

A GUARDA COMPARTILHADA

PAULA MAGALHÃES DA SILVA

SUMÁRIO

- 1 - INTRODUÇÃO
- 2 - UMA VISÃO GERAL SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA
- 3 - UMA VISÃO GERAL ACERCA DO PODER FAMILIAR
- 4 - UMA VISÃO GERAL SOBRE A GUARDA
 - 4.1 - Os critérios de determinação da guarda
 - 4.2 - As modalidades de guarda
 - 4.3 - Os meios de exercício da guarda
 - 4.3.1 - Guarda alternada
 - 4.3.2 - Guarda dividida
 - 4.3.3 - Guarda conjunta (ou compartilhada)
- 5 - DA GUARDA COMPARTILHADA
 - 5.1 - Conceito
 - 5.2 - A guarda compartilhada no direito alienígena
 - 5.2.1 - Direito Português
 - 5.2.2 - Direito Inglês
 - 5.2.3 - Direito Americano
 - 5.2.4 - Direito Canadense
 - 5.3 - A possibilidade jurídica da guarda compartilhada no direito pátrio
 - 5.4 - As vantagens e desvantagens da guarda compartilhada
 - 5.4.1 - Das vantagens
 - 5.4.2 - Das desvantagens
- 6 - CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS
- ANEXO: PESQUISA DE CAMPO

1 - INTRODUÇÃO

No decorrer do presente trabalho abordarei um tema que timidamente vem surgindo na doutrina e na jurisprudência de nosso país: A Guarda Compartilhada.

Este modelo de guarda, como o próprio nome diz, resume-se no compartilhamento, pelos pais separados judicialmente, ou por aqueles que nunca foram casados, das responsabilidades, obrigações e direitos quanto à pessoa dos filhos. Ambos tornam-se detentores do poder familiar de igual para igual.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que igualou os direitos e deveres dos cônjuges, e com a modificação da sociedade, onde a mulher trabalha mais e o homem interessa-se mais pelo cuidado com os filhos, exigiu-se que juristas buscassem um novo modelo de guarda que atendesse aos interesses dos pais e principalmente ao dos filhos. A resposta veio da legislação alienígena que já aplicava com sucesso a Guarda Compartilhada. Para compreender melhor as nuances do instituto é indispensável estudarmos, de um modo geral, as evoluções do direito de família, os atributos do poder familiar e o instituto da guarda.

Tecidas essas considerações, entre outras, estaremos preparados para entender melhor o que vem a ser guarda compartilhada e quais são suas características.

É importante analisar também como o instituto é aplicado em outros países para, após, compreendermos a possibilidade de sua aplicação no Brasil.

Ao final, exporei as vantagens e desvantagens apresentadas por este novo modelo de guarda sobre o alicerce de longa pesquisa, para que possamos compreender a importância de sua maior adoção.

A Guarda Compartilhada faz com que os ex-cônjuges não deixem de ser ex-pais, estimula a convivência familiar e tem em vista o bem-estar do menor.

Segundo o Dr. Paulo Angélico, Juiz de Direito em Pouso Alegre e Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas, a Guarda Compartilhada tem dois pressupostos: referencial fixo e a participação efetiva dos pais na vida do menor, envolvendo direitos e obrigações. Partindo destas primeiras considerações, iniciemos nosso estudo abordando inicialmente a evolução do Direito de Família, dado fundamental para compreendermos o instituto objeto deste trabalho científico.

2 - UMA VISÃO GERAL SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Sabemos que, em tempos remotos, a família recebia forte influência do Estado e da Igreja. Sua formação girava em torno do pater. Era ele quem estabelecia as regras e cuidava do futuro dos membros de sua família.

A finalidade do matrimônio era exclusivamente procriativa, isto é, havia uma visão demonizada do sexo. Para que duas pessoas pudessem casar, era indispensável que os pais concordassem, em outras palavras, o casamento era planejado pelos pais dos nubentes. Não era necessário o amor, o afeto e o carinho entre eles.

Fustel de Coulanges ensina em A Cidade Antiga que:

"O arcabouço da família não era tampouco o afeto natural, visto que o direito grego e o romano não tomavam na menor conta este sentimento. Poderia este existir no íntimo dos corações, mas para o direito não representava nada. O pai podia amar sua filha, mas não lhe podia legar os bens. As leis de sucessão, isto é, aquelas entre todas traduzem com mais fidelidade as idéias que os homens tinham acerca da família, estão em flagrante contradição, tanto com a ordem de nascimento como com o afeto natural".

Em meados do século XX a situação da família passou por profundas transformações. A globalização, a evolução do conhecimento científico, o declínio do patriarcalismo e a entrada da mulher no mercado de trabalho resultaram em profundas mudanças na família. Deixou-se de lado a superioridade masculina e a finalidade exclusivamente reprodutiva e econômica da família.

O Código Civil de 1916, fruto de uma visão conservadora e fechada da sociedade, tinha uma concepção patriarcal e hierárquica da família. A idéia de família estava intimamente ligada à idéia de casamento. Era a chamada família legítima. Não havia família sem casamento.

Com a Constituição Federal de 1988, a família passou a ter outros moldes, frutos das exigências das transformações sociais. Passou-se a reconhecer a união estável e a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, além daquela decorrente do casamento, como entidades familiares.

Outra grande evolução trazida pela Constituição de 1988 foi a igualdade dos cônjuges pois não mais se justifica a superioridade masculina para reger a família já que as mulheres demonstram cada vez mais avanços no mercado de trabalho e ainda conseguem conciliar os afazeres domésticos com o seu trabalho.

Cabe, aqui, a observação do ilustre professor Rodrigo da Cunha Pereira: "Na família, os papéis masculino e feminino estão sendo redirecionados. Neste aspecto, o movimento feminista foi fundamental para denunciar a ideologia patriarcal de desvalorização do trabalho doméstico e a opressão de um sexo sobre outro. Com isso, pode-se repensar a divisão sexual do trabalho e o limite da esfera pública e privada para as relações de gênero. O homem teve que redimensionar sua masculinidade, a partir da crise provocada pela emancipação feminina".

Cumpramos ressaltar, ainda, o grande avanço da Constituição Federal vigente em considerar todos os filhos iguais. Não há mais termos discriminatórios como legítimo ou ilegítimo.

O Novo Código Civil seguiu os parâmetros igualitários contemplados pela Carta Magna. Pode-se afirmar que o Direito de Família, como ciência social que é, evoluiu para satisfazer algumas exigências pelas quais a sociedade clamava.

Algumas, pois não se deve deixar de dizer que questões importantes ainda não foram tratadas como a união entre homossexuais, a possibilidade de adoção por eles, e, inclusive, a guarda compartilhada.

Descreverei, pois, o presente trabalho científico apoiada não em uma lei específica, mas em princípios e comandos legais que norteiam o instituto da Guarda e o próprio Direito de Família.

Vale destacar que devemos sempre pensar em família como a célula básica da sociedade e também como um núcleo de afeto, amor, carinho e compreensão. Não podem, assim, os

legisladores, padronizá-la totalmente. Seria como ter uma só fórmula para o afeto e para o amor. Em outras palavras, seria a extinção da idéia de família já que o único alicerce desta é o amor.

3 - UMA VISÃO GERAL ACERCA DO PODER FAMILIAR

Em linhas gerais, podemos dizer que Poder Familiar é um conjunto de direitos e obrigações dos pais quanto à pessoa e aos bens de seus filhos menores.

Anteriormente à Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 havia a denominação "Pátrio Poder". Tal denominação retratava a família patriarcal, deveras ultrapassada.

Sabemos que em tempos remotos o homem era o chefe da família. Era ele quem detinha o poder sobre seus filhos regulando sua educação, cultura e até mesmo sua vida pessoal. Na grande obra de Fustel de Coulanges, A Cidade Antiga, há a demonstração de como era a família antigamente. Havia algo mais superior do que o próprio homem: a religião doméstica. Os pais tinham poderes superiores em relação aos seus filhos. Vejamos: "As leis gregas e romanas reconheceram ao pai aquele poder ilimitado de que a religião o revestira no princípio. Os direitos, numerosos e diversos, que as leis lhe conferiram podem ser classificados em três categorias, conforme considerarmos o pai de família chefe religioso, proprietário ou juiz."

O Código Civil de 1916, baseando-se ainda na idéia da supremacia do homem, não contemplava a igualdade entre homens e mulheres. Estas sempre estavam subordinadas àqueles.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, perderam a razão de ser os dispositivos que continham tal discriminação, inclusive o que continha a denominação "Pátrio Poder".

O antigo Código Civil discriminava tanto a figura dos filhos como a figura da mulher. Os chamados filhos "ilegítimos" não estavam sujeitos ao poder familiar e a mulher era sempre colocada em segundo plano no que tange às decisões relativas aos seus filhos.

A lei explicitamente fazia tais discriminações que afrontavam veemente o princípio da igualdade tão consagrado na Constituição Federal de 1988. Não demonstrava qualquer preocupação quanto ao menor. Tanto que dispunha no artigo 380, em seu parágrafo único, que, se os progenitores divergissem, prevalecia a decisão do pai. O bem-estar do menor pouco importava. De modo diverso, a Constituição Federal, em seu artigo 226, §5.º, determina que direitos e deveres na sociedade conjugal sejam exercidos em igualdade de condições pelo homem e pela mulher. Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente acompanhou a Lei Maior em seu artigo 21.

O Novo Código Civil andou bem, modificando a nomenclatura e as características desta instituição.

Dispõe em seu artigo 1.631 que:

"Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do acordo".

Assegura, assim, a nova lei, a integridade dos princípios constitucionais.

Vale lembrar as palavras de Leila Maria Torraca de Brito: "Atualmente, as mudanças na concepção de família conduziram à compreensão de que o matrimônio reúne duas pessoas diferentes ligadas em bases igualitárias, pelo vínculo do casamento".

Em caso de divergência entre os pais, qualquer deles pode recorrer ao judiciário que decidirá conforme o interesse do menor.

Podemos, assim, dizer que o poder familiar, atualmente, tem como alicerce a igualdade entre os cônjuges e o princípio do melhor interesse do menor.

O artigo 1.634 do Código Civil elenca os atributos do poder familiar em relação à pessoa dos filhos. São eles: dever de educação, criação e guarda, assistência e representação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 22 reforça os mesmos deveres ao dispor que:

"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 legais".

Quanto aos direitos e deveres dos pais em relação ao patrimônio dos filhos, o artigo 1689 do Código Civil, in verbis, dispõe que:

"O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos.

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade". Destarte, a administração dos bens dos filhos menores é dever dos pais. Eles devem zelar pela preservação do patrimônio de que cuidam, não podendo praticar atos que impliquem alienação direta ou indireta de bens, ou dos quais possa resultar uma diminuição patrimonial.

Se houver necessidade ou evidente interesse da prole, podem os pais alienar, gravar de ônus real os imóveis dos filhos e contrair obrigações que ultrapassem o limite da administração mediante autorização judicial.

Os filhos, os herdeiros e o representante legal podem pleitear a declaração de nulidade dos referidos atos.

Decorrente dos deveres dos pais de sustento, guarda e administração dos bens, é o direito de ter o usufruto dos bens dos filhos.

"Se é verdade que aos pais incumbem as despesas com a criação dos filhos quando estes não possam atender, justo é que, tendo os filhos bens para criarem-se e educarem-se, usem as rendas dos mesmos bens para este fim".

Os pais usufrutuários dos bens dos filhos menores não são obrigados a prestar caução (art. 1400 CC).

4 - UMA VISÃO GERAL SOBRE A GUARDA

Podemos definir guarda como um termo usado para indicar o direito-dever de proteção e companhia de uma pessoa em relação ao menor. A detenção da guarda implica o dever de vigilância e de ampla assistência a ele.

É um direito-dever originário e natural dos pais que possibilita o exercício de todas as funções decorrentes do poder familiar elencadas no artigo 1.634 do Código Civil. Em nosso direito a guarda de filhos menores decorre de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas, que aproveitam, entretanto, o mesmo conceito: em decorrência da separação ou do divórcio dos pais e da que cuida o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No presente trabalho, abordarei a guarda decorrente da separação e do divórcio e analogicamente daquela decorrente da dissolução da União Estável.

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Com o fim da relação amorosa dos pais, conserva-se a relação pai e filho. O Novo Código Civil trouxe disposições inovadoras visando ao melhor interesse dos filhos menores.

Segundo o artigo 1.584 do referido diploma legal:

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

A determinação da guarda baseia-se, pois, nas melhores condições apresentadas pelos genitores para atender aos interesses do menor.

Havendo motivos graves, poderá o juiz em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente.

Podemos observar que a Lei de Divórcio e o Novo Código Civil, diversamente do Código de 1.916, têm em vista o melhor interesse do menor quanto à determinação da guarda, seja na separação consensual, litigiosa, e nas chamadas separação-falência e separação remédio.

O artigo 1.586 do novel Código Civil Brasileiro e o antigo artigo 13 da Lei de Divórcio, ao disporem que o juiz pode, a bem dos filhos, e havendo motivos graves, dispor de modo diferente, deixam ao critério do juiz o estabelecimento da guarda.

Ensina Yussef Said Cahali:

"Na realidade, dispondo a Lei de Divórcio em seu artigo 13, que 'se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores à situação deles com os pais' (repetindo, aliás, o que continha no revogado artigo 327 C.C.), todas as regras anteriores tornam-se relativas, na medida em que se transferiu aos tribunais o difícil encargo de pesquisar a solução que melhor atenda aos interesses da prole".

Destarte, é imprescindível a realização de um estudo social para averiguar as condições em que os pais do menor vivem, seus comportamentos e suas responsabilidades. Veremos, pois, os

critérios que devem ser analisados para a determinação da guarda.

4.1 - Os critérios de determinação da guarda

Como vimos anteriormente, quando não há acordo dos pais em relação à guarda dos filhos, o juiz deve analisar as condições dos dois genitores decidindo pelo que é capaz de satisfazer o bem do menor.

Noutro giro, quando há um acordo, porém ele é prejudicial ao bem-estar do menor, deve o juiz também analisar as condições dispendo de modo contrário ao acordo prejudicial. Num e noutro caso, deve-se atentar aos seguintes critérios:

a) Interesse do menor

Tal critério é o mais relevante na decisão a ser tomada pelo juiz. Ele visa à proteção do menor, ao cuidado com o seu desenvolvimento sadio e ao seu futuro.

Não há uma definição exata acerca do interesse do menor. Ouso, então, dizer que o interesse do menor relaciona-se com seu desenvolvimento físico, moral, educacional e espiritual. Portanto, é preciso que seu guardião tenha capacidade de sustentá-lo, de educá-lo e de orientá-lo sobre aspectos gerais de sua vida como suas relações afetivas, sua orientação profissional, religiosa etc...

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a jurisprudência tem permitido precisar algumas tendências: "o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas, e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança a um de seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz, para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser interesse do menor". .

Ressalte-se que há diferença entre o interesse do menor e o interesse material. Isto quer dizer que a guarda não pode ser deferida a um dos genitores pelo único fato de ter melhores condições econômicas que o outro. É necessário analisar a condição econômica com os outros fatos que satisfazem o interesse do menor.

O artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

"A falta ou a carência de recursos materiais não constituem motivo suficiente para perda ou suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente em sua família de origem a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio".

Ora, a guarda é um dos atributos do poder familiar e apesar do artigo em tela se referir a este, podemos notar que o legislador repugna a idéia de que o menor obrigatoriamente deve ficar com quem tem melhores condições econômicas.

Se a guarda for deferida ao genitor que possui menos recursos econômicos, aquele que possui mais recursos deverá transferi-los para os filhos na forma de alimentos. Embora a situação econômica não seja critério que por si só norteia a concessão da guarda, é fator que contribui para ela.

Na opinião de Maria Josefina Becker, assistente social em Porto Alegre/RS: "Na prática, a situação econômica precária, embora não seja causa para perda ou suspensão do pátrio poder, impede, muitas vezes, pelo menos eventualmente, o exercício efetivo da guarda dos filhos de pais que trabalham todo dia e não contam com equipamentos comunitários ou públicos como creches e pré-escolas. Nos casos de desemprego ou subemprego, acresce-se a falta concreta de alimentos e até mesmo de habitação".

Por isso, há que ser analisados em conjunto, todos os fatores que norteiam o interesse do menor.

b) Idade e sexo

Tais critérios não são predominantes no tocante à determinação da guarda de um filho. A Lei do Divórcio revogou os artigos 325 e 328 do antigo Código Civil de 1.916 desconsiderando tais critérios como determinadores da guarda.

Certo é que a criança em tenra idade necessita ainda dos cuidados maternos. Por isso, dá-se

preferência à mãe. Quando a criança não mais necessita destes cuidados, as condições do pai e da mãe se igualam.

No tocante ao sexo, a meu ver, não há preferência em ser concedida a guarda de um filho somente ao pai e/ou a guarda de uma filha somente à mulher. Isto porque, hoje, homens e mulheres são aptos a orientar seus filhos sobre assuntos de sexualidade. O que será relevante é a idoneidade do pai e da mãe e suas condições de educar os filhos visando ao melhor interesse dos mesmos.

c) Separação ou união dos irmãos

A separação dos irmãos pode causar mais desarmonia quando, por exemplo, um fica com o pai detentor de melhores condições econômicas e o outro com a mãe.

Caso ocorra a separação, é necessário que o juiz atente para o fato de que o filho que ficou sob a guarda do genitor menos provido de recursos materiais deve receber uma pensão alimentícia razoável e condizente com a realidade de seu irmão. Caso contrário, a separação entre eles pode se tornar traumatizante na medida em que despertará o ciúmes, a inveja e a desunião.

É ainda necessário que se estabeleça um regime de visitas mais amplo pois um dos filhos pode achar que recebe menos carinho de seu genitor não guardião do que seu irmão.

d) A opinião do menor

A opinião do menor, sempre que possível, deve ser levada em conta. Porém, é necessário ressaltar que o menor nunca pode ser obrigado a escolher com quem pretende ficar. É importante analisar, porém, se a opinião do menor irá prejudicá-lo pois, caso isto ocorra, prevalecerá seu interesse e não sua opinião.

Neste sentido Gilson Fonseca expõe:

“O juiz, sempre que possível, deve ouvir os filhos antes de decidir sobre sua guarda por qualquer dos pais ou terceiro. Constitui direito do menor ser ouvido e emitir sua opinião quanto ao meio familiar em que deve permanecer. O peso da vontade do menor, deve, no entanto, ser relativo, já que ele é incapaz de assimilar por inteiro a situação que o rodeia e tende a preferir decisão mais cômoda, em desfavor daquela que implica uma mudança em sua vida (Seleções Jurídicas COAD-ADV, 11/92, n.º 227). Não havendo, contudo, motivos sérios, notadamente de ordem moral, que tornem desaconselhável a permanência deles com aquele que eles escolheram para ficar, deve a sua vontade prevalecer. Neste sentido STF, HC n.º 69.303-2-MG”.

e) A culpa de um dos cônjuges como critério para determinação da guarda

Considera-se culpado o cônjuge vencido em processo de separação que haja abandonado o lar, cometido adultério ou conduta desonrosa, tiver sido condenado por crime infamante, tiver tentado a morte ou praticado sevícia ou injúria grave contra o outro cônjuge.

A discussão de culpa pelo término da sociedade conjugal não é importante para a determinação da guarda vez que o que prevalece é o interesse do menor.

Assim dispõe o artigo 1.548 do Código Civil:

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

O interesse do menor é o fator predominante na determinação da guarda. Se considerarmos a culpa, isoladamente, como determinante da guarda, estaremos diante da injustiça de se perder de vista o bem dos filhos para amenizar a dor do cônjuge inocente na separação.

Ensina Maria Helena Diniz:

“Pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que derroga todas as normas e deve inspirar a decisão do magistrado, por ser um critério normativo-hermenêutico cogente, não se recomenda a guarda a pessoa desqualificada eticamente, inidônea, imatura psiquicamente ou portadora de qualquer deficiência de natureza comportamental (CF/88, art. 1.º, III, Lei n.º 8.069/90, artigos 5.º e 6.º, Decreto n.º 99.710/90)”.

Para Fernanda Otoni de Barros, psicanalista e psicóloga judicial e primeira-secretária do IBDFAM:

“Garantir o interesse maior da criança é criar condições para que em seu processo de constituição enquanto sujeito, possa constituir isso que chamaremos de estrutura familiar”.

4.2 - As modalidades de guarda

Doutrinariamente a guarda é classificada em distintas modalidades quais sejam: Guarda comum é aquela exercida por ambos os genitores na constância do casamento e das outras formas de família. Decorre do poder familiar. Já a guarda desmembrada é aquela concedida judicialmente a uma pessoa que não detém o poder familiar. Pode ser chamada de guarda delegada.

Na guarda de fato, uma pessoa exerce todas as atribuições inerentes ao instituto da guarda, sem contudo, ter uma atribuição legal ou judicial. O único atributo não exercido pelo guardião é o direito de autoridade.

Na pendência de processos de separação e divórcio, a guarda é concedida provisoriamente a um dos genitores. (guarda provisória).

Quando a sentença, nestes processos, é proferida, a guarda passa a ser única e com certo caráter de definitividade. (guarda definitiva).

A guarda por terceiros é a deferida à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges e a guarda para fins previdenciários é aquela que tem como finalidade somente assegurar ao menor os benefícios previdenciários.

A guarda jurídica encerra as relações parentais de caráter pessoal emergentes do poder familiar (sustento, educação, representação, correção etc) e a guarda material encerra a idéia de posse, de imediatividade do exercício da guarda jurídica por aquele que viva com o menor.

4.3 - Os meios de exercício da guarda

4.3.1 - Guarda alternada

Este modelo de guarda consiste no exercício alternado da guarda única. Cada genitor tem um determinado período para ser o guardião do menor. Tal período pode variar de uma semana, um mês, um ano, etc. O genitor não-guardião fica com o direito de visitas.

Pode ela ocorrer de duas formas: ou a criança se alterna entre as casas dos pais ou ela permanece na mesma casa e seus pais alternam o domicílio.

Tal modelo é prejudicial ao interesse do menor, vez que "é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade". A vantagem de não se perderem os laços com nenhum dos genitores confronta-se com a desvantagem de um estado de incerteza prejudicial ao menor.

4.3.2 - Guarda dividida

Nesta modalidade, o menor fica sob a guarda de um dos genitores enquanto o outro detém o direito de visitas.

É o modelo mais adotado e, por ser baseado na residência fixa, para o menor é mais favorável do que a guarda alternada por conceder maior estabilidade à vida deste.

Ressalte-se, porém, que, diante das transformações sociais, não se vê mais neste modelo a completa satisfação dos interesses do menor.

Urge que não sejam os mesmos privados da convivência com seus genitores.

Atualmente os pais não abrem mão de acompanhar o crescimento de seus filhos. Finda a idéia de que as mães reúnem melhores condições para serem guardiãs dos filhos e considerando que os pais anseiam por obter a guarda, é preciso que reanalisemos o modelo de exercício de guarda adotado com maior freqüência no Brasil.

4.3.3 - Guarda conjunta (ou compartilhada)

É aquela em que os genitores exercem a autoridade parental conjuntamente. Ao contrário da guarda alternada, baseia-se ela na residência fixa para o menor.

Em outras palavras, nesta modalidade, o menor reside com um de seus genitores, porém, ambos participam das decisões importantes de sua vida.

Resulta este modelo de guarda das exigências da modernidade onde há a vontade de ambos os pais em participar da vida do menor.

Veremos, com mais detalhes, no próximo tópico, este novo modelo de guarda.

5- DA GUARDA COMPARTILHADA

5.1 - Conceito

A guarda compartilhada é um modelo que vem surgindo timidamente na nossa doutrina e jurisprudência. Caracteriza-se pelo exercício conjunto da autoridade parental pelos pais. Nela, os genitores participam igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Os filhos não perdem o contato com seus pais e, conseqüentemente, os efeitos maléficos da ruptura conjugal são diminuídos sobremaneira.

Como dito anteriormente, a guarda única não mais satisfaz a pretensão dos genitores e os interesses dos filhos. Com o crescimento das mulheres no mercado de trabalho, os homens passaram a participar mais dos afazeres domésticos e a se preocuparem mais com os filhos.

"Não há números exatos sobre a demanda masculina pela prole, mas o advogado Sérgio Calmon, que defende os interesses de Bial e Camargo, calcula que estes pais respondem por 30% dos processos de guarda na Justiça. O mais importante é a própria mudança da sociedade. Com a entrada da mulher no mercado de trabalho, os homens foram obrigados a dividir o cuidado com os pequenos. Muitos parecem ter gostado da brincadeira. Não apenas um cenário de disputa surge com esse legítimo direito do homem de querer participar ativamente da vida dos filhos, mas também uma nova realidade. Afinal, nem sempre a questão é tirar de um ou de outro o direito à convivência com os filhos e sim concretizar a separação do casal evitando, contudo, o distanciamento dos filhos. E aí que surgem inúmeras formas de partilhar a atenção e as necessidades da criança".

É preciso destacar a diferença entre guarda alternada e guarda compartilhada. A primeira baseia-se na residência alternada dos filhos e dos pais. A segunda baseia-se na residência fixa para o menor. Nesta, partilham-se somente os direitos e deveres entre os pais no plano jurídico.

Muitos juristas confundem os dois modelos de guarda e erroneamente consagram a guarda compartilhada como um modelo prejudicial ao menor igualando-a à guarda alternada. Há entendimentos jurisprudenciais contrários à guarda alternada, senão vejamos: "Guarda dos Filhos - custódia alternada semanalmente - Situação prejudicial ao menor. É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem as restrições de ordem moral, os filhos, principalmente, durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita. Não há que falar em sentença ultra petita, quando a decisão se limitar a impor regras de visitação mais restritivas do que aquelas expressas na petição inicial, procurando o magistrado, dentro do seu próprio arbítrio, organizar de forma criteriosa o direito de visita para melhor atender os interesses dos menores". (TJMG).

A guarda alternada provoca confusão na mente do menor devido à constante mudança de ambiente.

A guarda compartilhada, por sua vez, baseada na residência fixa para o menor, tem importância decisiva no bem-estar psicológico e na auto-estima dos filhos. A segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente relacionadas com a manutenção das relações pais e filhos.

Ensina Lia Justiniano dos Santos:

"Encontramos, com a ajuda da interdisciplina, através das noções que captamos da psicanálise a resposta buscada: é na diferenciação das funções de pai e mãe que são igualmente complementares que vamos encontrar, até como exigência inarredável, a razão de ser, primordial de nossa opção pela guarda compartilhada para o exercício da guarda cindida em razão da separação dos genitores". E continua: "A grosso modo, cabe à função materna o desenvolvimento do psiquismo da criança, o seu mundo interno, e à função paterna o seu desenvolvimento enquanto cidadão, no relacionamento com o mundo externo".

Partindo da idéia de que é fundamental para o bem-estar dos filhos a presença dos seus pais na sua vida e considerando que a guarda exclusiva aniquila esta presença e transforma um pai (ou mãe) em simples "visitante", veremos a possibilidade do instituto no Brasil, suas vantagens e desvantagens.

Antes, porém, analisemos sua evolução no direito alienígena para que possamos compreender que, embora de difícil prática, ela é possível.

5.2 - A guarda compartilhada no direito alienígena

O aumento do divórcio e da separação não é problema exclusivo do nosso Brasil. Em muitos países vem sendo dilatado o número de dissolução dos vínculos conjugais. Conseqüentemente cresce a preocupação com os "filhos do divórcio" nestes diversos países.

Estudos baseados na psicologia e na pedagogia são constantemente desenvolvidos visando constatar qual o modelo de guarda atenua mais os impactos negativos da separação dos pais.

"Em países europeus e americanos deixou de predominar a guarda unilateral, pois os mesmos, através de pesquisas e estudos, concluíram que a guarda conjunta é a forma mais benéfica ao crescimento do menor, e adaptam a legislação às realidades sociais e econômicas nas áreas de igualdade entre os ex-cônjuges e entre os mesmos com os filhos oriundos da extinta união conjugal".

Não podemos perder de vista que cada país tem peculiaridades. Não se pode, destarte, simplesmente "copiar" um modelo de outros países. Se um instituto foi benéfico em outros países, temos que usá-lo de referência, amoldando-o com as nossas peculiaridades.

Neste sentido alerta Waldyr Grisard Filho:

"Embora o direito comparado seja útil como fonte de soluções possíveis, as experiências vivenciadas na realidade familiar são intransferíveis de país a país, em seus costumes e em suas práticas. Nessa quadra, as soluções arbitradas são influenciadas por diversos fatores sociais próprios de cada Estado; as ideologias políticas, porém, servem para tomarem-se informações a respeito dos esforços que se realizam para resguardar o processo formativo da personalidade do menor".

Passemos a estudar a guarda compartilhada em alguns países tomando por base as disposições trazidas no livro de Waldyr Grisard Filho, haja vista a escassez das doutrinas a este respeito.

5.2.1 - Direito Português

O Código Civil de 1.966 era fruto de um visão conservadora e fechada da sociedade, tinha uma concepção patriarcal e hierárquica da família.

Em seu artigo 1.879º estipulava que ambos os pais, na constância do casamento, eram titulares do poder parental, relativamente aos filhos menores.

Era o pai, porém, que representava os filhos, administrava seus bens, dirigia sua educação, autorizava o filho a exercer uma profissão e consentia na sua emancipação. A mãe apenas opinava sobre estas questões e exercia tais atributos na ausência do pai. Em seu artigo 1.902º dispunha que em caso de separação, divórcio ou nulidade de casamento o exercício do poder familiar era regulado por acordo dos pais ou, na falta de acordo, pelo Tribunal de Menores. Nada mais dispunha a este respeito.

O Código de 1.977 em seu artigo 1.906º estabelecia que o poder parental é exercido pelo genitor a quem o filho foi confiado, sendo este progenitor, em regra, a mãe.

A falta de disposição legal consagrando a guarda conjunta, não impediu que a jurisprudência homologasse acordos de poder parental compartilhado.

A Lei 84/95 de 31 de agosto alterou o Código Civil no que tange ao exercício do poder parental após o divórcio. Facultou aos pais a possibilidade de acordo sobre o exercício em comum do poder parental.

"A principal razão apontada para introduzir a guarda conjunta foi o interesse da criança, especialmente as suas necessidades afetivas e emocionais. De acordo com a exposição de motivos do projeto, a partilha de responsabilidades entre os pais após o divórcio e a continuidade da relação da criança com ambos os pais torna o divórcio menos traumático para aquela e promove o seu desenvolvimento psíquico. A causa feminista em torno da responsabilidade dos homens pelo cuidado das crianças foi também uma razão referida para a mudança legislativa, pois, verificou-se que, em regra, são as mulheres, após o divórcio, que suportam sozinhas o encargo psicológico, social e econômico de cuidar dos filhos".

A referida lei exigia a existência de acordo dos pais para o exercício do poder familiar. Além disso, rejeitava a possibilidade de residência alternada da criança com ambos os pais.

Com o advento da Lei 59/99 de 30 de junho o exercício conjunto do poder parental continua a ser apenas legalmente permitido quando haja acordo dos pais e não foi admitida uma presunção ou uma preferência a favor da guarda conjunta. Porém, a lei prevê que o juiz deve tentar obter o

acordo dos pais para o exercício conjunto do poder parental.

5.2.2 - Direito Inglês

A Inglaterra foi o berço da guarda compartilhada há aproximadamente 20 anos. Antigamente vigia a idéia de que o pai era proprietário de seus filhos. No século XIX a mãe passou a ter a prerrogativa de deter a guarda.

Como era injusto este modelo, os tribunais ingleses começaram a expedir o split order (que, em inglês, significa separar), fracionando os deveres do pai e da mãe.

A mãe encarregava-se dos cuidados diários com os filhos (care and control) enquanto o pai encarregava-se de dirigir a vida do menor (custody).

Notícia Eduardo de Oliveira Leite:

"A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal Inglês só ocorreu em 1.964, no caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1.972, a Court d'Appel da Inglaterra, na decisão Jussa X Jussa, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1.980 a Court d'Appel da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper X Dipper, o juiz Ormrod, daquela corte, promulgou uma sentença, que praticamente encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa".

5.2.3 - Direito Americano

Sabe-se que nos Estados Unidos cada Estado dita a sua própria lei. Atualmente pelo menos trinta e três Estados americanos adotam a guarda compartilhada como base ou a permitem como opção.

Para evitar conflitos de competência entre os Estados e promover o melhor interesse do menor foi criada a "Uniform Child Custody Act". Trata-se de uma lei uniforme, escrita e publicada no American Law Institute adotada por Estados como o Arizona, Colorado, Califórnia, Geórgia, Luisiana, Minnesota, Ohio, Virgínia e Distrito de Columbia.

"A Corte Superior do Distrito de Columbia, pelas leis atuais, não tem autoridade para determinar esse arranjo sempre que os pais o sugerirem. Este procedimento é parecido com o de vários outros Estados onde se requer um prévio acordo entre os pais (através da mediação) antes que a Corte delibere pela guarda compartilhada".

A guarda compartilhada vem crescendo nos Estados Unidos. Porém, não se pode perder de vista que em muitos casos ela é contra-indicada, por exemplo, quando os pais vivem em conflito.

5.2.4 - Direito Canadense

A guarda compartilhada neste país só é concedida se os pais celebrarem acordo visando ao melhor interesse da criança.

No The Divorce Act de 1.985, em sua seção dezesseis, dispõe que o Tribunal deve garantir o contato constante com cada pai, na medida de seu interesse.

Em 1.988 foi apresentado o projeto de lei 95 para emendar o Children's Law Reform Act para que a criança, quando a guarda fosse conjunta, passasse a metade do tempo na casa do genitor.

Caso o projeto fosse aprovado, transformar-se-ia a guarda compartilhada em guarda alternada, modelo prejudicial ao interesse do menor.

5.3 - A possibilidade jurídica da guarda compartilhada no direito pátrio

O Código Civil de 1.916 em seus artigos 325 a 328 regulava a guarda dos filhos em caso de separação ou divórcio. Em seu artigo 327 já abria a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada no direito pátrio. O juiz podia regular de modo diferente a bem dos filhos. Contudo, o contexto social daquela época impedia a adoção do instituto.

A guarda dos filhos geralmente era conferida à mulher, pessoa responsável pelos cuidados com a casa e com as crianças.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 6.515/77, chamada Lei do Divórcio, foram revogadas as disposições do Código de 1.916. A guarda passou a ser regulada pelos artigos 9.º a 16 desta lei.

O teor dos artigos assemelha-se ao Código de 1.916. Apenas modificou a nomenclatura como desquite "amigável" e desquite judicial. O legislador preferia ainda conceder a guarda a um só dos cônjuges, preferencialmente a mãe (artigo 10.º, § 1.º) contrariando o princípio da igualdade. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 5.º, proclamou a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges e, em seu artigo 227, assegurou à criança o direito à convivência familiar comunitária. Assim, abriu maior espaço à concessão da guarda compartilhada.

O crescimento da mulher no mercado de trabalho e o interesse do homem em cuidar dos filhos fizeram surgir uma nova mentalidade. Tomando por base os elementos de outros países começou-se a indagar acerca da possibilidade da guarda compartilhada.

O Novo Código Civil Brasileiro repetiu, basicamente, as mesmas disposições da Lei de Divórcio com uma importante modificação. Em seu artigo 1.584 dispõe:

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

Deixou de lado o diploma legal os interesses dos cônjuges levando em consideração as suas condições para satisfazer os interesses dos filhos. Mostrou o legislador a clara intenção em defender os filhos. Um ponto a mais para defendermos a guarda compartilhada quando ambos os pais reunirem condições de cuidar dos filhos.

Noutro giro, em seu artigo 1.586, repete a disposição do artigo 13 da Lei de Divórcio: "Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais".

Assim, deve o juiz analisar os fatos contidos nos autos para que estabeleça sua decisão visando ao interesse do menor.

Caso os pais reúnam condições de satisfazer os interesses do menor, há alguém que duvide de que seu bem-estar está na convivência diária com os dois?

Cumpra ressaltar que a Nova Lei Civil dispôs expressamente em seu artigo 1579 que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º impõe à família, ao Poder Público, à comunidade e à sociedade o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar. Em seu artigo 6.º leva em consideração a condição do menor como pessoa em desenvolvimento. Pelo artigo 16, inciso V, é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar e, pelo artigo 19, de ser criado e educado no seio de sua família.

A guarda compartilhada atende todas estas "exigências" trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Garante ao menor a convivência familiar.

Pelo exposto acima, podemos afirmar que a nossa legislação contempla a possibilidade da concessão da guarda compartilhada.

Apesar disto, há três projetos de leis em trâmite, cujo maior objetivo é alterar o Novo Código Civil Brasileiro inserindo a previsão deste novo modelo de guarda no novo diploma legal prevendo o instituto, visando à sua maior aplicabilidade.

São eles: o Projeto de Lei 6.315/2002 apresentado pelo Deputado Feu Rosa, o Projeto de Lei 6.350/2002 apresentado pelo deputado Tilden Santiago e o Projeto de Lei nº 7312/2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza.

A adoção da guarda compartilhada em nosso país não depende da aprovação destes projetos de lei pois, como vimos acima, sua aplicabilidade é possível e se apóia em textos de lei já existentes. O motivo pelo qual não é ela muito adotada no Brasil é que os pais não conseguem entender ainda que o bem-estar dos filhos está na convivência sadia com eles.

Por isso, mais do que leis novas, é preciso mudar a visão acerca da dissolução da sociedade conjugal. É preciso que os pais tomem consciência de que, ao término da relação conjugal, eles continuam sendo pais.

Seria, porém, importante a aprovação de um destes projetos para que a doutrina e a jurisprudência sejam incentivadas a estudar e discutir o tema.

5.4 - As vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

5.4.1 - Das vantagens

A vantagem mais evidente é a continuidade da convivência com ambos os pais. Dela resultam as outras.

Sabemos que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4.º, assegura a convivência

familiar, repetindo a disposição constitucional (artigo 226 da C.F.).No artigo 19 do referido Estatuto estampa-se o direito de ser criado e educado no seio da família natural.

É de ser ver que, por entender indispensável ao desenvolvimento físico e moral da criança e do adolescente, o legislador conferiu proteção expressa à convivência familiar.Não se pode deixar que a ruptura do vínculo conjugal coloque fim à relação entre pais e filhos.É indispensável que a criança ou o adolescente tenham a companhia, o apoio, o auxílio e, principalmente, o amor dos pais.

Na guarda exclusiva, conferida a um só dos genitores, o pai não-guardião restringe sua atuação na vida do filho à visita e pensões alimentícias.Apesar de o genitor não-guardião não perder o pátrio poder, ele tem suas atribuições mais restritas.

Já podemos dizer que a segunda vantagem da guarda compartilhada é conferir a ambos os genitores a guarda jurídica e material dos filhos. Isto é, ambos exercem o poder familiar sob as mesmas condições: com todos os direitos e deveres relativos à pessoa dos filhos.

Bertoldo Mateus de Oliveira assinala: "não tendo que renunciar à presença habitual dos filhos, os pais poderão organizar a assistência e o amparo diretos, sem a preocupação com a rigidez de dias e horários".

O genitor não-guardião deixa de ser mero "visitante" e passa a fazer parte da vida dos filhos.Os filhos passam a ter mais acesso aos pais, o que os torna ainda mais ajustados emocionalmente, diminuindo os sentimentos de perda e rejeição.

Destaco aqui a grande importância da presença do pai na vida dos filhos.

Em nossos tribunais há uma forte tendência em conceder a guarda dos filhos à mulher e o pai fica tão somente obrigado a prestar alimentos.Tal fato acaba afastando o pai dos filhos, o que é realmente prejudicial ao psicológico deles.

Rodrigo da Cunha Pereira destaca que "A ausência do pai, e da 'imagem' paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves conseqüências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais".

Édio José, psicólogo na cidade de Pouso Alegre/MG, analisando os problemas psicológicos decorrentes da ausência de um dos pais descreve"A criança não entende o conflito do adulto, pai é pai, mãe é mãe no referencial da criança, não conviver com um é morte afetiva.

A elaboração da sua (criança) personalidade fica limitada, compromete profundamente. Faz com que se busquem compensações a partir da sua necessidade, carência e isso facilmente leva à violência.

A dor da ausência cria uma agressividade e toda agressividade está vinculada à dor e à vingança, isso leva à auto-destruição em si (inconsciente) fazendo com que seja destruído o que está à sua volta ocasionando violência".

Sandra Aquino, também psicóloga nesta cidade, assevera que "a quebra do vínculo afetivo causado por uma separação poderá acarretar frustrações e/ou traumas na formação da estrutura da personalidade do menor".

A guarda compartilhada previne todos esses males psicológicos que a guarda única acarreta. Com ela, os filhos obtêm o apoio familiar indispensável ao seu desenvolvimento sadio.

Evitam-se até mesmo problemas sociais ocasionados pelo medo, pelo ressentimento, pela insegurança e pelo sentimento de dor e frustração.

Outra vantagem contemplada por Waldyr Grisard Filho é que ela elimina conflitos de confiança. Isto é, as crianças não precisam ficar aflitas porque têm que escolher com qual dos genitores quer ficar. Assim, dá continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir que os filhos optem por um deles.

Registre-se, também, que o fato de existir proximidade entre os genitores estimula acordos acerca da pensão dos filhos.

É importante lembrar que na guarda conjunta os pais não se desobrigam do dever de sustento somente porque detêm a guarda. A pensão continua sendo devida.

Com a guarda compartilhada, homens e mulheres passam a ter mais consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou mãe. Passam a confiar no outro. Conseqüentemente, o menor terá um bom modelo de relações parentais para se espelhar.

Este modelo favorece também a reconstrução da vida dos ex-cônjuges no âmbito pessoal, profissional, social e psicológico. Isto porque se ambos dividem as atribuições do poder familiar igualmente, há mais espaço para suas atividades.

Sérgio Eduardo Nick, em sua monografia de conclusão de curso "Direito Especial da Criança e do Adolescente", descreveu as vantagens da guarda compartilhada segundo estudos e

pesquisas norte-americanas.

"O resultado dos 26 trabalhos analisados é francamente favorável à guarda compartilhada, sob vários parâmetros:

1. Auto-estima - cinco estudos analisaram esta medida e foram unânimes em constatar que as crianças em guarda conjunta têm melhor auto-estima se comparadas com aquelas com guarda única.
2. Atividade - um estudo avaliou este parâmetro e achou que as crianças com guarda compartilhada eram mais ativas que as que viviam com apenas um dos pais ou aquelas de famílias intactas, tendo menor tendência ao retraimento em situações de crise do que estas.
3. Adaptação - incluí aqui vários parâmetros indicativos de boa adaptação e o resultado foi que sete estudos que pesquisaram esta medida referem que os melhores escores vão para as crianças de guarda compartilhada.
4. Relação com os pais - quatro estudos encontraram que a relação com ambos os pais é melhor quando há a guarda conjunta do que com a única; enquanto que outro estudo, investigando a relação com o pai com quem a criança não mora, também a avaliou melhor na guarda compartilhada do que na única.
5. Visitação - dois estudos compararam a visitação na guarda compartilhada (filhos morando com um dos pais) e na única, encontrando escores melhores para o primeiro grupo. Outros dois estudos avaliaram o tempo despendido com os pais, encontrando também vantagem para o grupo guarda compartilhada. Além disso, um deles inclusive conclui que quanto maior o tempo (crianças com guarda materna) passado com o pai, maior será a aceitação de ambos os pais e mais bem ajustada será a criança. Outra conclusão foi que as crianças de guarda única diziam ver seus pais menos freqüentemente após novo casamento da mãe, o que não aconteceu no outro grupo ("joint custody"). Em outra tese, o autor encontrou que a relação com o genitor que não detinha a guarda era descrita como sendo parecida com uma relação com um tio ou uma tia; o que indica um decréscimo de convivência e intimidade que idealmente se espera que a criança tenha com seu genitor.
6. Desenvolvimento Psicoemocional - dois estudos que se centraram nesses parâmetros também consideraram a guarda compartilhada mais promotora de desenvolvimento do que a única. Outra pesquisa concluiu que as crianças de guarda conjunta relatam mais experiências positivas que aquelas de guarda única.
7. Excitabilidade e Paciência - um estudo concluiu que as crianças do grupo guarda compartilhada são menos excitáveis e mais pacientes do que o outro grupo ("sole custody").
8. Pensão Alimentícia e Satisfação Materna - dois estudos encontraram que as mães que compartilhavam a guarda com seu ex-maridos estavam mais satisfeitas com a pensão recebida do que aquelas que detinham a guarda só para si. Outro estudo avaliou a satisfação da mãe de um modo geral e novamente houve escores melhores para a guarda conjunta.
9. Outros resultados - Destaco aqui outros aspectos relevantes extraídos destas teses:
 - a) Pais de guarda conjunta se sentem menos pressionados pelas responsabilidades de criar filhos do que aqueles de guarda única.
 - b) No trabalho de Welsh-Olga as crianças de todos os grupos (incluindo famílias intactas) foram consideradas bem ajustadas nas várias medidas feitas.
 - c) Pojman, comparando meninos de vários grupos, encontrou que os meninos em guarda conjunta tinham escores similares aos meninos de famílias felizes.
 - d) Karp encontrou mais relatos de rivalidade fraterna quando da visita ao genitor com quem não moravam, nas crianças de guarda única.
 - e) Patrician perguntou a 90 pais se um reconhecimento desigual dos direitos parentais poderia estimular conflitos. Guarda conjunta foi descrita como encorajando a cooperação entre os pais e desencorajando atitudes egoístas. As atitudes de persuasão na guarda única eram feitas mais na base de punição do que de diálogo; e poderes de guarda desiguais foram considerados como inibidores de cooperação parental por ambos os pais.
 - f) Raines distribuiu por idade o desejo de crianças de viverem com ambos os pais (1.200 crianças com pais em processo de divórcio): menos de 8 anos - 90%; 8 a 10 anos - 76%; 10 a 12 anos - 44%. Este achado se coaduna com o de outros que entendem que a guarda conjunta é primordial na 1ª infância.
 - g) Williams estudou casais em situações de grande conflito e alto risco e encontrou que essas crianças, quando em guarda única, eram muito mais sujeitas a rapto e/ou violência física. Ele concluiu que essas famílias se dão muito melhor e são mais fáceis de aprender a cooperar

quando recebem ordens muito bem detalhadas do juiz.

h) Kline et all. dizem que em famílias sem conflitos há pouca diferença mensurável de comportamento entre crianças dos dois tipos de guarda. O resultado é passível de crítica porque cita trabalhos que contradizem esta conclusão.

i) Pangborn pesquisou a distribuição da atribuição de custódia ao longo dos anos 70, 80 e 81. Os resultados: 1970 - 90% guarda materna, 8% guarda paterna, 2% guarda conjunta; 1980 - 90% guarda materna, 2% guarda paterna, 6% guarda conjunta; 1981 - 91% guarda materna, 1% guarda paterna, 6% guarda conjunta. Os 2% restantes foram de guarda atribuída a outras pessoas. Ele conclui, em parte, que 'o judiciário da Califórnia usou a guarda conjunta como um meio de evitar aquilo que de outro modo seria a guarda paterna'. Obviamente que este estudo não pesquisou o período pós 81, quando as coisas passaram a mudar mais rapidamente, como atesta Ashley, cujo trabalho indica que 14% dos casos são de guarda paterna (em 1.994). Ademais, a maioria dos dados inclui as famílias cujo divórcio se deu há até 17 anos atrás, quando a norma ainda era conferir a guarda à mãe".

O Dr. Paulo Begalli, Juiz de Direito da Comarca de Caldas/MG, destaca com muita propriedade as seguintes vantagens:

- . "No aspecto material o filho vai ser melhor atendido;
- . Aumenta a possibilidade de reconciliação entre os pais;
- . O filho não verá o genitor que não detém a guarda como uma pessoa ausente e distante;
- . Os pais acompanharão mais de perto o desenvolvimento dos filhos e poderão, ambos, monitorá-lo, cada um suprindo a deficiência do outro".

Já o Dr. Gustavo Henrique Hawck Guimarães, Juiz de Direito da Comarca de Santa Rita do Sapucaí/MG, citando o estudo do Psicólogo Evandro Luiz da Silva, assinalou as seguintes vantagens:

- . "Diminuição do estresse e maior produção (escola, trabalho, etc);
- . Melhoria na qualidade de vida;
- . Menor custo e desgaste emocional num processo judicial;
- . Diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;
- . Diminuição da evasão escolar;
- . Diminuição dos problemas emocionais e comportamentais;
- . Diminuição de prisões de menores".

Sandra Aquino, psicóloga, explica:

"Quanto aos aspectos psicológicos da presença dos pais como guardiões após uma separação, serão na maioria dos casos positivos, pois com a presença dos pais em suas vidas os filhos poderão ter sua segurança básica preservada, os laços de afeto mantidos e o desenvolvimento da personalidade mais saudável, sem traumas de uma separação parental.

Quanto aos genitores, a possibilidade de estarem desempenhando seus papéis (pai e mãe) e continuar podendo ser participantes ativos na formação educacional e existencial de seu(s) filho(s) dará a eles a gratificação do valor de existir".

Leonice Bodstein elencou as seguintes vantagens do instituto: maior grau de satisfação de pais e filhos, rotina (domicílio permanente), segurança, confiança, estabilidade, reforço do casal, manutenção do relacionamento íntimo dos genitores, exclusão de lutas pelo poder e vínculo afetivo entre os genitores e o menor.

Em suma, as vantagens da guarda compartilhada giram em torno da manutenção do vínculo afetivo entre pais e filhos e da convivência harmoniosa entre os cônjuges.

5.4.2 - Das desvantagens

Antes de falar sobre as desvantagens do novo modelo é preciso lembrar que ele se difere da guarda alternada, já que muitas pessoas confundem os dois termos.

Referem-se eles sempre às desvantagens da guarda alternada como se guarda compartilhada fosse.

Eliana Riberti Nazareth contra-indica este modelo

:

"Quando as crianças são muito pequenas, até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe, ora com o pai, em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação - decodificação da realidade só possível em

crianças mais velhas".

Waldyr Grysar Filho, citando o trabalho de Judith S. Wallerstein descreve:

"O estudo de Judith S. Wallerstein, já referido, revela que, em alguns casos, a guarda compartilhada reflete a falta de disposição dos pais em assumir a responsabilidade pelas crianças e constituir um compromisso; que as crianças sob dupla custódia não afastam o medo do abandono; que a transição entre dois lares pode facilmente reforçar a preocupação com a estabilidade e a confiabilidade de pessoas e lugares; que pode prender as crianças à uma relação destrutiva com pai violento ou inadequado; que expõe os filhos do divórcio a um impacto psicológico, potencial, mas devastador: se e quando um pai resolver sair da dupla custódia; que a dupla custódia não minimiza o impacto negativo do divórcio sobre as crianças durante os primeiros anos depois do divórcio; enfim, que não há provas de que a dupla custódia seja o melhor para todas as famílias, ou, até mesmo, para a maioria deles".

Ainda citando Waldyr Grisard Filho:

"É do mesmo estudo de Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki, anteriormente citado, esse extrato, sempre da perspectiva dos pais e dos filhos:

Pais:

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

Filhos:

- a) Adaptação a duas moradias;
- b) Problemas práticos ou logísticos"

A Revista "Isto é" publicou artigo referente à guarda compartilhada no qual contém a seguinte observação:

"Se passar uma semana em cada casa parece complicado, imagine alternar os dias de terça a sexta-feira e revezar os finais de semana, prolongando-os até segunda-feira. Foi dessa forma que o produtor de vídeo e diretor da escola Éden Rico Cavalcanti, 40 anos, e a coordenadora de telecomunicações, Eliane Birman, 35 anos, do Rio, resolveram a questão do convívio com as filhas, Maria, oito anos, e Alice, seis. 'Eu não queria ser pai de fim de semana. Sei que nossa fórmula dá certo porque priorizamos as crianças. É preciso passar por cima de ressentimentos, conversar muito e fazer acordos', ensina ele. No começo, Eliane desconfiou, ficava ligando toda hora para controlar e conversou com amigos psicólogos para saber se mudando de casa poderia trazer prejuízo para as crianças. 'Eles não aprovaram, mas insistimos e, a despeito dos especialistas, funcionou. Hoje, tudo flui', afirma. Rico tem namorada e Eliane se casou de novo e a fórmula já resiste há três anos".

Os tribunais, ao indeferir a guarda compartilhada referem-se a desvantagens da guarda alternada, senão vejamos:

"Guarda dos filhos - custódia alternada semanalmente - situação prejudicial ao menor. É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem de restrições de ordem moral, os filhos, principalmente, durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantido ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita. Não há que falar em sentença ultra petita, quando a decisão se limitar a impor regras de visitação mais restritivas do que aquelas expressas na petição inicial, procurando o Magistrado, dentro do seu próprio arbítrio, organizar de forma criteriosa o direito de visita, para melhor atender aos interesses dos menores". (TJ-MG)

"Sistema de revezamento mensal entre os genitores, estabelecido em cláusula de separação consensual. Inconvenientes que oferece a uma criança com seis anos de idade. Alteração determinada pelo juiz, de modo que a mãe exerça a guarda. Faculdade resguardada ao julgador pelo art. 13 da Lei 6.515/77".

"Guarda de filhos menores - Revezamento semanal entre os genitores - Inconvenientes da chamada 'custódia conjunta' - Modalidade prejudicial à formação psicológica da criança segundo as ciências da mente - Análise do Instituto".

O Dr. Paulo Begalli destacou as seguintes desvantagens da guarda compartilhada: "Toda criança necessita de uma 'rotina' para preservar sua individualidade e a guarda compartilhada dá à criança uma sensação de 'pessoa de ninguém'. Em outras palavras, é importante a criança ter 'as suas coisas, o seu espaço, o seu horário', etc.

A duplicidade de ambientes pode prejudicar a formação do caráter do filho. Exemplo: um dos pais se casa novamente e tem filhos enquanto o outro vive sozinho; um dos pais é dado a viagens enquanto o outro trabalha fora o dia todo, e assim por diante.

O filho pode ficar 'mal acostumado' caso os genitores vivam em competição entre si. Em outras palavras, o filho poderá se valer da desarmonia para fazer um 'leilão' do seu amor". As desvantagens trazidas por renomados juristas giram em torno da falta de referencial ao menor ocasionada pela duplicidade de ambientes. Como expusemos anteriormente, tal característica diz respeito à guarda alternada vez que a guarda compartilhada tem como pressuposto a residência fixa para o menor.

Apesar de se confundir guarda alternada com guarda compartilhada, muitos vêem naquela vantagens como proporcionar flexibilidade ao menor e assim prepará-lo para os desafios da vida.

Não alongarei muito o assunto visto que o importante neste trabalho é estudarmos a guarda compartilhada. Passemos a analisar, então, as reais desvantagens deste modelo de guarda, que mais se afiguram como contra-indicações.

Em famílias conflituosas não há espaço para este tipo de guarda. É necessária cooperação, diálogo e compreensão entre os ex-cônjuges; caso contrário, a guarda única é a melhor solução. Quando a separação dos pais foi traumatizante e conseqüentemente eles não conseguem firmar uma boa relação, a guarda única deve ser imposta.

Leonice Bodstein elencou as seguintes desvantagens:

"Insatisfação dos pais (domicílios diferentes), quando a separação foi traumatizante, quando uma pessoa fica vitimizada pelo fim da separação, quando há rivalidade entre os genitores".

Enfim, quando os pais reúnem condições de atender os interesses do menor e são capazes de manter uma relação sadia um com o outro, não há sequer uma desvantagem em se adotar a guarda compartilhada.

6 - CONCLUSÃO

Ao concluir o presente trabalho de pesquisa, vale lembrar as palavras de Maria Berenice Dias que ensina: "O amor está para o direito de família assim como a vontade está para o direito das obrigações".

Ao longo das considerações tecidas sobre a guarda compartilhada, podemos notar que o amor dos pais para com os filhos é o fator mais importante e mais essencial em matéria de guarda.

Com a dissolução da relação conjugal (ou da união estável), os pais deixam de ser cônjuges (ou companheiros). Todavia, a relação entre pais e filhos deve permanecer intacta sob pena de gerar vários fatores negativos à formação do menor.

A guarda é um dos atributos do poder familiar. É de sua natureza e não de sua essência; por isso, quando é deferida a um dos ex-parceiros, o outro não perde o poder familiar.

Sabemos, contudo, que o genitor não guardião tem suas atribuições diminuídas sobremaneira. Limita-se à fiscalização dos atos do genitor guardião e ao seu direito-dever de visitas.

Com o advento da Constituição Federal, os direitos e deveres dos cônjuges se igualaram. A atribuição da guarda exclusiva à mulher perdeu a razão de ser. Soma-se isto ao aumento do interesse do homem nos cuidados com a casa e com os filhos.

Pode-se, assim, afirmar que a guarda exclusiva já não mais atende aos anseios modernos, deixa de atender ao interesse do menor e acentua o ponto de conflito entre ex-cônjuges.

A guarda compartilhada, destarte, vem timidamente surgindo em nossa doutrina e jurisprudência, como forma de atender aos anseios de pais separados, reduzindo os impactos negativos da dissolução do vínculo afetivo dos pais.

Na legislação alienígena ela é amplamente aceita e em muitas delas é a regra enquanto a guarda exclusiva é a exceção.

É preciso, porém, não confundir guarda alternada com guarda compartilhada. Ao contrário daquela, esta tem como pressuposto a residência fixa para o menor. Os pais dividem as responsabilidades para com os filhos. Isso quer dizer que o pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas participa efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir sobre a educação, a religião, a saúde, o lazer, etc.

Apesar de não ser expressamente disposta em lei, a nossa legislação antes permite do que proíbe a guarda compartilhada.

O artigo 226 da Constituição Federal proclama a igualdade de direitos e obrigações entre

homens e mulheres no tocante à sociedade conjugal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura ao menor o direito de participar da vida familiar, de ter uma convivência familiar e de ser criado e educado no seio da sua família natural.

O Novo Código Civil Brasileiro repetiu basicamente as mesmas disposições contidas na Lei do Divórcio.

O artigo 1.584 dispõe que a guarda deve ser conferida ao genitor que reúne melhores condições para exercê-la.

Em seu artigo 1.586 repete o revogado artigo 13 da lei de Divórcio o qual ordena que o juiz deve regular de maneira diferente da estabelecida em lei, a bem dos filhos. Apesar da aparente possibilidade jurídica, há projetos de lei, protocolados, que definem e instituem a guarda compartilhada.

É indiscutível que a guarda compartilhada oferece vantagens tanto aos pais como aos filhos. As desvantagens apontadas por muitos juristas dizem respeito à guarda alternada. Porém, é preciso cautela pois, quando há conflito entre os ex-cônjuges (ou ex-companheiros), ela é contra-indicada.

Para que ela seja mais aceita e mais adotada por juízes, promotores e demais operadores do direito, não é extremamente necessária a criação de uma lei específica, mas sim uma reeducação da sociedade.

Segundo o Dr. Paulo Angélico Duarte, o problema é antes cultural do que jurídico. Maria Berenice Dias bem ensinou:

"Cabe a nós operadores do Direito inserirmos a realidade às leis e não excluir situações por causa das leis".

Destarte, o que é necessário é a reeducação da sociedade no sentido de criar uma nova visão sobre guarda e sobre a dissolução do vínculo conjugal. É preciso que os pais parem de brigar por suas vaidades e pensem mais nos seus filhos.

A sociedade e o Estado também devem destinar atenção a este assunto porque crianças com problemas desta natureza crescem frustradas e por isso serão pessoas inseguras para o trabalho, para os relacionamentos amorosos e sociais.

Diante disso, é fundamental que o amor e o respeito com os filhos sejam mais difundidos.

Por que não fazer campanhas para dar publicidade ao problema? Por que não divulgar mais o assunto em revistas, jornais e televisão?

A guarda compartilhada será mais adotada no Brasil quando uma nova visão sobre separação e divórcio for difundida.

Todos devem ter consciência dos prejuízos acarretados pelos conflitos dos pais ao término da relação conjugal. Não há entre os casais esta visão. Muitos deles acham que os ressentimentos, as mágoas e as frustrações ocasionadas pelo término da relação devem persistir para sempre. Buscam amenizar suas perdas disputando os filhos sem sequer pensar nos interesses dos mesmos.

Se em um caso específico ambos os genitores reunirem condições de exercer a guarda e se tiverem uma convivência harmônica, indubitavelmente a guarda compartilhada será a melhor solução pois ela valoriza o convívio do menor com seus pais, mantém o exercício comum da autoridade parental (apesar da ruptura), reserva a cada um dos pais o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança, diminui os aspectos negativos da separação quanto ao psicológico de pais e filhos, etc.

Importa lembrar que, como situação peculiar que o é, para que tenha suas finalidades preservadas, exige acordo entre os pais. Isto é, o juiz não pode impô-la sem a anuência dos ex-parceiros sob pena de gerar mais conflitos e mais prejuízos ao menor.

Ademais, como deveria sempre ocorrer ao término de uma sociedade conjugal, é indispensável o acompanhamento psicológico de pais e filhos para que a nova situação seja aceita por todos.

Muitos questionam qual é a diferença entre a guarda compartilhada e a guarda exclusiva com direito de visita livre. A diferença está justamente no comprometimento dos pais para com os filhos, na união, no amor, no afeto e na cumplicidade.

A guarda compartilhada incentiva os pais que não residem com o menor a terem mais atenção com seus filhos, a ajudarem nas despesas constantemente, evitando conflitos acerca de pensão alimentícia (que, como sabemos, só gera dor aos ex-cônjuges e aos menores).

O próprio nome já faz despertar nos pais do menor um comprometimento maior. Perde-se de vista aquela idéia de que o guardião é quem determina tudo na vida do menor e possuindo o outro apenas o direito de visitas, nada mais.

Cumpra dizer que os conflitos também diminuem pois os pais não ficarão com aquela velha rixa de que a visita foi fora de hora ou de que ela só existe nos finais de semana...

Cumpra aos operadores do Direito esclarecer aos pais os prejuízos da guarda exclusiva e os benefícios da guarda compartilhada, incentivando-a sempre que possível. Enfim, cabe a mim e aos meus colegas, como futuros operadores do Direito, levarmos em consideração sempre o interesse do menor, requerendo (como advogados), favorecendo (como membros do Ministério Público) e concedendo (como Magistrados) a Guarda Compartilhada nos casos em que ela é indicada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. Revista Brasileira de Direito de Família. - Belo Horizonte: Síntese, nº 5: 36 -50, - Abr/Mai/Jun/2000.

BARROS, Fernanda Otoni de. Boletim do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte: Publicação Oficial do IBDFAM, nº 11, Ano 2, Setembro/ Outubro 2001.

BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família - Belo Horizonte: Síntese, nº 12 : 27-39, Jan/ Fev/Mar/2002.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Cidadania. O Novo CCB e a Vacatio Legis, 3º, 2001, Ouro Preto. Anais...Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família , 2002.

DIAS, Maria Berenice.PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 5º volume: direito de família. atualizada de acordo com o novo código civil (Lei 10406 de 10-01-2002). 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Quem melhor para decidir a respeito?Disponível em <[www.apase.com.br/18100 - jurídicos. htm](http://www.apase.com.br/18100-juridicos.htm)> acesso em 12 de março de 2002.

FIÚZA, Ricardo. Projeto de Lei nº 7312/02.Disponível em <[www.apase.com.br/18100 - jurídicos. htm](http://www.apase.com.br/18100-juridicos.htm)> acesso em 10 de janeiro de 2002.

FONSECA, Gilson. CALANZANI, José João. Lei do divórcio anotada. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOBATO, Eliane.MORAES, Rita. SILVA. Chico.Revista Isto é. São Paulo, 6 fevereiro 2002.

MOTA, Maria Antonieta Pisano.Guarda Compartilhada: Novas soluções para novos tempos. 2000. Disponível em <[www.apase.com.br/18100 - jurídicos. htm](http://www.apase.com.br/18100-juridicos.htm)> acesso em 12 de março de 2002.

NICK, Sérgio Eduardo.Guarda Compartilhada: Um novo enfoque aos filhos de pais separados ou divorciados. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em<[www.apase.com.br/18100 - jurídicos. htm](http://www.apase.com.br/18100-juridicos.htm)> acesso em 12 de março de 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. Manual de Monografia Jurídica. 2ª ed ver e ampl.- São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Bertoldo Mateus de. Aspectos sócio-afetivos do Direito de Família (União conjugal e entidades familiares). Belo Horizonte: Inédita,1999.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. Guarda, visitação e busca e apreensão de filho. Rio de Janeiro: Destaque,1998.

PARIZATTO, João Roberto. Separação e divórcio. alimentos (execução de alimentos ação revisional e exoneratória de alimentos, vistas pela legislação vigente e pelo novo código civil brasileiro) 39ª Ed., São Paulo: Editora Parizatto, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999

_____. Pai, porque me abandonaste? Disponível em <[www.apase.com.br/18100 - jurídicos. htm](http://www.apase.com.br/18100-juridicos.htm)> acesso em 12 de março de 2002.

RABELO, Sofia Miranda.Guarda Compartilhada. Disponível em <[www.apase.com.br/18100 - jurídicos. htm](http://www.apase.com.br/18100-juridicos.htm)> acesso em 12 de março de 2002.

jurídicos. htm> acesso em 12 de março de 2002.

RAMOS, Magdalena. Quando os parceiros brigam, os filhos precisam ser preservados.

Revista Caras. Edição 437, ano 09 n° 12, 22/3/02

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 6º volume. Atualizada por Francisco José Cahali, com anotações ao Novo Código Civil. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Feu. Projeto de Lei n.º 6315/02. Disponível em <www. apase.com.br/18100 - jurídicos. htm> acesso em 12 de março de 2002.

SANTIAGO, Tilden. Projeto de Lei n.º 6.350/02. Disponível em <www. apase.com.br/18100 - jurídicos. htm> acesso em 12 de março de 2002.

SANTOS, Lia Justiniano dos. Guarda compartilhada; modelo recomendado. Revista Brasileira de Direito de Família. Belo Horizonte: Síntese, n°8: 155-164, Jan/fev/mar 2001.

SCHWETNER, Vera Maria. Guarda Compartilhada. Disponível em <www. apase.com.br/18100 - jurídicos. htm> acesso em 12 de março de 2002.

SERPA, Maria de Nazareth. Mediação de Família. .Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Evandro Luiz. A importância de ambos os pais na vida dos filhos. Disponível em <www. apase.com.br/18100 - jurídicos. htm> acesso em 12 de março de 2002.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. Revista Brasileira de Direito de Família. Belo Horizonte: Síntese, n°8: 53-61, Jan/fev/mar/2001.

TOGNELLA, Gisela. Harmonia no ninho. Revista Ana Maria. São Paulo: Editora Abril n° 286 : 6-9, abril de 2002.

ANEXO: PESQUISA DE CAMPO

Édio José Kessler (Psicólogo na cidade de Pouso Alegre/MG)

1. O que o senhor entende por guarda compartilhada?

R.: É um novo referencial social do ser humano se organizar. Por ser novo, é preciso criar novos referenciais na lei, nos hábitos e principalmente na forma de julgar. Isso é um desafio, desafio necessário frente a realidade que nos deparamos. É um desafio para os pais pois o vínculo afetivo do casal está comprometido, não há uma unidade de ser e sentir, como vão passar o vínculo afetivo educacional para o filho é desafio. Entendo que é melhor para o filho os dois assumirem do que ficar sem um dos referenciais. Torna-se necessário que o adulto saiba separar a relação homem - mulher = casal com a relação pai - mãe - filho. A primeira relação está rompida, já a segunda sempre vai existir, a forma de lidar muda, mas é fundamental.

2. Quais são as vantagens deste modelo de guarda quanto aos aspectos psicológicos dos genitores e dos filhos?

R.: Vai surgir um novo referencial social de família, isso é bom, porém o desafio é fazer uma nova reflexão consciente disso para não ser algo do acaso pois muitas feridas emocionais estão abertas e precisam ser curadas. É melhor ter dois referenciais de vida (educação, afeto, limites...) do que um. A sociedade de hoje exige flexibilidade com referenciais seguros. Isso é um aprendizado saudável. A criança tem escolha e ao mesmo tempo os pais são responsáveis. Não é porque o vínculo afetivo do casal é rompido que o vínculo familiar acaba. Nunca a mãe substitui o pai e nem vice-versa. Cada um tem sua função ímpar na educação. A criança muitas vezes é privada de saborear o afeto de um por causa da lei que limita ou do ciúmes da mãe/pai.

3. Quais são os problemas psicológicos que a ausência de um dos pais acarreta para os filhos?

R.: Falta de referencial é um; A criança não entende o conflito do adulto, pai é pai, mãe é mãe no referencial da criança, não conviver com um é morte afetiva. A elaboração da sua (criança) personalidade fica limitada, compromete profundamente. Faz com que se busquem compensação a partir da sua necessidade, carência e isso facilmente leva à violência. A dor da ausência cria uma agressividade, e toda agressividade está vinculada a dor e vingança, isso leva a auto-destruição como forma de compensação. Existe uma auto-destruição em si (inconsciente) fazendo que seja destruído o que está à sua volta ocasionando, violência.

4. Se os dois genitores têm possibilidade de cuidar dos filhos qual seria o melhor caminho para a criança?

R: Difícil saber o melhor mas saber separar o comportamento do casal com o afeto pelo filho é tudo. O adulto não sabe conviver entre si, mas quer conviver com o seu fruto, filho. O diálogo aqui é tudo, poder dizer sua dor e seu afeto.

Dilma Carvalho Silva (Assistente Social da Comarca de Santa Rita do Sapucaí/MG)

1. Quais são os critérios observados no estudo psicossocial para a concessão da guarda?

R.: - Saúde física e mental dos requerentes;

- Comportamento social e moral;

- Situação financeira;

- Tratamento dispensado ao menor, principalmente quanto à educação, saúde, afeto, etc.

2. O que entende por guarda compartilhada?

R.: É o exercício efetivo e pleno dos pais quanto a responsabilidade, autoridade e educação de seus filhos, de maneira equilibrada e ambos exercendo papel importante e igualitário perante a justiça e a sociedade, quando a separação do casal.

3. Pela experiência profissional, quais são as vantagens que este tipo de guarda apresenta?

Você acha que ela atende aos interesses do menor?

R.: - Igualdade de direitos e deveres sobre os filhos (exercício efetivo do pátrio poder de ambos);

- Possibilidades de melhor desenvolvimento biopsicossocial da criança, pois existirá a figura paterna e materna em sua vida;

- Diminuição dos conflitos internos do menor, tendo em vista, que na separação, os filhos tendem a optar por um dos pais;

- Definição efetiva do papel dos pais, perante a criança, porque ambos sempre estarão presentes no crescimento e desenvolvimento dos filhos;

- Diminuição dos conflitos entre os pais, porque na Guarda dividida ou alterada ainda existem seqüelas de um relacionamento mal resolvido, e com isto influenciado diretamente no relacionamento entre pais e filhos e, em conseqüência, privando-os da presença de um ou outro efetivamente.

A guarda compartilhada atende os interesses tanto dos pais quanto dos filhos, desde que o casal saia do relacionamento sem mágoas, ressentimentos e encarem de forma madura a ruptura do casamento e o compromisso que têm com os filhos.

Fafina Vilela de Souza (Advogada atuante na área de Direito de Família na Comarca de Pouso Alegre/MG)

1. O que entende por guarda compartilhada?

R: Entendo por guarda compartilhada é aquela em que tanto o pai quanto a mãe do menor detem um rol de deveres que sobrelevam a direção, a educação, a vigilância e o zelo do menor. Enfim, tanto um quanto o outro arca igualmente com a criação e a educação na forma de sustento e nos limites de suas possibilidades, não se permitindo a confusão do conceito de guarda com a simples companhia.

2. Quais são as vantagens e desvantagens deste modelo de guarda relacionando-o com a guarda concedida a um só dos genitores?

R: Quando comparo a guarda compartilhada com a usualmente concedida a um só dos genitores chego à conclusão que ainda é temerário afirmar qual é a mais vantajosa. Entendo que na guarda compartilhada o menor convive mais perto com as questões familiares, apesar de o casal estar separado. Todavia o menor pode aproveitar-se de situações que lhe incomodem e pode começar a fazer jogo duplo, prejudicando a finalidade da instituição.

3. Por que ela não é muito adotada no direito brasileiro?

R: Entendo que seja porque a alteração em nossos costumes de tradições ibéricas esteja sendo gradativa. Só agora estamos vivenciando a família, como instituição com uma forma participativa mais igual, em que a figura paterna se habilita na disputa de igual para igual na guarda e educação dos filhos.

4. Verificando que os dos genitores do menor possuem condições de atender aos seus interesses, qual é o melhor caminho? A guarda compartilhada ou a guarda única?
R: Ambos são legalmente iguais, são igualmente responsáveis, são igualmente pais e devem buscar o melhor para o menor. Porque não dar uma chance aos dois igualmente? Só faço um alerta: na prática, a disputa entre os pais separados é ferrenha. Esses precisam ser acompanhados e orientados para que o ciúme ou outras questões não prejudiquem a finalidade da nova instituição.

Paulo Begalli (Juiz de Direito da Comarca de Caldas/MG)

1. O que entende por guarda compartilhada?

R: A guarda compartilhada ocorre quando nenhum dos genitores detém, com exclusividade a guarda do filho menor. Ou por outra, quando os dois genitores exercem simultaneamente o direito de guarda e educação do(s) filho(s).

2. Quais são as vantagens e desvantagens deste modelo de guarda relacionando-o com a guarda concedida a um só dos genitores?

R.:

* Vantagens

- No aspecto material o filho vai ser melhor atendido;
- Aumenta a possibilidade de reconciliação dos pais;
- O filho não verá o genitor que não detém a guarda como uma pessoa ausente e distante;
- Os pais acompanharão mais de perto o desenvolvimento dos filhos e poderão, ambos, monitorá-lo, cada um suprindo a deficiência do outro.

* Desvantagens

- Toda pessoa necessita de uma "rotina" para preservar sua individualidade e a guarda compartilhada dá à criança uma sensação de "pessoa de ninguém". Em outras palavras, é importante a criança ter "as suas coisas", "o seu espaço", o "seu horário", etc.
- A duplicidade de ambientes pode prejudicar a formação do caráter do filho. Exemplo: um dos pais se casa novamente e têm filhos enquanto o outro vive sozinho; um dos pais é dado a viagens enquanto o outro trabalha fora o dia todo, e assim por diante;
- O filho pode ficar "mal acostumado" caso os genitores vivam em competição entre si. Em outras palavras, o filho poderá se valer da desarmonia para fazer um "leilão" do seu amor;
- Dificuldade para conciliar horários em face do desenvolvimento a criança.

3. Por que ela não é muito adotada no direito brasileiro?

R: O Brasil é conservador em matéria de família, muito embora esta realidade esteja em franca mudança. O modelo patriarcal pai- mãe - filhos está arraigado à nossa formação, sobretudo por razões de padrão religioso.

Assim, fica difícil aceitar uma família desfragmentada, genitor tenha um tipo e local de vida e o filho viva entre um e outro.

4. Verificando que os dos genitores do menor possuem condições de atender aos seus interesses, qual é o melhor caminho? A guarda compartilhada ou a guarda única?

R: O direito menorista é presidido pelo princípio que as decisões devem ser fundadas de acordo com o que melhor consultar os interesses da criança.

Se os dois genitores tem condições de atender às necessidades da criança, apesar da igualdade legal parece-me que a preferência da guarda ainda deva ser a mãe, deferindo-se ao pai um horário de visitas mais elástico.

Dr. Gustavo Henrique Hauck Guimarães (Juiz de Direito da Comarca de Santa Rita do Sapucaí/MG)

1. O que entende por guarda compartilhada?

R: Entende-se por guarda compartilhada o sistema em que os pais participam de forma isonômica da guarda material dos filhos, bem como dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar.

2. Quais são as vantagens e desvantagens deste modelo de guarda relacionando-o com a guarda concedida a um só dos genitores?

R: Os benefícios da guarda compartilhada são inúmeros, conforme estudo do Psicólogo Evandro Luiz Silva:

- diminuição do estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.);
- melhoria na qualidade de vida;
- menor custo e desgaste emocional num processo judicial;
- diminuição da gravidez na adolescência;
- diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;
- diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes;
- diminuição da evasão escolar;
- diminuição de problemas emocionais ou comportamentais;
- diminuição de prisões de menores.

Por outro lado, a desvantagem seria quando um casal vive em conflitos, trazendo instabilidade à criança.

3. Por que ela não é muito adotada no direito brasileiro?

R: A ordem jurídica não previa tal instituto, inviabilizando a sua aplicação, a não ser que ambas as partes assim desejassem.

4. Verificando que os dois genitores do menor possuem condições de atender aos seus interesses, qual é o melhor caminho? A guarda compartilhada ou a guarda única?

R: Tanto a guarda exclusiva quanto a guarda compartilhada ou alternada devem ser estudadas no caso concreto sempre visando ao interesse do menor, buscando a sua melhor adaptação, através de um laudo psicológico.

Dra. Sandra Aquino (Psicóloga na cidade de Pouso Alegre/MG).

1. O que entende por guarda compartilhada?

R: Quando de uma separação conjugal a guarda do(s) filho(s) continua sob a responsabilidade de ambos.

2. Quais são as vantagens deste modelo de guarda quanto aos aspectos psicológicos dos genitores e dos filhos?

R: Quanto aos aspectos psicológicos da presença dos pais como guardiões após uma separação serão na maioria dos casos positivos, pois com a presença dos pais em suas vidas os filhos poderão ter sua segurança básica preservada, os laços de afetos mantidos e o desenvolvimento de personalidade mais saudável sem os traumas de uma separação parental. Quanto aos genitores a possibilidade de estarem desempenhando seus papéis (pai e mãe) e de continuar podendo ser participante ativos na formação educacional e existencial de seu(s) filho(s) dará à eles a gratificação do valor do existir.

3. Quais são os problemas psicológicos que a ausência de um dos pais acarreta para os filhos?

R: A quebra do vínculo afetivo causado por uma separação poderá acarretar frustrações e ou traumas na formação da estrutura de personalidade do menor.

4. Se os dois genitores têm possibilidade de cuidar dos filhos qual seria o melhor caminho para a criança?

R: Estar sob a guarda compartilhada.

Valéria Magalhães da Silva (Promotora de Justiça da Comarca de Poço Fundo/MG).

1. O que entende por guarda compartilhada?

R: O termo guarda compartilhada, ou conjunta, refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única. O interesse maior da criança fica plenamente garantido e a participação comum dos genitores tende, de um lado, a dirimir as

eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanham a ruptura e, de outro, favorecem a criança, pois, apesar dela, vê ambos os genitores envolvidos em seu destino.

2. Quais são as vantagens e desvantagens deste modelo de guarda relacionando--a com a guarda concedida a um só dos genitores?

R.: As principais vantagens que se apontam são permitir um maior contato dos filhos com ambos os pais após a separação ou o divórcio, beneficiando os menores com um relacionamento mais íntimo. A guarda compartilhada favorece o envolvimento do genitor não guardador no cuidado aos filhos. As mães, com quem regularmente ficam os filhos, são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos de vida. São desvantagens: centrar-se a guarda compartilhada na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais na utilização da guarda compartilhada como meio para negociar menor valor de pensão alimentícia.

3. A seu ver, por que ela não é muito adotada no direito brasileiro?

R.: A aplicação da guarda compartilhada tem sua aplicação reduzida, a meu ver, pela ausência de previsão legal, bem como pela exaltação de ânimos, geralmente presentes entre os cônjuges, quando da separação. A ausência de previsão legal significa, muitas vezes, um empecilho aos operadores do direito que deixam, em nome de um legalismo extremo, de adotar a medida que melhor atende aos interesses do menor.

4. Verificando que os dois genitores do menor possuem condições de atender aos seus interesses, qual é o melhor caminho? A guarda compartilhada ou a guarda única?

R.: Possuindo os dois genitores do menor condições que atendam aos seus interesses, visando o bem-estar deste, a guarda compartilhada torna-se o melhor caminho. Dessa maneira, ambos os pais exercem direitos iguais, independente da necessidade de uma residência única, favorecendo ainda, o relacionamento desses com os seus filhos. A família, nesse caso, mesmo decomposta, permanece biparental. A guarda compartilhada permite que os ex-cônjuges deliberem conjuntamente sobre o programa geral de educação dos filhos (escola regular, educação religiosa, artística, esportiva) e assegura a execução no dia-a-dia.