



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

Angelo Achilles de P. Tarocco

**GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO PARA A HARMONIA ENTRE PAIS
SEPARADOS E SEUS FILHOS**

Juiz de Fora
2010

Angelo Achiles de P. Tarocco

**GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO PARA A HARMONIA ENTRE PAIS
SEPARADOS E SEUS FILHOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Universidade Presidente
Antônio Carlos como requisito parcial para a
conclusão do Curso de Graduação em
Direito.

Orientador: Prof. Ms. Fábio de Oliveira
Vargas

Juiz de Fora
2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

Angelo Achilles de P. Tarocco

**GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO PARA A HARMONIA ENTRE PAIS
SEPARADOS E SEUS FILHOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Universidade Presidente
Antônio Carlos como requisito parcial para a
conclusão do Curso de Graduação em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fábio de Oliveira Vargas

Orientador

Prof.

Membro convidado 1

Prof.

Membro convidado 2

Examinado(a) em: ____/____/____.

Dedico este trabalho à minha filha Gabrielle.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus que me fortaleceu para que eu pudesse prosseguir nesta jornada, à minha família, aos meus amigos e a meu orientador Ms. Fábio de Oliveira Vargas.

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais (...)

Declaração Universal dos direitos da criança.

RESUMO

Quando a separação é inevitável, todos sofrem. Geralmente a guarda dos filhos fica com a mãe, é a chamada guarda unilateral. Embora muito criticado, infelizmente este tipo de guarda ainda é muito usado, entretanto muitos pais têm buscado uma forma de viverem em harmonia e, sobretudo preservar o bem-estar físico e psíquico dos filhos, contando para isto com o instituto da guarda compartilhada. Neste tipo de guarda, pai e mãe compartilham a responsabilidade civil, participando não só dos recursos materiais mas da educação e afeto dos filhos. A guarda compartilhada é extremamente importante uma vez que evita o rompimento dos laços afetivos entre pai e filho, o que é comum acontecer na guarda unilateral. Uma vez que a criança mantém contato com ambos os pais, o sofrimento psíquico causado pela separação é minimizado, tanto para a criança quanto para o pai que geralmente era excluído do convívio com seus filhos.

Palavras chave: separação, guarda, filhos, pais, guarda compartilhada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA AO LONGO DOS TEMPOS	10
1.1 A família no ordenamento jurídico brasileiro vigente	11
2 FAMÍLIA MONOPARENTAL	15
2.1 A guarda dos filhos no direito brasileiro	16
2.1.1 Guarda alternada	17
2.1.2 Aninhamento	18
2.1.3 Guarda unilateral	18
3 A GUARDA COMPARTILHADA NA LEGISLAÇÃO CIVIL	20
3.1 Vantagens da guarda compartilhada	22
3.2 A Guarda Compartilhada no Código Civil	25
3.3 Os benefícios Psicológicos da Guarda Compartilhada	27
Conclusão	29
Referência	30

INTRODUÇÃO

A importância deste tema se justifica devido às profundas transformações ocorridas na sociedade, principalmente nas famílias. Tem gerado grande preocupação às relações entre pais e filhos após o crescente número de separação, divórcio e ruptura da sociedade conjugal.

Normalmente, com o desfazimento do vínculo entre pai e mãe, cria-se uma nova estrutura onde a responsabilidade pela criação dos filhos passa a se concentrar nas mãos de um só dos genitores.

Os modelos tradicionais de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro privilegiam apenas um dos genitores, geralmente a mãe, em detrimento do pai que passa exercer apenas um papel secundário na educação dos filhos.

Tais modelos trazem uma série de prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional, quanto social no seu desenvolvimento. Além disso, atinge o pai, tendo em vista que a falta de contato mais íntimo com os filhos leva a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o do desejo de perpetuação de seus valores.

A justificativa para a adoção do sistema de guarda compartilhada está na própria realidade social, que diante de tantos lares desfeitos busca uma forma de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre pai e mãe na responsabilização dos filhos.

A justificativa para realização deste trabalho está na própria realidade social e jurídica, que reforça a necessidade de se buscar meios de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

Para a elaboração do trabalho a técnica utilizada foi a da documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias, por meio de consultas de várias fontes, como as doutrinas, a Lei, o Código Civil, e artigos da internet.

A presente monografia será dividida em três capítulos, visando concluir sobre o relevante instituto da guarda compartilhada.

No primeiro capítulo será abordado a evolução da família e do pátrio poder, e o novo conceito de família frente às mudanças sociais e morais que ocorreram ao longo dos anos.

No segundo capítulo apresenta-se uma abordagem acerca da dissolução da família tradicional dando origem a chamada família monoparental. Neste sentido busca-se demonstrar de que forma a legislação brasileira dispõe sobre a guarda dos filhos e os tipos de guarda existentes no ordenamento pátrio.

O terceiro capítulo trata diretamente da guarda compartilhada, suas vantagens e sua inserção no Código Civil Brasileiro.

1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA AO LONGO DOS TEMPOS

O pátrio poder tinha a sua organização com base na autoridade familiar paterna, o interesse era do chefe de família, denominado poder patriarcal. Nessa modalidade arcaica de condução dos destinos da família as mais estranhas condutas paternas ocorriam desde a venda de um filho como mesmo o seu extermínio. Com o advento da Lei das XII Tábuas essas condutas ficaram mais acirradas.

Na família existente no Direito Romano, o poder patriarcal era exercido sobre a mulher e filhos. A família como grupo, era essencial para a perpetuação do culto familiar, a afeição familiar não era o elo entre a família romana e os membros da família romana antiga, eram unidos e ligados por um vínculo mais poderoso que o nascimento, ou seja, a religião e o culto aos antepassados, entendidos como o principal núcleo da família.

Esse comportamento nada amistoso perdurou até aproximadamente a metade do século XX, com a família edificada sob o manto patriarcal. O pai, então chefe da família, a governava e tomava todas as decisões.

Com a Revolução Industrial o pai passa a trabalhar e a despender a maior parte do tempo fora de casa. Assim, a mulher passa a cuidar do lar, o que desencadeou o advento da capacidade plena da mulher, passando a ser considerada apta à guarda dos filhos, em casos de separação. Essa posição perdura até a década dos anos chamados dourados, nos anos 60 surge ânimo novo para mulher com o advento da Lei 4121/61 a conhecida Lei da Emancipação da Mulher Casada.

Após o reconhecimento da força de trabalho da mulher, a família ganhou novas feições. A partir de então a mulher passa a ocupar espaço na sociedade e lutar por posições antes não admitidas afastando-se das condutas meramente domésticas.

Com essa mudança nos critérios de inserção da mulher no mercado de trabalho, e com a divisão das tarefas de educação dos filhos, ocorre uma transformação na estrutura familiar ensejando um novo pilar para a construção de novas teorias sobre a guarda, buscando sempre, um exercício mais equilibrado, onde a manutenção do contato dos filhos com ambos os pais deve continuar tal qual o era antes do rompimento.

Para Grisard Filho (2003):

(...) o conceito do instituto do pátrio poder visa apenas ao interesse e ao bem-estar do menor, passando a ser, na verdade, um pátrio dever, de acordo com o qual os pais têm a obrigação de cuidar da pessoa dos filhos e de seus bens; é um verdadeiro direito de proteção. Não é mais uma tirania do pai sobre o filho, mas sim uma servidão do pai para tutelar o filho.

Desse modo, com essa nova roupagem advinda da CF/88 para Maria Helena Diniz (2005):

(...) o poder familiar consiste no conjunto de atribuições que os pais detêm relativamente aos filhos, a fim de garantir-lhes uma formação pessoal saudável. Em verdade, não se trata tecnicamente de um "poder", mas do exercício de uma gama de deveres, que habilitam os pais a criar a prole com responsabilidade.

Para Venosa (2004), na realidade nada mais é do que “a soma de direitos e deveres concedidos aos pais, para que possam desempenhar os encargos que a lei lhes confere, no tocante à criação e educação dos filhos e conseqüente administração de seus bens”.

Este tema vem acompanhando a evolução histórica da sociedade, desde a CF/1988, e toda legislação Civil em vigor, desaguando com o moderno conceito de constitucionalização do direito civil, mormente na área da família. Com avanços na proteção dedicada aos menores e a própria estrutura familiar brasileira. Mas, alguns aspectos ainda não receberam o amparo legal necessário como à guarda conjunta ou compartilhada.

1.1 A família no ordenamento jurídico brasileiro vigente

Em sentido estrito pode-se definir Família como aquela que abrange o casal e seus filhos, e em sentido amplo incluindo-se os ascendentes e descendentes.

Conforme menciona Maria Helena Diniz (2004), a família:

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: família. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: família. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

(...) alcança não só o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio, concubinato e da filiação, ou seja, os cônjuges, os conviventes e a prole, mas também a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, independentemente de existir o vínculo conjugal que a originou.

Pode-se definir a família como:

Instituição social de diversas pessoas agrupadas em razão de vínculo de casamento, união estável ou descendência. As pessoas que integram a entidade familiar podem ser ou casadas, ou solteiras, ou viúvas, ou divorciadas, ou desquitadas.

A Constituição reconhece ainda, que pode existir família fora do casamento e fora da união estável, constituída por apenas um de seus genitores e seus descendentes, a chamada família monoparental.

Atualmente a família pode decorrer de um Casamento ou uma União Estável.

Pode-se observar a previsão desse tipo de Convivência no art. 226 § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A Constituição da República de 1988 trouxe uma definição ampla da Família, como base da sociedade, garantindo-lhe proteção especial do Estado, sem levar em consideração a maneira pela qual foi formada essa união. Analisando o texto constitucional pode se afirmar ser a União Estável uma forma de se constituir uma Família.

O Código Civil de 1916 só previa como Família aquela formada pelo Casamento de um homem com uma mulher, mas depois da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surgiram essas novas formas.

Cumprе destacar a lição de Silvio Rodrigues ao afirmar que a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade.

A Carta Magna Brasileira de 1988 trata no Capítulo VII, da família, da criança, do adolescente e do idoso. O mesmo capítulo conserva a gratuidade do casamento civil e os efeitos civis do casamento religioso.

O artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil tem a seguinte redação:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 § 3º - (...)
 § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
 § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
 § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.
 § 7º - (...)
 § 8º - (...)

Oliveira e Muniz (2004) entendem o seguinte:

Deve-se entender a palavra família utilizada no art. 226 num sentido amplo, abrangendo, não apenas a família fundada no casamento, mas ainda as situações comunitárias análogas à família matrimonizada, como a união de fato (art. 226 §3.º), a família natural assente no fato da procriação (art. 226 §4.º) e, a família adotiva (adoção por pessoas não casada).

Ainda, conforme comentários de Oliveira e Muniz (2004), ambos dizem o seguinte:

A família a margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. Desempenha, portanto, funções reconhecidamente familiares.

Outro ponto muito importante para se destacar é a consagração do princípio da igualdade de direitos e deveres entre o homem e mulher no casamento e na família, conforme o § 5.º do artigo em epígrafe.

Através da Lei n.º 10.406 de 11.01.2002, atual Código Civil Brasileiro, a família passou a ser tratada com critérios mais técnicos e didáticos.

O art. 1.511 da Lei em epígrafe localizado no Livro IV que passa a regular o Direito de Família, diz o seguinte: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Percebe-se desde logo que a Lei enfatiza a igualdade entre os cônjuges, pois ambos passam a ter direitos e deveres de forma igualitária como prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na visão do jurista, hoje, civilista Paulo Nader (2006):

(...) os pais de hoje estão mais próximos dos filhos, porque já não existe um espaço pré-determinado e compartimentado para cada qual na instituição familiar. Os pais, no sentido lato, contribuem para a manutenção do núcleo familiar de forma equilibrada, igualitária, sem definição de posições predeterminadas, alternando as responsabilidades. Ambos têm, pois, plenas condições de exercer ativamente o poder familiar.

Em se tratando de igualdade entre homens e mulheres, o Código Civil institui igualmente os direitos e deveres do homem e da mulher perante a sociedade conjugal, extinguindo-se, assim, o pátrio poder, ou seja, a figura do cônjuge varão como o chefe da família, surgindo assim poder família, que indica a igualdade de ambos os cônjuges na criação, educação, representação, guarda e assistência dos filhos.

2 FAMÍLIA MONOPARENTAL

O artigo 226, §4º, classifica a família monoparental como sendo a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". Entretanto a separação é uma das grandes causadoras da monoparentalidade.

Neste caso, havendo a separação, os pais devem manter um bom relacionamento a fim de não abalar ainda mais o psicológico dos filhos, que se tornam fragilizados durante este processo.

Não é justo nem moralmente aceitável que o pai ou a mãe seja simplesmente afastado do cotidiano de seu filho, apenas porque a relação matrimonial do casal foi desfeita.

A família moderna aparece com uma nova roupagem em sociedade diferente daquela erigida sob o manto do autoritarismo patriarcal, hoje a comunidade familiar forma-se em um ambiente que prestigia o afeto e o respeito à dignidade humana de seus membros, na atualidade. Enfim, a família se edifica de forma especial, logo na sua dissolução é preciso uma conduta mais amena.

É preciso que genitores e operadores do direito estejam atentos ao momento social em que as separações e os divórcios atuais estão eclodindo e passem a dar atenção redobrada ao instituto do poder familiar. Exercê-lo de forma ampla e efetiva implica corresponsabilidade na educação integral do filho, sendo irrelevante qual dos genitores detenha a guarda da criança.

Aos pais cabe o direito de guarda do filho menor. Em caso de separação, não há preferência deste ou daquele para o exercício, que é partilhado. Os direitos isonômicos, pois a guarda é apenas um elemento do poder familiar, não fazendo parte de sua essência.

2.1 A guarda dos filhos no direito brasileiro

Estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, os direitos dos filhos, bem como os direitos e deveres dos pais, trazendo, por sua vez, uma série de dispositivos que buscam regulamentar a guarda:

Artigo 19 - Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família(...)

Artigo 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 judiciária competente para a solução da divergência.

Artigo 22 — Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Seguindo estas disposições e, mais, os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, iluminar-se-á um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil. Os pais são os responsáveis pela detenção do poder familiar, razão porque melhor compartilhar esses deveres.

O Estatuto da Criança e do Adolescente delega aos pais o dever de sustento, guarda e educação de seus filhos, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores.

Assim, o magistrado não estará obrigado a homologar acordos oriundos de divergências, se verificar a ocorrência de prejuízos aos menores, tendo em vista se tratar de questão de ordem pública. Os filhos não podem ser prejudicados em nenhum aspecto, seja na educação, saúde, enfim, em qualquer situação que tenha que ser mudada por adequação à vida dos pais.

Atualmente no ordenamento brasileiro, além da guarda compartilhada, existem outros tipos de guarda como será abordado nos tópicos que seguem. São elas :

Guarda alternada: caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana ou qualquer outro período

acordado. Durante esse período, o responsável pela guarda detém de forma exclusiva os “poderes” e deveres com relação à criança. No término do período, os papéis invertem-se.

Aninhamento: É um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo.

Guarda unilateral: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

2.1.1 Guarda alternada

Nesse critério os filhos não têm constância na convivência, pois estão com um genitor e ora com outro, o que não deixa de ser um modelo de guarda única. Cada um dos genitores exerce o direito de guarda por um determinado período de tempo, enquanto o outro fica com o direito de visitas. Talvez até então a mais usual. Verdadeira disputa pelo filho.

Aqui, não há divisões de responsabilidades parentais, pois cada um dos genitores fica responsável em tomar as decisões referentes aos filhos durante o período que estes estão com eles.

Caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia a dia. Ao término do período, os papéis invertem-se. É bastante criticada na sociedade, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança.

Este 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 reside com cada um dos pais. 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.

Conforme Rabelo (2010):

A Guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-

deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. A jurisprudência a desabona, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

Sendo assim, prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais.

2.1.2 Aninhamento

No modelo de aninhamento os filhos permanecem sempre sob o teto de um dos pais e com as mesmas rotinas, sendo que os pais, por períodos alternados, se mudam para atender e conviver com os filhos em ritmo periódico. Este modelo é raríssimo, tendo em vista que são os pais que se revezam, ao invés dos filhos. Eles moram em uma única casa e os pais se mudam em períodos alternados de tempo para conviver com os filhos.

Segundo Rabelo (2010):

O Aninhamento ou nidação é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal, por isso pouco utilizada.

2.1.3 Guarda unilateral

Já a guarda unilateral é a modalidade de guarda em que um dos genitores fica responsável pelo menor em residência fixa, e tem contato com o outro genitor

RABELO, Sofia Miranda. "Guarda Compartilhada" desde 1999. Consultora jurídica da Associação Pais para Sempre. Professora da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: www.apase.org.br/81003-definicao.htm. Acesso em 27 de abril de 2010, às 14:00 hs. IDEM.

normalmente nos fins de semana. Em geral neste tipo de guarda os filhos ficam com a mãe.

Embora ainda seja o tipo predominante, é bastante criticada, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique a morte da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e do melhor interesse do menor.

As visitas semanais ou até mesmo quinzenais, têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre os pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas.

Atualmente, alguns pais já estão contestando este modelo de guarda e procuram novos meios de garantir uma participação maior e mais comprometida na vida de seus filhos depois de finda a sociedade conjugal.

3 A GUARDA COMPARTILHADA NA LEGISLAÇÃO CIVIL

A guarda compartilhada refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança, evitando assim, a sobrecarga dos pais e minimizando o conseqüente impacto da ansiedade e do estresse sobre os filhos. Pode-se afirmar então, que um dos pais pode manter a guarda material ou física do filho, porém, ambos possuem os mesmos direitos e deveres para com o menor.

Segundo Ferreira (2010):

A guarda compartilhada é um modelo inovador, expressado pelo convívio diário, da criança com ambos os pais, após a separação. Todas as situações e decisões são compartilhadas. Nestes casos, o Judiciário entende que deva existir um requisito primordial para o sucesso: boa convivência entre os pais.

No direito positivo brasileiro, não havia legislação expressa sobre a aplicação da guarda compartilhada na seara do Direito de Família, preexistindo o Enunciado 101 e Projetos de Lei em tramitação no Congresso, para interpretação efetiva do texto do artigo 1583 do Código Civil. Como tal adoção não era vedada, ao contrário, estimulada, pois é a que melhor se adequa aos princípios constitucionais pátrios.

O maior suporte desse instituto vem em razão do disposto na nossa CF/88, em seu artigo 229, onde os pais têm direitos e deveres iguais na relação com os filhos:

Artigo 229 — Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A Constituição Federal prevê ainda em seu artigo 5º, I, a igualdade entre o homem e a mulher, bem como o faz seu art. 226, § 5º, ao prever que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, com base nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

O modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao longo da história sempre fora o de guarda unilateral, ou seja, após o rompimento do vínculo conjugal somente um genitor teria o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões de interesse superior deles.

Atualmente, este modelo vem sendo questionado, atendendo apenas às expectativas dos genitores, em detrimento dos filhos menores, que, necessitam de ambos os pais para sua formação. Busca-se uma solução que beneficie a família e, conseqüentemente, toda a sociedade.

Assim, a guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, minimizando o impacto negativo que as desuniões dos pais causam aos filhos. A guarda compartilhada vem oferecer a garantia da efetividade do exercício do poder familiar, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, ou união estável.

Karen Ribeiro (2002), diante a análise dos pressupostos legais, mesmo de forma objetiva, conclui que:

(...) o vínculo parental, e os direitos e deveres dele decorrentes, não se extinguem com a extinção do vínculo conjugal; a guarda dos filhos deve ser decidida pelo juiz quando o desacordo dos pais, ou interesse do filho o exigir; a guarda compartilhada é amplamente admitida pelo ordenamento Pátrio, desde que resultante de um acordo entre os pais, e for benéfica aos interesses do menor.

Dispõe a Declaração Universal das Crianças, tratado internacional do qual o Brasil é signatário, “que o direito de convivência entre pais e filhos separados e a igualdade na responsabilidade de criação dos filhos pelos pais devem ser respeitados”.

À luz de todos esses dispositivos legais, os pais já podem, então, optar, neste momento, pela guarda compartilhada, conforme direito assegurado pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.583, citado acima, em conformidade com o texto do Enunciado 101 do CFJ.

Enunciado 101 CFJ — sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do artigo 1.583,

pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

Em conformidade com a legislação e doutrina, a guarda compartilhada pode ser entendida como a guarda jurídica em que ambos os pais exercem o poder familiar e se atribui igualitariamente as prerrogativas dos pais perante seus filhos.

A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, tem igual importância para o saudável desenvolvimento do menor.

Em não divergindo os cônjuges no requerimento de guarda, deverá ser observado o entendimento dos pais, como uma interpretação mais adequada aos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma o magistrado estará agindo sob o manto da Lei para autorizar a guarda compartilhada, quando os pais a ela se dispuserem, seja na separação ou divórcio consensual, seja no litigioso, desde que, como dito, quanto à guarda, haja acordo.

Em todo caso, a questão deverá ser analisada incluindo-se todos os interessados, de modo que se chegue à solução que mais beneficie os menores, mas que também contemple seus pais, a fim de que nenhum deles negligencie a criação e educação de seus filhos.

A guarda compartilhada, já mesmo quando sem previsão legal, era admitida pelos Tribunais em face das transformações sentidas nas relações familiares tradicionais, sendo recomendada para certas circunstâncias como a mais adequada ao interesse do menor.

3.1 Vantagens da guarda compartilhada

A guarda compartilhada é vantajosa por privilegiar a continuidade na relação da criança com seus genitores após a separação destes e ao mesmo tempo mantém ambos responsáveis pelos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor.

Na prática da guarda compartilhada, obriga a permanência dos pais na mesma cidade, o diálogo entre o casal, e demais fatores específicos de cada caso.

Em função de uma melhora na autoestima do filho, as vantagens da guarda compartilhada são maiores que as desvantagens, pois melhora no rendimento escolar, enquanto que na guarda monoparental decai, diminuição do sentimento de tristeza, frustração, rejeição e do medo de abandono, já que permite o acesso sem dificuldade a ambos os pais, inclusive, ajudando na inserção da nova vida familiar de cada um dos genitores, além de ter uma convivência igualitária.

Como afirma o Grisard Filho (2003):

(...) 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 acima, 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.

Os pais podem conviver diariamente com os filhos, dando continuidade as responsabilidades parentais, principalmente, na divisão dos alimentos. Sem contar que a guarda compartilhada não sobrecarrega apenas um dos genitores como acontece na guarda monoparental, única, exclusiva, modalidade na qual o cônjuge não guardião vai se distanciando cada vez mais da vida dos filhos

A guarda compartilhada proporciona aos filhos a convivência num ambiente harmonioso, não havendo rancores entre os ex-cônjuges, e sim diálogo e cooperação, para privilegiar os interesses dos próprios filhos, ao mesmo tempo prevalecendo à igualdade entre homem e mulher de estarem exercendo ativamente seu papel de pai e mãe.

De acordo com Alessandra Abate (2010):

Na guarda compartilhada ou conjunta, o casal divide as responsabilidades, decide junto todas as questões que envolvem os filhos, responde igualmente pela criança e participa da vida e do desenvolvimento dos filhos. A guarda material ou física do filho pode ficar a cargo de um dos pais, mas os direitos e deveres do poder familiar são sempre de ambos. Quem não tem a guarda física também participa da educação e formação dos filhos.

Entre as grandes vantagens da guarda compartilhada está o fim da problemática com relação à regulamentação de visitas e do afastamento do pai ou da mãe que não detém a guarda, principalmente porque os horários de visitação e os períodos de férias são mais flexíveis. Evita também que o menor fique por um período em cada casa e que o poder parental dependa de estar ou com o pai ou com a mãe, como acontece na guarda alternada e na qual as constantes mudanças provocam instabilidade emocional e psíquica.

Segundo a autora, na guarda compartilhada o filho não perde o vínculo com os pais, permanecendo certo tempo com o pai e outro período com a mãe. Um triste exemplo e ao mesmo tempo muito comum de ocorrer é o pai pensar que se não é o guardião, deve manter-se distante da educação do filho, pois considera que a justiça dá plenos poderes à guardiã que detém a guarda.

Alguns desses pais acabam por afastar-se de seus filhos provocando, sem dúvida alguma, sentimentos de angústia desnecessários. São os filhos quem acabam por pagar o maior tributo por tais comportamentos, visto que sofrem por viver em meio ao fogo cruzado de seus pais e podem apresentar sérios sintomas, como dificuldades afetivas, sociais e de aprendizado.

Neste ponto, salientam novamente os ensinamentos de Waldyr Grisard Filho (2003):

(...) 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.

ABATE, Alessandra. Guarda compartilhada, melhor para pais e filhos. Disponível em: http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2008/06/13/guarda_compartilhada_melhor_para_pais_filhos-546792331.asp. Acesso em 27 de abril de 2010 às 19:32 hs.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O maior bem de um casal é o filho, ou os filhos, e para estes também, e estes precisam igualmente do pai e da mãe, sendo assim necessário que um permita o direito de existência do outro na vida de seus filhos. A separação conjugal não pode se estender à ruptura parental, pois a criança precisa tanto do pai, quanto da mãe para ter um bom desenvolvimento cognitivo, psíquico e emocional.

O instituto da guarda compartilhada é o caminho possível para assegurar aos filhos de pais separados a presença contínua em harmonia de ambos os genitores, mas para isso é necessário um amadurecimento destes pais em assumir este modelo, pois definitivamente poderá ser imposto e sim acordado harmoniosamente em prol dos próprios filhos.

Cumpre salientar que embora vantajosa, a guarda compartilhada não deve ser imposta como solução para todos os casos, havendo situações em que o modelo é inadequado e até mesmo contraindicado, como no exemplo da tenra idade dos filhos.

3.2 A Guarda Compartilhada no Código Civil

A lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 alterou os artigos 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

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.

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.

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

A guarda compartilhada é um sistema de corresponsabilidade dos pais pelos deveres e direitos decorrentes da guarda dos filhos. Assim, são compartilhadas responsabilidades e decisões acerca da vida material, educacional, social e o bem estar dos filhos.

Logo após esta conquista para o Direito Brasileiro em prol do bem-estar dos filhos de pais separados e a adoção de um critério isonômico no cuidado desses filhos, várias autoridades vieram a público manifestar suas opiniões, dentre elas destaca a do Juiz Arnaldo Camanho :

A inclusão no Código Civil Brasileiro da opção de guarda compartilhada de filhos de pais separados foi aprovada pelo Senado nesta semana, em votação simbólica. E o projeto ainda será votado pela Câmara Federal. O juiz explicou as diferenças entre a guarda compartilhada, a guarda alternada a guarda monoparental.

Na guarda compartilhada, há a corresponsabilização simultânea do casal com relação às crianças, ou seja, os dois pais têm a plena responsabilidade sobre os menores, mesmo se essas crianças morarem com um ou com o outro. A responsabilidade sobre os filhos é dos dois. Segundo o juiz, “a guarda compartilhada é fruto de uma parceria entre o casal, quando este consegue se separar de maneira civilizada”. E o fato da criança morar com o pai ou com a mãe, não impede de um deles ter que pagar a pensão alimentícia. Quando se tem a guarda alternada, as crianças ora estão com o pai, ora estão com a mãe, e a guarda é daquele com quem as crianças estão no momento. A guarda é exercida em momentos alternados e as despesas das crianças ficam por conta daquele que está com os menores. O juiz pode determinar de quem é a responsabilidade financeira com relação à saúde e à educação. Pode definir, por exemplo, que o pai será o responsável pelas despesas médicas e a mãe será a responsável pelas despesas escolares.

3.3 Os benefícios Psicológicos da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada visa o bem-estar psicológico e emocional da criança e de toda a família, de modo que a separação seja menos dolorosa possível.

Os direitos atinentes à pessoa humana, notadamente no que concerne a criança e ao adolescente, são norteados pelos direitos da personalidade com enfoque na sua proteção, direito a vida, a dignidade, a moradia. O menor posto fora de seu habitat sucumbirá na angústia perdendo seu natural contato com o meio social organizado.

A criança necessita de cuidados não só físicos, mas também psicológicos. Não há dúvida que uma separação agride de forma impetuosa os filhos, sendo assim, cabe aos pais se conscientizarem de que devem manter uma convivência harmoniosa a fim de preservar a integridade psíquica da criança.

O fim do relacionamento dos pais não pode resultar na ausência de um dos genitores na vida do filho, o que poderá resultar em perdas incalculáveis para a formação da personalidade da criança, fruto desse relacionamento. É bastante comum cenas onde, principalmente o pai, romper os laços de afeto com a criança. Tal conduta pode gerar danos permanentes e graves para o crescimento intelectual deste indivíduo que se encontra em fase de formação.

A separação, o divórcio ou a dissolução da união estável não deve significar, de forma alguma, o rompimento dos laços familiares entre pais e filhos.

Conforme Alvares (2010):

Destarte, pais e mães devem se conscientizar que, caso a separação seja inevitável, sinalizando não mais haver amor, deve ser ela o marco do início de uma grande amizade entre eles, tendo em vista a busca do bem-estar dos filhos. Pois, é por eles e para eles, que devemos dirigir os nossos esforços no intuito torná-los cidadãos livres, responsáveis e felizes, capazes de fazer deste, um mundo mais justo e melhor.

A guarda compartilhada permite a continuidade do convívio da criança com ambos os pais. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem-estar dos filhos. São benefícios grandiosos que a nova proposta traz às relações familiares buscando reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

A aprovação da Lei pelo Congresso Nacional que modifica dispositivos do código Civil pacificou a questão nos tribunais permitindo assim uma melhor estruturação da família mesmo diante do rompimento conjugal.

Conclusão

Com as mudanças ocorridas na sociedade e sobre tudo na família, a guarda compartilhada surge como uma solução, visto que demonstra várias vantagens ao bem-estar do menor, mantendo-se o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

Normalmente é desejo dos pais continuar exercer a autoridade parental em relação aos filhos quando ocorre a fragmentação da família. A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para seu desenvolvimento emocional de forma saudável.

Neste tipo de guarda o que se privilegia é o interesse da criança. O objetivo da norma é buscar a transformação de uma relação familiar que, atenderá aos interesses dos menores, como também de seus pais, pois a convivência é, não só um desejo, como também uma necessidade para o bem estar físico e mental de todos, daí a necessidade da preservação da guarda.

O interesse do menor de ser sempre observado, contudo a responsabilidade parental não pode ser uma imposição a ser perseguida a qualquer custo, deve haver interesse dos pais em compartilhar a guarda dos filhos.

Na guarda compartilhada os pais irão dividir as tarefas, a educação do menor, o tempo de convivência com os filhos, as decisões, e o mais importante, não existe uma ruptura dos laços afetivos. Ainda que inexistente o relacionamento entre mãe e pai, o convívio com a criança é fundamental para a formação de seu caráter e de sua personalidade.

A criança precisa saber que ainda que pai e mãe não se amem mais, ela será sempre amada pelos dois. Infelizmente muitos pais quando se separam, abandonam os filhos, rompendo totalmente o vínculo, o que causa danos irreparáveis à criança.

Referência

ABATE, Alessandra. Guarda compartilhada, melhor para pais e filhos. Disponível em: http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2008/06/13/guarda_compartilhada_melhor_para_pais_filhos-546792331.asp. Acesso em 27 de abril de 2010 às 19:32 hs.

ÁLVARES, Adelson S. Separação sem Guerra. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=704. Acesso em 29 de abril de 2010 às 10:18 hs.

CAMANHO, Arnaldo. Juiz de Direito em entrevista para O Globo manifesta sobre a importância da aprovação da Guarda Compartilhada em <http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=19&id=1328>. Acesso em 28 de abril de 2010 às 16:43 hs.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: família. v. 6. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Anna Luiza A. A GUARDA COMPARTILHADA AOS OLHOS DOS TRIBUNAIS. Disponível em: www.aleitamento.com/a_artigos.asp?id=x.... Acesso em 27 de abril de 2010 20:35 hs.

G1 > Brasil - NOTÍCIAS - Entenda o projeto sobre guarda compartilhada. Disponível em: http://www.google.com.br/search?sourceid=navclient&aq=0h&oq=&hl=pt-BR&ie=UTF-8&rlz=1T4RWNW_pt-BRBR309BR312&q=guarda+compartilhada. Acesso em 27 de abril de 2010, às 13:30 hs.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NADER, Paulo. Curso de direito Civil: Família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família. 4.º ed. atualizada. Curitiba: Juruá, 2004.

RABELO, Sofia Miranda. “Guarda Compartilhada” desde 1999. Consultora jurídica da Associação Pais para Sempre. Professora da Fundação Escola

Superior do Ministério Público. Disponível em: www.apase.org.br/81003-definicao.htm. Acesso em 27 de abril de 2010, às 14:00 hs.

SALLES, Karen Ribeiro N. de. Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: família. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.