procedeu à adaptação da Lei do Divórcio aos dispositivos constitucionais.

Do mesmo modo, inexistente, segundo Yussef Said Cahali (2002, p. 999), “separação cautelar de corpos, pois a idéia do legislador, ao conceder o divórcio somente após três anos do desquite, foi a de evitar divórcios precipitados, deferidos quando havia probabilidade de reconciliação.”

O novo Código Civil, não repetiu o que se continha nos artigos 8 e 44 da Lei do Divórcio, limitando-se a dispor no artigo 1580 que, “Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.”

Resultam do trânsito em julgado da sentença de separação judicial, ou da decisão que tiver concedido separação pessoal dos cônjuges, os efeitos que sejam próprios a cada um desses institutos (separação de bens, quanto ao primeiro; separação de corpos e cessação do dever de coabitação, quanto a ambos).

Vale ressaltar que a Constituição exige que à época da propositura da ação de divórcio direto esteja o casal separado há mais de dois anos. Daí porque há de se entender que o ato decisório é suficiente para caracterizar o início do prazo do rompimento da sociedade

conjugal pela separação, considerada, para esses efeitos, também a decisão na medida cautelar.

1.4.1 Conversão da separação judicial em divórcio

Conforme se vê do texto constitucional, a forma ordinária de obtê-lo decorre da conversão em divórcio da separação já existente há mais de um ano.

Um ponto digno de nota, trata-se da Lei 8.408/92, ao dar nova redação ao art. 25 da Lei do Divórcio, estabeleceu o prazo de um ano consagrado na Constituição, e o Código Civil de 2002 renova essa regra em seu art. 1580, *in verbis*:

Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

A conversão da separação em divórcio é da maior simplicidade e em rigor independe de prova da prévia separação judicial ou de sua duração, porque o pedido de conversão será apensado aos próprios autos em que se decidiu a dissolução da sociedade conjugal, onde tais elementos encontram plena comprovação (Lei N. 6.515/77, art. 35, parágrafo único) No processo, entretanto, pela natureza, intervém o representante no Ministério Público.

Nas palavras de Sílvio Rodrigues (2002, p. 265),

merece lembrar a ocorrência de causa suspensiva ao divorciado, enquanto não houver efetivado a partilha dos bens do casal (art. 1.523, III), ensejando, caso venha a contrair novas núpcias, a imposição do regime de separação obrigatória (art. 1641, I), salvo se comprovada a inexistência de prejuízo para o ex- cônjuge (parágrafo único do art. 1.523).

A improcedência do pedido de conversão baseada em uma das causas acima apontadas não impede seja o pleito renovado, e alcance êxito, uma vez removidas as causas impeditivas. Assim, por exemplo, se o pedido foi indeferido por se haver reconhecido que o autor vinha descumprindo as obrigações alimentícias assumidas no acordo de separação, nada impede que, satisfeitas aquelas obrigações futuras, ou promovida a ação na vigência do novo Código, logre ele obter, na segunda tentativa, o divórcio que lhe foi denegado na anterior.

CAPÍTULO 2

PODER FAMILIAR

O novo Código Civil, em perfeita consonância com a Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos é conjunta, atribuindo-lhe o nome de "poder familiar", disciplinando seu exercício, suspensão e perda (arts. 1.630 a 1.638).

Segundo Waldyr Grisard Filho (2005, p.31) o conceito de poder familiar, “evoluiu do velho pátrio poder, por conta dos novos conceitos jurídicos e reformulação de valores sociais inspirados no texto constitucional, ou poder parental, autoridade parental ou ainda, responsabilidade parental”.

Do conjunto de direitos e deveres que a norma jurídica impõe aos pais decorrem duas categorias de relações, tendo em vista os fins a que se destinam e o bem jurídico que visam tutelar: uma, relativa à pessoa dos filhos menores, outra, relativa aos seus bens: ou seja, pessoais e patrimoniais.

Ressalta-se que o pai e mãe são, conjunta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do exercício do poder familiar, como efeito da paternidade e da maternidade e não do matrimônio ou da união estável. Diz o artigo 1.630 do Código Civil, que todos os filhos enquanto menores, são sujeitos passivos da relação parental, de qualquer categoria, previsto na artigo 20 do ECA e artigo 227, § 6º da Constituição Federal.

O envolver social determinou o declínio e a morte do pátrio poder de feição romana, de dominação, discricionário, prevalente, absoluto, traduzido pela palavra poder, para alcançar o sentido de proteção, como hoje se reconhece. Por isso, propõe-se substituí-la por outra, diante das transformações estruturais que o instituto sofreu em suas linhas mais gerais, buscando responder com maior precisão ao alcance que tem modernamente.

Embora não reflita cabalmente sua essência, é expressão genericamente utilizada nas legislações modernas, v.g., o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21.

Ressalta-se a respeito da natureza jurídica do instituto, que está longe de constituir mera disputa teórica, mas a adoção de outra posição torna-se relevante para compreender o seu alcance. A natureza jurídica do poder familiar tem enfoque quando é visto em face do Estado e terceiros nas relações pai-filho. Em relação ao Estado e a terceiros, o poder familiar é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração de bens, guarda), um *officium*, supervisionado pelo Estado, a fim de que, no seu exercício, sejam evitados absurdos. A respeito da postura dos pais em face de terceiros, escreve José Antônio de Paula Santos Neto (p. 60 apud Grisard, p.41), “cuida-se de um verdadeiro direito subjetivo, um atributo pessoal, uma faculdade de agir legitimado pelo texto legal, diante do caso concreto”.

Assim, diante do primeiro enfoque, nas palavras de Waldyr Grisard (2005, p. 41),

o poder familiar constitui um direito subjetivo dos pais nas relações externas, direito à função própria, para que possam levar a cabo o ofício que lhes é encomendado. Mas, nas relações pai-filho, sob outro enfoque, o poder familiar é um conjunto incindível de poderes-deveres, que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos. São poderes (autoridade) aos quais correspondem deveres (obrigações) que o titular não pode deixar de cumprir, pois é de interesse público que os cumpra. Por isso e por força do cunho social de que se reveste, a vertente dos deveres sobrepõem-se largamente à dos poderes. O desvio no exercício dessas características importará em limitação, suspensão ou extinção desse múnus, mediante decisão judicial.

2.1 Conteúdo do Poder Familiar

A titularidade desses encargos, era, na redação original do Código Civil de 1916, exclusiva do pai. A mãe era admitida ao seu exercício só excepcionalmente. A lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, conferiu à mãe a condição de colaboradora do pai no exercício do poder parental.

Posteriormente, a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em seu artigo 27, indicou claramente que o pai e a mãe são os titulares dos encargos parentais, que persistem mesmo após o divórcio ou quando sobrevenha novo casamento de qualquer dos pais, muito embora a guarda do filho seja atribuída a somente um deles, à luz do artigo 16 do Dec. - lei 3.200/1941 e do artigo 1.632 do CC.

Outro ponto digno de nota é que existem situações patológicas em que o exercício do poder familiar desloca-se apenas um dos seus titulares, pai ou mãe. É o que se dá quando um dos pais está impedido de exercê-lo, por ter sido suspenso ou destituído do *munus*, conforme previsto nos artigos 1.637 e 1.638 do CC ou quando o filho não é reconhecido pelo pai, ficando sob o poder familiar exclusivo da mãe, como previsto no artigo 1.633 do Código.

São sujeitos passivos da relação parental todos os filhos enquanto menores, conforme diz o artigo 1.630 do CC e, de qualquer categoria, previsto no artigo 20 do ECA e artigo 227, 6º parágrafo., da CF, e independentemente da existência do casamento. Estabelecida a relação paterno-filial, dela decorre normalmente o poder familiar. Por outro lado, além desses critérios cronológicos, para que alguém seja reputado sujeito ao poder familiar, é preciso que tenha pais vivos e conhecidos, porque não há poder familiar sem titular. Também, é necessário que um dos pais tenha capacidade para seu exercício, pois, embora vivo e conhecido, pode não ter o direito de detê-lo. Na ausência do poder familiar, dá-se um tutor ao menor.

2.2 Direitos e deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos

Os atributos do poder familiar em relação à pessoa dos filhos desdobram-se sistematizadamente pelos diferentes incisos do artigo 1.634 do CC, *in verbis*,

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

2.2.1 Guarda, educação e correição

Ordinariamente o filho deve permanecer ligado aos pais, conforme preconiza o artigo 19 do ECA, “ Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e

comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

A guarda é, há um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de freqüentar determinados lugares, o de fixar-lhe na residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover seu futuro. Uma vez descumpridos estes, se sujeita o titular relapso a sanções civis e penais, por abandono de família.

Segundo Grisard (2005, p.45),

A guarda é da natureza do poder familiar, não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica na transferência deste. Como atributo do poder familiar, a guarda dele se separa, não se exaurindo nem se confundindo com ele, podendo uma existir sem o outro.

Essa função decorre do dever constitucional de assistência aos filhos menores, fazer-se presente na vida deles, manter contato e comunicação, o que possibilita o exercício dos deveres de criação e educação, pois só poderão criar, o que implica o dever de assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o educar, o que implica a promoção de todos os valores à preparação do menor à cidadania, se os tiverem em sua companhia e guarda.

A criação e a educação dos filhos cabem aos pais, conforme artigos 1.634, I, do CC, 22 do ECA e 229 da CF, como dever precípua voltado ao atendimento das necessidades materiais e morais do menor, intervindo o Estado para obrigá-los ao exercício desse dever. Não há conceituação legal para esses atributos, o que autoriza a dar-lhes interpretação ampla, conforme o status econômico e social da família. Genericamente, corresponde não só à instrução, como o desenvolvimento da inteligência ou aquisição do conhecimento básico para a vida de relação, mas também à educação, que tem um sentido mais amplo, voltada ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas, psíquicas e espirituais dos filhos e torná-los úteis a si mesmos e à sociedade. Nessa esfera, cumpre aos pais orientar os filhos também nas questões religiosas, cívicas, sexuais e profissionais.

Conseqüente ao dever de educar está o de correição e disciplina, ainda que não haja previsão expressa na lei. Os limites desse dever são fixados pela finalidade mesma que o justifica. Os pais podem castigar moderadamente seus filhos, constituindo os excessos causa de desaparecimento do poder familiar. Assim, podem os pais exigir-lhes obediência e

respeito, bem como o que lhes prestem serviços, desde que próprios à sua idade e condição, nos limites e nas condições da lei, como se vê nos artigos 409 e 404 da CLT e 60 do ECA. O cumprimento destes deveres, morais e legais, compete aos pais como efeito do casamento, na previsão do artigo 1.566, IV, do CC.

2.2.2. Vicissitudes do Poder Familiar

Como vimos, o poder familiar é instituto de proteção da menoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores. Trata-se de um munus público, razão pela qual o Estado está legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. E o faz fiscalizando a atuação dos pais, por não ser o poder familiar absoluto nem intangível, como propósito de evitar abusos.

O exercício do poder familiar encontra, assim, vicissitudes, que vão desde a cessação absoluta de seu funcionamento, por esgotar-se em si mesmo ao alcançar sua finalidade, ou por falecimento de seus sujeitos, ou por motivos que venham alterar seu normal desenvolvimento. O legislador previu uma gradação dessas vicissitudes, cabendo aqui distinguir hipóteses. A privação ou o desmembramento do poder familiar dá-se por motivos de diversa natureza. Às vezes, em virtude de situações jurídicas com ela incompatíveis, por outras, via sanções às faltas mais ou menos graves, cometidas pelos pais.

Ordinariamente, o poder familiar se extingue pela morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação, pelo atingimento da maioridade, ou pela adoção ou por decisão judicial, conforme o artigo 1.635 do CC, mas conhece limitações ou restrições, em situações anormais previstas em lei, respectivamente nos artigos 1.397 e 1.638 do CC e 22, 25 e 129, X, do ECA, que antecipam seu término. Em certos casos, em que a conduta dos pais os torna indignos dessa condição, comprovando-se o abuso de autoridade, faltando eles aos seus deveres paternos, dilapidando os bens dos filhos, intervém o Estado pelo do juiz, que pode, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, considerando a gravidade da falta, suspender temporariamente, no todo ou em parte, o exercício do poder familiar, seja em relação apenas ao filho da vítima, seja em relação a toda a prole, conforme os artigos 155 a 163 do ECA.

Com efeito, também sob a denominação de destituição, perdem os pais o poder familiar em relação aos filhos, que castigarem imoderadamente, quando os deixaram em

abandono, por prática de atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidirem reiteradamente em faltas que autorizem a suspensão do poder familiar.

CAPÍTULO 3

GUARDA COMPARTILHADA

O interesse do menor constitui, como vimos, o princípio básico informador à atribuição da guarda, com toda a carga de subjetividade que carrega. Entretanto, sua determinação não dispensa a pesquisa de outros princípios, supletórios, como a idade e o sexo do menor, a irmandade e a opinião do menor. Dentre esses, a conduta dos pais.

Se, por um lado, a discricionariedade do juiz leva em consideração as necessidades do menor, por outro, também são levadas em consideração as condições que cercam os pais, sejam materiais (profissão, renda mensal, habitação), sejam morais (ambiente social, idoneidade, retidão de caráter).

3.1 Conceito de Guarda Compartilhada

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 destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.

Importante destacar, segundo Waldyr Grisard (2005, p. 126),

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. O termo guarda compartilhada 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 frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.

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 querer participar mais ativamente na vida dos filhos, incluindo os cuidados físicos.

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 com os dois genitores na família pós-ruptura.

Para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta (apud Grisard 2005, p.126)

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos 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 um residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante de perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por uma 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.

3.2 As distintas modalidades de guarda

Neste ponto, veremos as modalidades de Guarda e suas atribuições pertinentes, visando o interesse e melhor convívio do menor no âmbito familiar.

3.2.1 Guarda comum

Na constância do casamento, tanto na família legítima como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualmente entre genitores, como decorrência do poder familiar. É a chamada guarda comum, consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada assim ao poder familiar não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei, senão preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o correto exercício.

Sua origem, pois, não é legal nem judicial, antes natural, decorrente do fato da paternidade e da maternidade. E assim deverá manter-se nas hipóteses de cisão, através do compartilhamento. A atribuição judicial da guarda se opera em situações de conflito, quando os pais não convivem, fazendo o juiz uso de suas faculdades jurisdicionais. É diferente dos casos de menor abandonado ou em situação de perigo, nos quais atua em virtude da função social que, através de si, assume o Estado.

3.2.2 Guarda originária e derivada

A primeira é aquela que corresponde aos pais, tal como mencionado acima, integrada no poder familiar, como um direito-dever de plena convivência com o menor, e vice-versa, que possibilita o exercício de todas as funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a correção, a representação. Sua origem, sendo natural, é originária dos pais.

Guarda derivada é a que surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor (artigos 1.729 a 1.734), seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme artigo 30 do ECA.

3.2.3 Guarda de fato

É aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação. Desmembrada mas não delegada, uma vez que inexistente controle nem avaliação tanto sobre o guardião como sobre o menor. O vínculo jurídico que assim se estabelece, entretanto, só será desfeito por decisão judicial em benefício do menor. Edgard de Moura Bittencourt (apud Grisard, 2005 p.80) refere não serem poucas as manifestações jurisprudências, reconhecendo o direito de guarda originada de fato.

3.2.4 Guarda provisória e definitiva. Guarda única. Guarda peculiar

É na primeira figura, também chamada temporária, a que surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como modo primeiro de organizar a vida familiar. Trata-se, obviamente, de uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva, após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto. O menor, então, confiado à guarda de um só dos pais, ficará sob o regime da guarda única.

A definitividade da guarda é, paradoxalmente, relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz (artigos 35 e 149, parágrafo único, do ECA), pois sua concessão não faz coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do CPC. A contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

3.2.5 Guarda por terceiros

Na guarda devemos distinguir a que se cumpre por particular, mediante prévia designação, e a que se efetiva por órgão técnico-administrativo de proteção.

Já dispunha o artigo 327 do CC de 1916, sobre a possibilidade de o juiz, em havendo motivo grave e em qualquer caso, regular a situação dos filhos para com os pais, entregando-

os a terceiras pessoas. No mesmo sentido, o § 1º do artigo 16 do Dec.-lei 3.200/1941 trazia a seguinte redação: “Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.”

Essa possibilidade foi mantida na Lei do divórcio, em seu artigo 10, § 2º, com ligeira modificação redacional. Não só a parentes, podendo ser também deferida a estranhos, como facultaram os artigos 13 e 15, dessa mesma lei. No ECA, a figura do terceiro consubstancia-se na família substituta.

3.2.6 Guarda jurídica e guarda material

O processo formativo dos filhos requer a concorrência de ambos os genitores. Na constância do casamento o poder familiar, e nele a guarda, concentra-se nas pessoas dos pais, conforme os artigos 1.634 do CC e 21 do ECA. O mesmo se dá na união estável pelo que dispõe o artigo 2º, III, da Lei 9.278/1996. Com a separação, garantem os artigos 1.632 do CC e 27 da Lei do divórcio que nenhum dos pais perde o poder familiar relativamente aos filhos menores, mas a guarda dissocia-se, debilitando-o. Por certo, a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quando necessário para atender-se separação dos cônjuges.

Aqueles dos genitores a quem é atribuída a guarda, tem-na não apenas a material, mas também a jurídica, ou seja, a primeira consiste em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. A segunda implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.

3.2.7 Guarda alternada

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental. Esta

modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

3.2.8 Aninhamento ou nidação

No aninhamento ou nidação, são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde viviam os menores, em períodos alternados de tempo. Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos.

3.2.9 Guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos

3.3 A atribuição da guarda no novo Código Civil

Disciplinando a guarda dos filhos menores ou maiores incapazes na separação ou no divórcio dos pais, o novo Código Civil abandonou o critério da culpa e da prevalência materna para determinar que ela será, em qualquer caso, “atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”, na dicção do artigo 1.584, priorizando os superiores interesses dos menores. Interesses esses que prevalecerão, sempre, sobre os dos adultos.

Dessa maneira, incorporou ao ordenamento civil os universais princípios revelados pela evolução de todo o direito de família, e em especial das crianças e dos adolescentes,

ocorrida nos últimos anos, tanto no discurso legislativo como na prática social. No moderno direito de família a guarda, como expressão do poder familiar, segundo Grisard (2005, p.154), “é um dos deveres dos pais em relação a seus filhos, dentre as várias obrigações que lhes competem, não mais um direito como no passado”.

Nesse novo contexto, de raízes constitucionais, da paternidade responsável e da coresponsabilidade parental, a velha guarda exclusiva, preferencial em outro momento histórico-social, cedeu lugar a outras modalidades de guarda, emergindo dentre elas a guarda compartilhada ou conjunta, que possibilita aos pais o exercício pleno do poder familiar em igualdade de condições, solução contemporânea á convivência dos pais com seus filhos, incentivando o contínuo acompanhamento de suas vidas.

Importante ressaltar que o novo Código Civil não refere, de modo expreso, ao compartilhamento dos cuidados aos filhos menores, sua criação e educação, companhia e guarda, por consenso ou determinação judicial, tampouco proíbe sua estipulação.

3.4 Possibilidade jurídica do modelo compartilhado no direito pátrio

As profundas e sucessivas mudanças ocorridas na realidade social em um passado não muito distante, a revolução nos costumes, na tecnologia, modificaram os pressupostos clássicos de conhecimento humano em geral, atingindo o direito como um todo e o direito civil em particular, nele seu sistema familiar, então de feição conservadora.

Buscou-se, então, escolher um modelo, novo, que privilegiasse a idéia, 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””.

Importante se faz pontuar que a escolha desse modelo de relacionamento para o casal com seus filhos é consequência da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e na falha 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. Neste contexto, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, segundo Grisard (2005, p. 156), “na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois 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”.

Importante ressaltar a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008¹, que muito irá contribuir para o bom convívio do menor com seus genitores, quando da separação ou divórcio. 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 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, “ensejando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda.

¹ O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).” (NR)

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

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

Luis Inácio Lula da Silva.

3.5 Conseqüências da Guarda Compartilhada

Sabe-se que 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 a criação da educação daqueles.

Nas sábias palavras de Grisard (2005, p.162),

a guarda compartilhada busca organizar 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.

A guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade de exercício da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas.

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.

Desta forma conclui Grisard (2005, p. 169) que,

Dar educação não é unicamente (como pensam muitos pais), dar pensão, pois desta não pode prescindir o projeto geral de ampla assistência dos filhos do divórcio. Se na família, quando intacta, ambos os genitores concorriam na proporção de seus ganhos para o sustento, guarda e educação da prole, na família decomposta e mesmo proceder é exigido. Trata-se, antes de tudo, de uma obrigação primária, natural mesma do homem, que não é afastada nem quando os filhos são entregues a terceiros, conforme o artigo 33 do ECA.

O fundamento de obrigação alimentar é, sem dúvida, o dever de solidariedade entre os homens, mais acentuado entre pais e filhos, pessoas que se encontram em um grau extremo de proximidade, e muito mais presente quando dissociada a família. Assim, a obrigação de

contribuir para a manutenção dos filhos pesa sobre ambos os genitores, não obstante a guarda seja exercida de forma exclusiva.

3.6 Vantagens do Modelo da Guarda Compartilhada

Ressalta-se que 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 à criação do menor, a guarda compartilhada veio para aprimorar os sistemas vigentes – guarda única, guarda compartilhada, guarda alternada- vistos tais sistemas não atenderem essas expectativas e exigências.

Outro ponto digno de nota é que na doutrina, veementemente, já afirmaram no valor do novo modelo e sua importância para o menor manter uma relação ativa e permanente com cada um de seus genitores. 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. (Grisard, 2005 p. 188).

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. 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 retomar 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.

Segundo Grisard, 2005 p. 191),

em relação aos pais, a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando o continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui 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 oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional, social e psicológica.

3.7 Desvantagens desse novo modelo de Guarda

Assim como acontece em qualquer outro modelo de guarda, a guarda compartilhada também é alvo de diferenças de desvantagens. Nota-se que todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas adicionais, ou seja, se tratando de guarda compartilhada, o que funciona bem numa família pode causar problemas em outra.

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 optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Nessa linha de oposição à guarda compartilhada, ressalta-se posicionamento de Eliana Riberti Nazareth (apud Waldyr Grisard, 2005, p.195),

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 um capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.

Ressaltam-se alguns itens de desvantagens segundo a autora supracitada, extraída da obra do Grisard, 2005, p.197), para os pais, gera maiores custos pelo fato constituir moradias apropriadas; permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar; constante adaptação; necessidade de um emprego flexível; para os filhos, adaptação a duas moradias; problemas práticos ou logísticos.

CONCLUSÃO

Com o fim da relação conjugal, a estrutura do lar fica abalada, e a parte mais frágil na relação; ou seja; o filho, se não for tratado com os devidos cuidados que merece, terá a sua formação prejudicada. A guarda compartilhada surgiu em um momento histórico favorável, onde a inserção da mulher no mercado de trabalho, a consolidação da igualdade entre sexos, exigiu um novo entendimento acerca do que abrangeria o melhor interesse do menor, quando da dissolução da sociedade conjugal.

Buscou-se, no presente trabalho, identificar a importância da Guarda Compartilhada visando o bom desenvolvimento psicológico do menor e a boa convivência no âmbito familiar com seus genitores. A guarda compartilhada compreende-se como um sistema no qual os filhos de pais separados continuam sob a autoridade equivalente de ambos os pais, que continuam a tomar as importantes decisões na criação de seus filhos, de natureza conjunta, buscando-se manter tanto como possível, o ambiente familiar existente durante o casamento, ainda que a guarda física do filho fique com somente um dos pais. O compartilhamento da guarda não necessariamente implica na divisão da guarda física, devido à preocupação de se evitarem prejuízos à saúde emocional e mental do menor.

Primeiramente, buscou-se demonstrar o conceito pátrio poder, demonstrando sua aplicabilidade na legislação de 1916.

Segundo, mencionou-se sobre o Poder Familiar à luz da Constituição atual e do Código Civil de 2002, enfatizando que do conjunto de direitos e deveres que a norma jurídica impõe aos pais decorrem duas categorias de relações, tendo em vista os fins a que se destinam e o bem jurídico que visam tutelar: uma relativa à pessoa dos filhos menores, outra, relativa aos seus bens: portanto, pessoais e patrimoniais. Outro ponto digno de nota é que existem situações patológicas em que o exercício do poder familiar desloca-se apenas um dos seus titulares, pai ou mãe, conforme previsto nos artigos 1.637 e 1.638 do CC ou quando o filho não é reconhecido pelo pai, ficando sob o poder familiar exclusivo da mãe.

No terceiro capítulo conceituou-se a Guarda Compartilha e pesquisando sobre a Possibilidade jurídica do modelo compartilhado no direito pátrio, as distintas modalidades de guarda e as conseqüências da Guarda Compartilhada, ressaltando que de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas.

Concluimos tratando das vantagens de desvantagens do modelo que guarda compartilhada tanto para os pais quanto para os filhos, mostrando que 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.

A guarda compartilhada produz um tipo de situação que, se bem administrada pelos pais aos filhos a possibilidade de crescerem em um ambiente familiar agradável com suas referências paternas bem definidas e sólidas, tornando-se adultos maduros e bem resolvidos emocionalmente. Caso contrário poderá proporcionar um verdadeiro caos, com prejuízos emocionais terríveis para quem não tem ainda formada a personalidade. Há de mencionar que a gestão compartilhada dos filhos se torna inviável de ocorrer em ações litigiosas. Isto posto, pois se a separação do casal ocorreu em um ambiente conturbado, a guarda compartilhada não se apresenta como uma solução possível, em virtude do nível de desentendimento e desrespeito entre as partes, impossibilitando uma divisão igualitária e racional de direitos e responsabilidades. O bem estar do menor deve ser respeitado acima de qualquer circunstância.

REFERÊNCIAS

APASE – Associação de Pais e Mães Separados. Guarda de Menores. TJ-SP. Disponível em http://apasesp.com.br/jurisprudencia/jurisprudencia_08_04_02.html. Acesso em: 20 mar 2009.

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10 .ed. ver. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. vol. V. 17ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: direito de família, volume 2** - Carlos Roberto Gonçalves. – 7 ed. ver. – São Paulo:Saraiva, 2000. – (coleção sinopses jurídicas)

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. 3. ed. ver., atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: volume 6** – 27. ed. atual. Por Francisco José Cahali. – São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil: direito de família, volume 5** – São Paulo: Atlas, 2001. Coleção Direito Civil;

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família** – 14. ed. ver. atual e ampl. – São Paulo:Saraiva, 2002.