



**IPTAN - INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRESIDENTE
TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”
“Curso de direito”**

SARAH GERMANO ALVES SIMAN

**“REPENSAR: A GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS JURÍDICOS,
PSÍQUICOS E SOCIAIS”.**

SÃO JOÃO DEL REI
2009

SARAH GERMANO ALVES SIMAN

**“REPENSAR: A GUARDA COMPARTILHADA SEUS EFEITOS JURÍDICOS,
PSÍQUICOS E SOCIAIS”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel, sob a orientação do Prof. Esp. Adriano Márcio de Souza.

SÃO JOÃO DEL REI
2009

SARAH GERMANO ALVES SIMAN

**“REPENSAR: A GUARDA COMPARTILHADA SEUS EFEITOS JURÍDICOS,
PSÍQUICOS E SOCIAIS”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA

Luíza Teixeira Carvalho

Prof^ª.

Welinton Augusto Ribeiro

Prof.

Adriano Márcio de Souza

Prof.

À tia Rita, com amor e carinho, pelo apoio, pelos livros presenteados, pelo incentivo em prosseguir à árdua jornada e principalmente por transmitir-me o amor ao direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiríssimo lugar, ao meu Deus por me conceder o dom da vida, pela inteligência, e principalmente por presentear-me com incontáveis bênçãos.

À minha querida mãe pelo apoio, amor e dedicação incondicionais, e por ter acreditado em mim, quando pensei em desistir.

À minha querida avó Isabel por estar constantemente na incansável torcida por meu sucesso e por ser minha fã incondicional.

À Cris e tia Rita, pois sem a ajuda de vocês não seria possível concluir esta árdua empreitada.

Ao incrível sexteto.

Ao professor orientador Adriano pelas lições passadas;

E a todos os meus amigos, mesmo inominados, pela constante torcida, apoio e amizade. "Suportaria embora não sem dor, que morressem todos os meus amores, mas enlouqueceria se morressem todos os meus amigos".

DEUS É FIEL!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PÁTRIO PODER	10
1.1. Histórico – Do pátrio poder à autoridade parental	10
1.2. Do pátrio poder à autoridade parental e a igualdade entre os pais na Legislação Brasileira	13
1.3. Efeitos do poder familiar e guarda de filhos	15
1.4. Critérios para a determinação de guarda	17
2. NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS DE DIREITO DE FAMÍLIA	19
2.1. Considerações iniciais	19
2.2. As Normas e princípios e suas distinções	19
2.2.1. Definição de Norma Jurídica	20
2.2.2. Definição de princípios	21
2.3. A Guarda Compartilhada e o melhor interesse do menor	21
2.3.1. Princípio do melhor interesse da criança	21
2.3.2. Princípio da Afetividade	23
2.3.3. Princípio da Isonomia	25
3. A GUARDA COMPARTILHADA	27
3.1. A ruptura dos laços familiares: a raiz do problema	27
3.2. A Síndrome da Alienação Parental	28
3.3. A guarda compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental	30
3.4. Vantagens da Guarda Compartilhada	32
3.5. Desvantagens da Guarda Compartilhada	35
3.6. O exercício da Guarda Compartilhada	36
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

RESUMO

O presente trabalho aborda acerca do instituto da guarda compartilhada, que fora inserido em nosso ordenamento jurídico recentemente, na forma da Lei 11.698/2008. Nosso estudo é norteado pelo ramo de direito civil, do qual dentre seus institutos aborda o direito de família e todas as suas cearas. Assim, temos a guarda compartilhada, cujo modelo de guarda foi proposto pelo legislador, a fim de sanar alguns problemas que surgiram ao longo da evolução da sociedade, com o acometimento da dissolução da sociedade conjugal. O intuito central de aplicabilidade deste modelo de guarda em casos concretos é o de primar única e exclusivamente pelo interesse da criança, para que assim o rompimento do vínculo conjugal entre os pais, se torne menos traumático e doloroso, visando sempre o melhor interesse da criança. Para o melhor sucesso na aplicação deste modelo de guarda, é necessário que haja um relacionamento cortês entre os pais separados e principalmente que haja um dialogo aberto, para que assim possam decidir e acordar acerca do futuro de seus filhos menores. A bibliografia utilizada para a realização da presente pesquisa foi extraída de obras de autores consagrados em direito de família, e que a muito vem contribuindo para nossa literatura jurídica, nos proporcionando suporte para afirmarmos categoricamente acerca do nosso objeto de estudo.

PALAVRAS CHAVE: guarda compartilhada; direito de família; melhor interesse do menor; direito civil.

INTRODUÇÃO

O instituto da guarda compartilhada é um novo modelo de responsabilidade parental inserido no ordenamento jurídico, através da Lei 11.698/2008. Tal modelo consiste em expandir os poderes da guarda de filhos menores, exercidos pelos genitores que se encontram na situação do desfazimento da sociedade conjugal.

O nosso objeto estudo, vem sendo muito questionável, no que tange a sua aplicabilidade nos casos concretos. Tal questionamento de eficácia se deve ao desconhecimento de muitos acerca do funcionamento deste modelo apresentado. É importante salientar, que para haver eficácia plena deste modelo de guarda, é de suma importância que os pais separados optem pela separação consensual, a fim de possuírem um diálogo aberto, para que assim possam em comum acordo decidirem acerca do futuro dos filhos, visando sempre única e exclusivamente o bem-estar e interesse dos filhos.

É mister ressaltar, que o instituto da guarda compartilhada não possui uma regra específica, dizendo, por exemplo, o local ou residência onde a criança deva ficar, ou especificando quanto tempo de permanência com o pai ou com a mãe. O êxito dessa modalidade de guarda consiste no dialogo entre os pais da criança, para que desta maneira ela não seja tão afetada pelo término da sociedade conjugal.

É de suma importância realizar uma análise acerca de alguns princípios que permeiam o direito de família e que peculiarmente lecionam acerca do nosso objeto de estudo.

Dentre esses princípios norteadores de direito de família, encontramos no escopo constitucional, o princípio da afetividade, que diz respeito aos filhos, evolução dos valores da civilização ocidental, que levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Com isso, projetou-se no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza familiar como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade.

Podemos destacar em nossa Constituição da República três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, um dos princípios que norteiam nosso objeto de estudo, que acompanharam a aguda evolução social da família, especialmente nas últimas décadas do Século XX. Assim, temos que:

a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º CR);

b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º CR);

c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º CR).

Posto isto, observamos que não somente os pais possuem o dever de proporcionar a criança todo amparo emocional afetivo e psíquico, mas também toda a comunidade esta incumbida de zelar e proteger os interesses das crianças.

A aplicação da modalidade da Guarda Compartilhada será de extrema valia nos casos em que houver separação consensual, ou da melhor forma que aprovar ao magistrado que julgará o caso. Há que se aclarar também, que toda criança necessita da figura paterna e materna em sua criação, e em casos de litígio, este modelo de Guarda proporcionará ao menor, uma forma menos traumática de encarar um processo de separação de seus pais, pois terão deles todo o acompanhamento necessário para seu desenvolvimento físico, psíquico e mental.

No primeiro capítulo abordaremos sobre o cenário histórico, e a evolução da família ao longo do tempo. Em nosso segundo capítulo, perpassaremos sobre alguns princípios norteadores do direito de família e que em consequencia norteiam o instituto da guarda compartilhada. E por fim em nosso terceiro capítulo, trataremos acerca da guarda compartilhada seus efeitos sociais, psíquicos e jurídicos.

1. PÁTRIO PODER

1.1. Histórico – Do pátrio poder à autoridade parental

O Pátrio poder advindo do *status* de pai ou mãe quer seja de filiação natural ou adotiva, embora seja comum a combinação da Guarda e do pátrio poder nas mesmas pessoas, sua separação é totalmente possível.

Posto isto, pode uma pessoa deter a guarda sem ser o titular do pátrio poder e ser titular do pátrio poder sem deter a guarda.

A guarda de filhos como leciona Yussef Said Cahali, (1991, p. 12), “[...] não é da essência, mas tão só da natureza do pátrio poder”.

Para melhor compreensão da evolução do Pátrio Poder na sociedade, é necessária uma breve exposição de seu desenvolvimento histórico, que por sua vez, apresentou inúmeras e profundas modificações.

Primeiramente, somente o *pater*, ou seja, o pai exercia o pátrio poder, detendo em suas mãos o domínio total e irrestrito sobre sua família e o patrimônio da mesma. Neste cenário, delineava-se o regime patriarcal, do qual o “*pater familias*” era autoridade plena sobre tudo e todos (SILVA, 2008, p.13).

Com a evolução dos tempos, este poder paternal se restringiu aos limites das leis, passando de deter o poder, para possuir o dever. Assim sendo, foi repassado aos pais o dever de educação de seus filhos e a administração e colaboração na administração dos bens dos mesmos.

Numa breve elucidação acerca da evolução social do Pátrio Poder, podemos destacar o Direito Romano, do qual sua fundamental característica advém da relação de poder, relações essas, que possuíam profunda desigualdade entre os indivíduos do corpo familiar (SILVA, 2008, p.13).

Com a evolução jurídica de Roma, a sociedade era baseada em uma estrutura econômica e religiosa, a partir da figura do *pater*, a mulher foi colocada em uma posição inferior à do homem, sendo considerada incapaz de conduzir não só a sua própria vida, bem como a vida de seus filhos.

Com esse cenário traçado, o Pátrio Poder era irrestrito, absoluto, sem limites e sem fim. Sendo exercido somente pelo patriarca da família que detinha em suas mãos o comando da casa, dos filhos, da esposa e até mesmo de seus escravos e os assemelhados.

O pai possuía, ainda, o direito de matar ou expor seu filho, vendê-lo ou entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente. Em relação ao direito de vida e morte, esse só poderia ser exercido mediante consulta aos membros da família mais próxima.

Entendemos que a figura feminina era vista como sendo um ser inferior aos demais, sendo considerada propriedade do homem, sendo somente um ser usado para gerar filhos e para suprir as necessidades físicas e biológicas do homem, podendo ser vendida, capturada, comprada, trocada ou recebida como forma de recompensa. E por muitos e muitos séculos a mulher foi tida como reles serva do homem.

Para melhor compreendermos o fundamento desse paradigma, encontramos entre os romanos, bem como entre os povos antigos em geral, a origem desta visão profundamente machista, que era tão somente fundamentada na religião. O “*pater*” seria o chefe de um culto religioso aos antepassados baseado no medo, no qual as honras fúnebres a eles tributadas tinham a intenção de acalmar os espíritos (SILVA, 2008, p.15).

É de importante relevância, salientar que era através da autoridade paterna que era estabelecida a disciplina e, assim, se consolidava a vida dentro do lar, conseqüentemente, em sua própria sociedade. Por esse motivo, dá-se a conveniência em assegurar essa ampla autoridade paternal.

Leciona Silvio Rodrigues (1979, p. 352) que:

[...] essa concepção rigorosa do pátrio poder se abrandava com o tempo, não sendo indiferente a esse abrandamento a influência do estoicismo e do cristianismo. Todavia, tal influência não é exclusiva, nem definitiva, pois, mesmo antes do cristianismo já esmaece o rigor do pátrio poder.

Waldir Grisard Filho (2000, p. 30) destaca que:

[...] a tradição romana, mantida nos países de direito escrito, consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpétuo sobre seus descendentes. O *mundus* germânico concebia o pátrio poder como um direito e um dever dos pais orientados à proteção dos filhos (é o germen da Doutrina da proteção integral perfilhada pela Lei 8.069/90) como parte de uma proteção mais geral projetada para todo o grupo familiar, em evidente reação à tradição romana: seu exercício era temporário, suas funções eram também atribuídas à mãe que não impedia que os filhos possuíssem bens.

Por sua vez, o cristianismo começou a reconhecer que existia igualdade entre os cônjuges e a pregar, como um dever dos pais, os cuidados com a educação física, social, cultural, moral e religiosa dos filhos.

A figura da mulher passou a ser uma criação condicionada à vontade do homem. Todavia, através das idéias pregadas pelo cristianismo, na relação homem x mulher, criava-se um vínculo de afeição e complementação entre ambos, pensamento esse, que não fazia parte da cultura e do Direito Romano.

Através desses dados, podemos começar a entender a origem de tantos problemas que acometeram nossa sociedade, que foi fortemente influenciada pela cultura romana, sociedade esta que possuía um pensamento autoritário e machista, sendo que estes pensamentos e comportamentos em muitos momentos perduram até os dias atuais em nossa sociedade.

Em muitos lares e culturas, a mulher ainda não possui voz ativa na educação dos filhos, tampouco no convívio familiar.

Através destas modificações e transformações foram evoluindo nos países, inclusive no Brasil, várias inovações legislativas, tentando colocar em pé de igualdade a figura materna como sendo possuidora dos mesmos direitos do qual a figura do “*pater*” possuía.

O pátrio poder é conceituado de inúmeras maneiras, contudo, o seu sentido em todos esses conceitos não deixa de configurar o mesmo significado.

Dessa maneira, é importante destacar algumas definições sobre o pátrio poder, as quais serão expostas a seguir.

Para Silvio Rodrigues (1979, p. 354), o pátrio poder é o: “[...] conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados tendo em vista a proteção destes”.

Já Washington de Barros Monteiro, (1986, p. 277), entende que: “[...] o pátrio poder pode ser conceituado como o conjunto de obrigações a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”.

No entendimento de Maria Helena Diniz (1993, p. 301):

[...] o pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e os bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Sendo assim, percebemos o grau de importância e relevância que a autoridade paterna possuía na figura do *pater*, e que a igualdade entre homens e mulheres não fazia parte do contexto da época.

1.2. Do pátrio poder à autoridade parental e a igualdade entre os pais na Legislação Brasileira

O direito Romano, ainda, influenciou de sobremaneira a Legislação Brasileira. Nas Ordenações do Reino, que foi trasladada pela Lei de 20 de outubro de 1823, conferiu total poder e domínio do *pater família*. O homem era o chefe da sociedade conjugal, considerado a “cabeça do casal”, enquanto a mulher, relativamente incapaz necessitava de seu amparo e de sua autorização para a prática de atos da vida civil (SILVA, 2008, p.17).

Já no nosso Código Civil de 1916, em seu artigo 380, parágrafo único, ainda seguiu o modelo paradigmático do Direito Romano, conferindo um maior poder patriarcal:

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

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

Somente com o advento da Constituição da República de 1988, que manifestadamente extingue-se a desigualdade entre o homem e a mulher, ou seja, entre o pai e a mãe. Não vigora mais o termo “colaboração” presente no artigo acima citado, para que desta forma prevaleça uma atuação conjunta e igualitária.

Artigo 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.

[...]

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

Temos ainda a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – também explicita claramente a relação de igualdade entre os pais, mais especificamente em seu artigo 21:

O Pátrio Poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a Legislação Civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Após essa evolução, o termo “Pátrio Poder” é configurado de uma outra maneira, apresentando modificações nos pensamentos doutrinários que chegaram a propor sua alteração para “Autoridade Parental”, como Explicita Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 192):

[...] preferimos o termo “autoridade parental” ao termo “pátrio poder”, de conotação romana e que privilegiava a “potestas” masculina, inadmissível no atual estágio da evolução do direito brasileiro. Na realidade é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só “pátrio” na ótica do constituinte de 1988, mas sim “parental”, isto é, dos pais, do marido e da mulher igualados em direitos e deveres, pelo art. 226, §5º, da nova constituição.

O novo diploma do Código Civil de 2002, embora ainda possua alguns resquícios do antigo Direito Romano, deixa definitivamente para trás a idéia de desigualdade entre os cônjuges, sendo que o poder familiar possui a adequação ao princípio da plena igualdade entre os homens e mulheres, conforme dispõe o artigo 1.631: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

No que tange a igualdade entre homem e mulher, especialmente no instituto do casamento, ela é manifestadamente declarada no Código Civil de 2002, conforme reza o artigo 1.511: “O casamento estabelece plena comunhão de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Com suporte nesse direito de igualdade proposto pelo diploma de 2002, fora banido qualquer prevalência feminina na atribuição da guarda, bem como eliminou o regime da perda da guarda pela culpa na separação judicial, estabelecendo a seguinte norma, do parágrafo único, do artigo 1584: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

Com suporte na igualdade proposta por nossa legislação atual, teceremos a discussão acerca do tema guarda compartilhada de filhos menores.

Para melhor entendimento do instituto da Guarda Compartilhada, preliminarmente, abordaremos acerca dos vários modelos de guarda dos filhos menores, introduzidos em nosso ordenamento jurídico antes do entendimento jurisprudencial defender a possibilidade da realização de implantação da Guarda

Compartilhada, que após tramitar em Congresso o Projeto Lei desde 2002, aprovou-se a Lei 11.698 de 13.06.2008.

1.3. Efeitos do poder familiar e guarda de filhos

No sentido jurídico, a definição de guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

Guilherme Gonçalves Strenger, (1998, p.31), condensa o sentido e definição de guarda nos seguintes termos:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que guarda não é só um poder pela similitude que contem com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever. (grifo nosso)

Conforme já fora explicitado, através da evolução da sociedade, o termo pátrio poder também evoluiu, tendo em vista à evolução do papel da mulher na sociedade, Assim, a antiga denominação passa a ter a expressão de poder familiar. Venosa (2006, p.317) diz que: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar”.

Posto isto, temos que “[...] cabe aos pais dirigir a educação dos filhos, tendo-os sob sua guarda e companhia, sustentando-os e criando-os”. (VENOSA, 2006, p.323).

Dizemos ainda que o poder familiar é indisponível, sendo decorrente da paternidade natural ou legal, não podendo ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros. Temos ainda que o poder familiar é indivisível, não em relação ao seu exercício, pois quando se tratar de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar sendo divididas as incumbências. E por fim, o poder de família é imprescritível, ou seja, ainda que ocorra qualquer circunstância da qual o poder familiar não possa ser exercido pelos titulares, dizemos que o poder familiar configura-se um estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso. Somente ocorre extinção do poder familiar, nas hipóteses descritas por lei.

Preceitua a Professora Maria Helena Diniz (2006, p.529), acerca do poder familiar:

Constitui um *munus* público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e direito-subjetivo.

Conforme destacamos anteriormente, quando ocorre a ruptura do lar conjugal, os pais que até então detinham a guarda comum, passam a pugnar em regra, individualmente pela guarda dos filhos. O Código Civil enumera várias modalidades de guarda de filhos, dos quais destacamos os seguintes modelos de guarda: a Guarda comum ou originária, a única, a alternada, a dividida, a nidação e a compartilhada, recentemente inserida no texto legal.

A guarda comum ou originária é aquela natural e que advém do vínculo matrimonial. Por sua vez, a guarda única, é aquela pela qual um dos cônjuges é nomeado como guardião, detentor da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião. A guarda alternada, por sua vez, é tida quando cada um dos cônjuges tem a posse (guarda) do menor de forma alternada, desse modo, o menor ficará durante um período em cada domicílio, sendo que esta modalidade de guarda vem sendo confundida com a modalidade de guarda compartilhada, instituto este, que será analisado minuciosamente, adiante. A guarda dividida é aquela em que o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É, também, considerada como um sistema de visitas, que possui efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer, ocorrendo seguidos desencontros e repetidas separações, casos estes, que conseqüentemente em sua grande maioria, acarretarão na síndrome de alienação parental, fenômeno este que será abordado adiante. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometidos com a vida de seus filhos (DINIZ, 1993, p. 253).

Por fim, os outros tipos de guarda são a nidação e a compartilhada. A primeira, também conhecida como aninhamento, é aquela em que os pais se revezam, mudando para casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece uma situação irreal e rara, por isso pouco utilizada. Já a última, é percebida quando os pais dividem a convivência com a criança, ambos têm direitos e obrigações sobre ela, todas as decisões a respeito das crianças, são decididas em

comum acordo, seja decisão sobre educação, saúde, formas de lazer, etc. Sendo esta modalidade de guarda, objeto merecedor de nossa especial atenção.

1.4. Critérios para a determinação de guarda

Como já fora observado, enquanto não houver a ruptura conjugal a guarda será exercida por ambos os cônjuges de forma igualitária, através da guarda comum. Porém, a partir do momento que houver ruptura da família, seja ela qualquer uma das formas de desfazimento conjugal, começará a ocorrer uma “disputa” pela guarda do menor.

Com a ruptura conjugal, os cônjuges terão que resolver qual o melhor modelo de guarda para o filho.

A decisão menos danosa para o menor, é quando os pais optam por uma decisão consensual decidindo por meio de acordo o modelo de guarda que será adotado.

A mais prejudicial para o menor ocorre quando os cônjuges não entram num acordo e acabam resultando em um processo judicial, resultando em um processo penoso, onde o magistrado decide qual a melhor forma de guarda a ser adotada.

A idade do menor é um requisito importante a ser observado, visto que enquanto o menor estiver na *idade tenra*, ou seja; idade que viria do nascimento até aproximadamente 24 meses, já está confirmado psicologicamente e ratificado através de inúmeras jurisprudências que o melhor para o menor é ficar com a figura materna, em virtude que este depende da mãe de forma absoluta, seja por causa da própria sobrevivência ou por ter maior vínculo com a mãe, como é observado na decisão do tribunal *in verbis*:

MENOR – Guarda - criança de tenra idade – Separação judicial dos pais que tal situação não mais convém à criança – Manutenção do *status quo* a serviço da proteção psicológica do menino, até a solução das pendências judiciais de seus pais - Decisão mantida – Recurso não provido em se tratando de guarda de menores, há que se encaminhar os julgamentos basicamente no sentido de garantir-lhes, tanto quanto possível, tranquilidade e bem estar, devendo prevalecer seus interesses sobre os de seus pais (Relator: Marco César- Agravo de Instrumento n° 201.724-1 – São Paulo – 17/02/94).

Desta forma encerramos nosso primeiro capítulo, com o intuito de elucidar sucintamente acerca da evolução da sociedade, dos conceitos e padrões de família, até a nossa atualidade, da qual ainda apresenta resquícios de uma sociedade retrógrada, mas que vem se amoldando aos padrões atuais. Em nosso segundo capítulo, trataremos acerca de princípios constitucionais que norteiam o direito de família, e por consequência o instituto do qual é o objeto do nosso estudo.

2. NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS DE DIREITO DE FAMÍLIA

2.1. Considerações iniciais

Preliminarmente, traçaremos preceitos de Direito de família, noções de Direito Constitucional, e alguns dos microssistemas jurídicos ou estatutos, dos quais também merecem especial atenção pelo Direito de Família, caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Dentre todas essas normas, tentaremos buscar uma conectividade entre estas leis e dispositivos.

Abordaremos também alguns dos princípios que regem o direito de família, pois “grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição”. (DIAS, 2005).

Com o advento do novo diploma do Código Civil, os princípios ganharam vital importância e relevância, uma vez que a atual codificação utiliza-se das regras de Direito Privado.

Ademais, no que tange o Direito de família, é necessário sistematizar os princípios, para melhor compreensão de nosso objeto de estudo.

2.2. As Normas e princípios e suas distinções

Prendemos esboçar a distinção entre normas em sentido amplo. Às normas podemos conceituá-las como gênero. Por sua vez, as regras e princípios, como sendo espécies daquele gênero. Tal distinção é de vital importância para que haja uma harmônica compreensão do sistema jurídico, bem como para a hermenêutica jurídica e sua interpretação constitucional.

Os princípios eram tidos como fonte secundária do Direito, não possuindo grande relevância. Todavia, após se incorporarem aos códigos, ou seja, às leis infraconstitucionais, materializados em regras por eles informadas, os princípios atingiram relevância significativa, de grande destaque e prestígio, segundo registro feito por Bonavides (2000, p. 259), até em uma concepção principal do direito.

No atual paradigma os princípios são tratados como normas jurídicas, desta forma, podemos dizer que são espécies do gênero norma, que por sua vez convive com as regras, também espécies desta mesma norma.

Adotaremos a concepção que considera a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, como leciona Canotilho (2000, p. 1123).

Assim sendo, devemos entender e interpretar as regras e princípios separadamente, posto que o principal elemento de distinção entre as regras, é a possibilidade de se chocarem, devendo ser analisados em cada caso concreto.

Feita esta distinção, passaremos a explicitar cada um destes institutos.

2.2.1. Definição de Norma Jurídica

Consoante leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1986), destacamos:

Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementariedade entre orador e ouvinte e que, tendo por questão um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim.

Concernente disposto na obra de Canotilho, (2000, p. 1181), há uma distinção entre a norma e seu enunciado, pois enquanto a norma é considerada como sentido ou significado adstrito a qualquer disposição, a disposição é a parte de um texto ainda a interpretar, ou como ilustra o autor em questão: “o texto da norma é o ‘sinal linguístico’: a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’”.

Assim, vemos a norma jurídica como a célula do ordenamento jurídico, sendo ainda um imperativo de conduta, que coage os indivíduos a se comportarem de acordo com a forma por ela esperada, desejada, e traçada.

Diante disso, dividimos a norma jurídica em duas partes. A primeira, classificamo-la como suporte fático ou conduta, ou seja, o conjunto de elementos de fato previstos abstratamente na norma, cuja ocorrência é imprescindível à incidência da regra jurídica no caso concreto. A segunda classificação por sua vez, diz respeito à consequência jurídica ou sanção: que estabelece a vantagem (direito subjetivo) a ser conferida a um dos sujeitos da relação, e a desvantagem correlata (dever jurídico) a ser suportada pelo outro, ou outros, sujeitos dessa mesma relação.

2.2.2. Definição de princípios

A palavra princípio nos remete à idéia de começo, ou seja, onde tudo se inicia. Dizemos também que nos remete à idéia de importante, principal. Assim sendo, temos a definição de Bulos (1997) de que “princípio é a parte mais importante de qualquer coisa.”.

Partindo deste pressuposto, devemos considerar o que leciona Bonavides (2000, p. 228-230)

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

No entendimento de José Afonso da Silva (1996):

[...] diz serem os princípios, verdadeiras ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ou, são “*núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais*”. Assim, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

2.3. A Guarda Compartilhada e o melhor interesse do menor

Conforme elucidamos, na ciência jurídica os princípios são de suma importância, pois eles norteiam o entendimento e seguimento da norma. A partir deste entendimento, trataremos acerca de três princípios básicos e fundamentais para o Direito de Família, reforçando a tese de que o instituto da guarda compartilhada é eficaz nos casos em que há a separação consensual, sendo menos traumática e danosa aos filhos, uma vez que estes são os principais interessados, devendo ser protegidos da melhor maneira possível nos casos de separação.

2.3.1. Princípio do melhor interesse da criança

Em nosso diploma constitucional, encontramos vários princípios que asseguram o bem-estar da família e da criança de modo especial,

Conforme prevê o *caput* do art. 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

Essa segurança constitucional, também é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n.º. 8069/90), que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade. Em seu artigo 3º, confere à criança e ao adolescente todos os direitos fundamentais à pessoa humana, além de todas as facilidades e oportunidades que propiciem seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Desta maneira, encontramos nestes dispositivos as duas maiores vantagens da Guarda Compartilhada, pois com ela, é proporcionado ao menor a garantia da convivência com ambos os genitores, sem tolir o relacionamento amoroso entre os pais e o filho, bem como a diminuição dos riscos de ocorrência da Alienação Parental, fenômeno este que afasta um dos genitores dos seus filhos em razão da guarda unilateral. Cabe ressaltar, que a aplicação destes princípios visa única e exclusivamente o bem estar dos filhos menores, proporcionando um crescimento menos traumático.

Leciona Maria Berenice Dias (2006):

Guarda a conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual [...].

Em seguida, arremata Ana Maria Milano Silva, *apud* Waldir Grisard Filho, (2008 p. 39-40) que:

(...) os critérios de determinação da guarda, dentre eles a situação dos pais, definirão o local de residência do menor atendendo-se sempre, ao seu melhor interesse (...) cada caso é um caso à discricionariedade do juiz, que deve evitar as formulas estereotipadas, utilizadas automática, invariável e tradicionalmente. Tais são preconceituosas na medida em que desatendem a necessidade do menor e dispensam a presença permanente, conjunta e ininterrupta do pai e da mãe na sua formação para a vida.

Na visão civil desse contexto, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.

No entendimento jurisprudencial temos a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais *in verbis*:

GUARDA - PEDIDO FEITO PELO PADRINHO - INTERESSE DOS MENORES - DEFERIMENTO DO PEDIDO. - Sendo a guarda um instituto que visa à proteção dos interesses do menor, deve ficar com aquele que tiver melhor condição de propiciar o seu bom desenvolvimento. Assim, é de se deferir o pedido de guarda feito pelo padrinho dos menores, que estão na sua companhia desde a mais tenra idade. (Relator: Eduardo Andrade – Apelação Cível nº.1.0701.06.140907-7/001 – Belo Horizonte –MG – 29/05/2007).

O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita.

O primeiro dispositivo é o art. 1.583 do Código Civil em vigor, do qual dispõe que havendo dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão guarda de filhos constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança. Caso não haja acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem oferecer melhores condições para exercê-la (art. 1.584 do C.C.).

Em suma, podemos perceber que no caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não mais influencia quanto à guarda de filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme resguarda o manto constitucional.

2.3.2. Princípio da Afetividade

O princípio da Afetividade possui sua natureza constitucional. Com fulcro em dois dispositivos constitucionais, encontramos os fundamentos essenciais do Princípio da Afetividade, conforme estabelece os Artigos. 226 § 4º e 227 §6º do diploma constitucional:

Art. 226 § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos seus pais e descendentes.

Art.227§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Conforme exposto, o texto constitucional não faz distinção de filhos legítimos ou ilegítimos. Assim sendo, a Constituição não tutela apenas a família matrimonializada e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, é família protegida pela Constituição.

A igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, elevam-os à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto.

A Constituição Federal intensificou esse entendimento no âmbito jurídico, protegendo o afeto em três esferas: como direito individual, como direito de certas categorias sociais e como direito de todos contra todos.

Ainda que a palavra "afeto" não conste na Lei Maior como um direito fundamental, pode-se dizer que este decorre da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e "merece ser visto como uma realidade digna de tutela" (DIAS, 2006).

Ao se tratar de direito de família, o princípio da afetividade reflete-se em três âmbitos principais: união estável ou constituição de casamento, estado de filiação e guarda dos filhos.

"O afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam" (BARROS, 2005). Desta maneira, a Constituição o protege como um direito individual trata-se de uma liberdade constitucional implícita, cujo respaldo é encontrado no § 2º do art. 5º.

Contudo, o afeto não deve ser visto unicamente como uma liberdade individual, uma vez que se desenvolve e evolui como uma relação social, gerando direitos e obrigações acerca de vários bens, quais sejam: alimentos, moradia, saúde,

etc. Deste modo, a afeição, através de sua função social inerente, evolui para além do direito individual e entra na dimensão dos direitos sociais.

Ademais, não é mais necessária a constituição do casamento para que se configure uma família. A Magna Carta reconhece a união estável como família, consoante previsto em seu art. 226, §3. Após a sua promulgação, advieram duas leis com o objetivo de regular a previsão constitucional da união estável. A lei nº. 8.971/94 reconheceu como estável a união com vigência de 5 anos ou com filhos, entretanto apresentou uma série de limitações para o reconhecimento de tal união. Já em 1996, surgiu a lei nº. 9.278 a qual proporcionou maior campo de abrangência, uma vez que não quantificou o prazo necessário de convivência, além de albergar as relações entre pessoas somente separadas de fato. As duas leis supracitadas foram de extrema importância para a concretização do conceito de união estável, além de implementarem avanços, no sentido de reconhecer como família não só aquela proveniente do casamento. O reconhecimento da união estável, portanto, reafirma a prevalência da afetividade existente nos membros de uma dada família.

2.3.3. Princípio da Isonomia

O diploma constitucional de 1988 consagra o princípio da isonomia entre homens e mulheres. Com fulcro no caput do art. 5º da carta magna, temos: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”. Adiante, em seu inciso I, consta taxativamente, que são formalmente iguais perante a lei, os integrantes do sexo masculino e feminino no que tange direitos e obrigações.

Mediante disposto neste princípio, desaparecem o poder marital e a autocracia do chefe de família, que por sua vez é substituído por um sistema em que as decisões devem ser tomadas em comum acordo entre os conviventes ou entre marido e mulher. (DINIZ, 2006, p.18)

O novo código civil confere a ambos os cônjuges um “poder de decisão”, no que tange qualquer decisão referente à vida conjugal. Assim sendo, não serão mais decididas somente pelo marido, e sim em comum acordo com a parceira. O diploma civil de 2002, ainda inova a instituição material da completa paridade dos cônjuges ou conviventes, tanto no que diz respeito às relações

personais, bem como as patrimoniais, tendo em vista, a igualdade de seus direitos e deveres, como também seu exercício na sociedade conjugal.

Encerramos este capítulo destinado a tratar de forma mais elaborada acerca de alguns dos fundamentais princípios regentes de direito de família, e em nosso último capítulo, analisaremos o instituto da guarda compartilhada conforme preconiza a lei que a regula, bem como sua recepção no ordenamento jurídico e aplicabilidade jurídica.

3- A GUARDA COMPARTILHADA

3.1. A ruptura dos laços familiares: a raiz do problema

A família legítima ou natural, permanece unida tanto de modo físico, quanto de modo emocional. Dessa forma, a criança desfruta de seus dois genitores.

Com a ruptura conjugal, surge uma nova família, da qual dizemos ser a família monoparental. Ao passo que, a autoridade parental, que até então era exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise dessa ruptura e passa a se concentrar somente nas mãos de um dos genitores.

A partir daí, cria-se este novo modelo familiar, do qual denominamos família monoparental. Nessa situação, o cônjuge que não detém a guarda do filho, passa a ser personagem secundário da criação do filho, tendo reduzida sua participação na vida do filho. (GRISARD FILHO, 2009, p. 121)

Este fenômeno ocorre geralmente com a figura paterna, uma vez que se convencionou a idéia de que a figura materna possui melhores condições de deter a guarda do filho, encontrando-se em posição mais adequada para criação e educações dos filhos.

Com o crescimento avassalador de rupturas conjugais, cada vez mais, em todo o tempo, são suscitados conflitos em relação à guarda dos filhos de pais que não mais convivem no lar conjugal, entre pais casados ou não. A partir daí, a doutrina e a jurisprudência, procuram estabelecer soluções através de dispositivos legais, visando à manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando assim a dissimetria dos papéis parentais que o texto constitucional expurgou, conforme prevê o art. 226, § 5º.

Assim sendo, ficou reservado ao legislador a tentativa de sanar estes conflitos, procurando estabelecer um maior equilíbrio, entre os direitos e as obrigações de cada genitor, não se afastando da primazia do melhor interesse do menor. (GRISARD FILHO, 2009, p.122)

Com o intuito de evitar que a Síndrome da Alienação Parental ocorra, o legislador procurou vários métodos para abrandar o sofrimento acarretado com a ruptura do lar conjugal, que por muitas vezes sofre este fenômeno que vem se alastrando em muitos lares.

3.2. A Síndrome da Alienação Parental

A síndrome da alienação parental configura um dos muitos aspectos psicológicos, dos quais são submetidos os lares onde ocorre a ruptura conjugal.

Conceitua a professora Ana Maria Milano Silva (2008, p.154):

Alienação Parental é o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um dos genitores e filhos, gerado pelo comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente daquele que detém a guarda do filho.

Após observar inúmeros comportamentos desviantes, numa escalada infinda de conflitos, dos quais ocorria o desvio de afeto das crianças para um de seus genitores, em detrimento do outro, verificamos que, o primeiro a nomear este fenômeno foi o psiquiatra americano Richard Gardner, professor clínico de psiquiatria infantil da universidade de Colúmbia (EUA): a “Síndrome da Alienação Parental” (SAP), ou também conhecida como “implantação de falsas memórias” (SILVA, 2008, p.156).

A síndrome se manifesta geralmente, no ambiente materno do qual a criança se encontra, sendo que em muitos casos, a criança sofre uma espécie de lavagem cerebral, sendo levada a acreditar que o pai se afastou do lar conjugal por desamor, ou seja, que havia a intenção de abandono do lar. Este procedimento de induzimento é estabelecido de forma sutil, até que a criança passe a odiar completamente o genitor alienado. Através deste comportamento do genitor detentor da guarda, o filho é levado a odiar e rejeitar um genitor que o ama. Este genitor alienado torna-se um estranho para a criança, tendo o vínculo entre pai e filho irremediavelmente destruído, sendo praticamente impossível restabelecê-lo com um lapso temporal maior.

Para DIAS (2006), o fator primordial do qual contribui de sobremaneira para que este fenômeno ocorra se deva ao fato do afrouxamento das relações entre a criança e o genitor não detentor da guarda. Sendo assim, ocorre o distanciamento gradativo entre pais e filhos, cominado à diminuição significativa de encontros, até que os mesmos se tornem meramente mais uma forma de obrigação do que realmente uma relação sadia entre pais e filhos,

Assim, o detentor da guarda, passa a deter controle total em relação do filho com outro, manipulando completamente a situação.

Após se configurar esta situação de controle total e irrestrito, o pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de artifícios utilizados confere ao detentor da guarda, uma forma de vingança destruição do parceiro alienado, como se esta mágoa do passado pudesse ser resolvida envolvendo filhos inocentes que não escolheram passar por esta situação (DIAS, 2006).

Induzir uma criança à síndrome, é uma forma de abuso. Muitos efeitos podem ser acarretados frente este induzimento. A saúde emocional pode ser comprometida, podendo ser desenvolvidos uma série de patologias, das quais podem desencadear quadros de depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, isolamento, transtornos de personalidade bem como de identidade, falta de organização e em casos extremos até o suicídio. Dentre todos esses sintomas, a criança também é submetida a uma crise de lealdade, implicando no sentimento de lealdade com um, e deslealdade com o outro. Futuramente, gerando um sentimento de culpa na vida adulta, ao constatar que fora cúmplice de uma grande injustiça.

Ao ser constatada a presença da SAP, é de suma importância que haja a responsabilização do genitor causador de todo este transtorno. Uma das medidas de punição, dentre outras, implica na perda da guarda, caso seja comprovada a veracidade dos fatos. Não havendo a punição destas posturas comprometedoras do desenvolvimento sadio do filho, afirmamos categoricamente que estes atos de extrema irresponsabilidade estarão ferindo o melhor interesse do menor, principio este que se encontra no manto de proteção de nossa carta magna.

Ensina-nos a professora Ana Maria Milano Silva: (2008, p. 158).

O divórcio é, quase sempre, extremamente traumático. Sugere mal-estar, sofrimento. As separações quer sejam situações impostas ou desejadas, não estavam nos planos iniciais de quem se casou. Mas nada, nada justifica a alienação de um dos pais da vida da criança. Afinal, os "Pais são para sempre.

Dentre todas essas dificuldades das quais implicam o rompimento do lar conjugal, ao longo do tempo, o legislador vem inserindo em nosso ordenamento soluções jurídicas que visam amenizar todos estes danos causados pela ruptura da família.

A guarda compartilhada, legislada pela Lei 11.698/2008, inovou trazendo um novo modelo de responsabilidade parental. Desta maneira, ela propõe aos pais em litígio uma nova maneira de acordarem conjuntamente acerca da criação de seus filhos, visando à minimização de toda e qualquer forma de trauma para os pais, mas, sobretudo e primordialmente visando única e exclusivamente o interesse e o bem estar dos filhos.

3.3. A guarda compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental

Frente às profundas e sucessivas mudanças ocorridas na realidade social em um passado não muito distante verificamos a grande revolução que a sociedade sofreu nos costumes, na tecnologia e no comportamento humano. Tais revoluções também atingiram o direito como um todo, peculiarmente o direito civil, seu sistema civil, ora conservador. Entretanto, devido às grandes exigências socioeconômicas da vida moderna, principalmente a inserção da mulher no mercado de trabalho, alteraram-se e muito os padrões de convivência familiar. (FILHO, 2009, p. 190).

Sendo assim, o direito de família, influenciado pelos direitos humanos, e pela grande necessidade de mudança que os novos tempos impuseram, viu-se a necessidade de legitimação de novos modelos normativos. Desta maneira, o sistema de guarda única, do qual em regra era concedido à figura materna, não mais solucionava os inúmeros problemas trazidos pela ruptura da sociedade conjugal.

Assim, surge uma nova corrente, da qual põe em cheque todo o procedimento que vinha sendo aplicado em casos de separação litigiosa, e dos quais havia filhos menores. A Guarda compartilhada fora inserida em nosso ordenamento jurídico na forma da Lei 11.698/2008, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 (GRISARD FILHO, 2009, p.129).

No direito brasileiro anterior à Lei que hoje regula o instituto da guarda compartilhada, pouco eram os casos em que este modelo de guarda era aplicado, uma vez que tal modelo já vinha sendo abrigado pela jurisprudência, sendo confundido constantemente com o modelo de guarda alternada com visitação livre.

A nova ótica proposta por esta lei, visa desconcentrar das mãos de somente um genitor, em regra a figura materna, a guarda única dos filhos. Tal lei propõe que a criação dos filhos seja realizada em comum acordo pelos cônjuges, compartilhando entre eles acerca da educação e criação dos filhos, mantendo sempre a comunicação.

Elucida Waldyr Grisard Filho: (2009 p. 130-131):

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

Para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta *apud* Waldyr Grisard Filho (2009, p. 131):

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

Por sua vez o psicanalista Sergio Eduardo Nick *apud* Waldyr Grisard Filho (2009, p. 131), prepondera:

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

A proposta da guarda compartilhada visa atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal trás no relacionamento entre pais e filhos, para que desta

maneira ambos estejam imbuídos na criação, exercendo o papel parental ininterrupto e conjunto.

Assim, percebemos que a noção de guarda compartilhada nasceu da necessidade do reequilíbrio dos papéis parentais, frente ao fato de a guarda ser destinada maciçamente ao controle materno no sistema convencional de guarda única, principalmente a garantia do melhor interesse do menor, protegendo assim seu equilíbrio mental, emocional e afetivo. Nota-se também, que as noções trazidas acerca do melhor interesse do menor, é observada tanto no prisma psicológico quanto no jurídico. Ambas as áreas nos trazem a revalorização do papel do pai na sociedade conjugal desfeita, e também, de oferecer um desenvolvimento psicoafetivo equilibrado, bem como a participação comum dos genitores, decidindo sobre o destino do menor.

Com a expressa previsão legal da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, temos garantidos à sociedade conjugal rompida um esquema amplo de convivência, contato e comunicação entre pais e filhos, mesmo que um deles não mantenham a vida em comum (FILHO, 2009, p.192).

Com toda certeza, não conseguimos esgotar as inúmeras possibilidades deste instituto, tendo em vista a complexidade deste tema, uma vez que “(...) manter o casal parental é, certamente, a questão mais difícil a ser encarada, porque o exercício do poder familiar, por ambos os genitores enquanto a família permanece unida, não cria qualquer dificuldade”. (SILVA, 2008, p.105) Assim, há a presunção de que todas as decisões foram tomadas em comum acordo entre os cônjuges.

Contudo, uma vez instaurado um conflito, causado pelo rompimento da convivência entre os cônjuges, rompe-se o cenário pacífico, e os efeitos dos conflitos incidem sobre a pessoa dos filhos.

Daí a extrema importância de os pais primarem pelo bom diálogo e convivência, a fim de proporcionarem aos seus filhos, estabilidade emocional, bem como o abrandamento dos traumas que a ruptura conjugal acarreta inerentemente aos filhos.

3.4. Vantagens da Guarda Compartilhada

Conforme abordamos em todo o nosso trabalho, o instituto da guarda compartilhada, fora incorporado em nosso ordenamento jurídico, a fim de abrandar o sofrimento causado aos filhos menores com o acometimento da ruptura do lar conjugal.

Observamos também que os direitos das crianças e adolescentes estão protegidos não só pelo diploma constitucional, mas também pela legislação infraconstitucional, bem como por estatutos.

O melhor interesse do menor é primado por diversas cearas, contudo dentre elas destacamos que os interesses da criança não estão protegidos somente pela área jurídica, encontramos também e com grande relevância, a grande preocupação social e psicológica do caso em tela.

Assim, verificamos que a guarda compartilhada fez uma ruptura de paradigma, uma vez que todos os modelos de guarda, anteriores ao da guarda compartilhada, não atendiam à essas expectativas e exigências, sendo que não privilegiava satisfatoriamente ambos os cônjuges, em detrimento da guarda única, causadora de inúmeros problemas conforme abordamos em nossas discussões anteriores. (GRISARD FILHO, 2009, p. 215)

Embora o instituto da guarda seja novo em nosso sistema jurídico, na doutrina, já se reconhece o valor do novo modelo e sua importância da qual visa que o menor continue mantendo uma relação ativa e permanente com cada um de seus genitores.

Há que se aclarar, que a rejeição desse modelo de guarda, ou até mesmo críticas decorrentes dele, devem-se ao fato do desconhecimento do verdadeiro mecanismo proposto por este modelo de guarda, uma vez que, para o bom funcionamento deste modelo, depende única e exclusivamente do comum acordo entre os genitores.

Observamos também que o legislador prima em garantir a manutenção dos vínculos parentais, focando-se sempre única e exclusivamente no melhor interesse do menor, sendo que a cada caso concreto, este instituto é aplicado da forma mais pertinente.

Leciona Waldyr Grisard Filho (2009, p. 217):

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos a pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (...).

Percebemos então que, ao passo que ocorre a cooperação mútua entre os pais, e os mesmos não expõem os filhos a seus conflitos pessoais, minimizam-se os desajustes e todos os desarranjos de ordem emocional e afetiva que possam acometer os filhos.

Na guarda compartilhada, norteadas pela continuidade das relações entre pais e filhos, bem como a não exposição do menor aos conflitos parentais, só contribui qualitativamente para que a criança possua acesso a seus dois genitores, o que colabora grandemente na minoração dos sentimentos da perda e da rejeição dos filhos, tornando-os conseqüentemente crianças mais equilibradas e ajustadas emocionalmente.

A aplicação da guarda compartilhada além de privilegiar primordialmente aos interesses dos filhos menores, ainda contribui para elevar o grau de satisfação de pais e filhos, pois esta modalidade de guarda proporciona um clima pacífico entre a relação de pais e filhos.

Finalmente na mesma linha de observações acerca dos benefícios da utilização da guarda compartilhada, Waldyr Grisard Filho (2009, p.221), destaca em sua obra, a pesquisa de Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki, da perspectiva de pais e filhos. Inicialmente destacamos as vantagens deste modelo de guarda sob a ótica dos pais: Ambos os pais se mantêm guardadores; qualificação na aptidão de cada um deles; equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida profissional e pessoal; compartilhamento atinente a gastos de manutenção do filho e maior cooperação. Já da perspectiva dos filhos, temos: a convivência igualitária com cada um dos pais; inclusão do novo grupo familiar de cada um dos pais; não há pais periféricos; maior comunicação, menos problemas de lealdades; bom modelo de relações parentais. Além do mais importante, maior equilíbrio emocional e psíquico, fatores estes que contribuem extremamente ao bom desenvolvimento do caráter da criança e até mesmo do futuro cidadão.

É mister ressaltar, que embora este modelo de guarda proporcione maior harmonia no lar conjugal que sofreu a ruptura, esta não é a solução final e perfeita, uma vez que as relações humanas sempre estarão sujeitas a inúmeros conflitos e dificuldades, assim temos a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL - GUARDA COMPARTILHADA - INTERESSE DOS MENORES - AJUSTE ENTRE O CASAL - POSSIBILIDADE - Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não trás ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos (Relator: Hyparco Immesi - Apelação Cível n.º. 1.0024.03.887697-5/001201.724-1 – Belo Horizonte MG – 09/12/2004).

Há que se aclarar, que nenhuma decisão proferida pelo magistrado, é garantia absoluta de sucesso. Contudo, configura-se uma das melhores maneiras de sanar os problemas causados pelos traumas pós desfazimento do lar conjugal, frisando-se mais uma vez que, grande parte do sucesso desta modalidade de guarda, compete única e exclusivamente aos genitores, cientificando-se estes de que toda e qualquer relação parental, acarreta efeitos colaterais.

3.5. Desvantagens da guarda compartilhada

Em nosso estudo, estabeleceremos também algumas desvantagens do modelo de guarda compartilhada. Observamos que a raiz do problema perpassa principalmente na questão psicológica, uma vez que com a alegação de que a criança tenha estabilidade maior estabilidade emocional tendo somente um lar, preferencialmente com a companhia materna, pois há o receio de que a criança perca um maior contato com a mãe, figura considerada imprescindível na convivência constante com os filhos (SILVA, 2008, p.159).

É mister ressaltar também, que a guarda compartilhada exige dos genitores condições adequadas para oferecer aos filhos menores. Uma vez que esta

modalidade de guarda exige de ambos os cônjuges uma estrutura de vida apropriada para receber seus filhos em seus lares, bem como adaptar-se aos horários escolares dos filhos e não se ausentarem por muito tempo, evitando assim que a criança tenha que ficar sozinha ou com algum familiar. (SILVA, 2008, p.160)

A psicóloga Eliana Ripert Nazareth, *apud* Ana Maria Milano Silva, (2008, p.161) ressalta que:

“A convivência, 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. Também não é aconselhável para criança que é ou esta insegura, pois uma criança nessas situações necessita de um contexto estável.”

Por fim, verificamos que, acerca do bem-estar das crianças, deve-se ter muita cautela ao tomar decisões das quais decidem o futuro da criança. Em muitos casos o fator que mais dificulta a adoção da guarda compartilhada entre os cônjuges consiste na falta de diálogo entre os pais, fruto de uma separação judicial traumática.

A este respeito observamos a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais *in verbis*:

MENOR - GUARDA COMPARTILHADA NÃO RECOMENDADA - GUARDA QUE SE CONCEDE À MÃE - INTERESSE DO MENOR - ESTUDO PSICOLÓGICO E SOCIAL - RECURSO IMPROVIDO - Justifica-se a concessão da guarda à mãe, no interesse de filho menor, na hipótese de pais que residem em cidades distantes, para que se evitem prejuízos à formação do infante (Relator: Fernando Bráulio – Agravo Retido nº.0521.03.022519-2/001 – Belo Horizonte –MG – 26/07/2007).

Ao tratarmos de guarda compartilhada, devemos observar quais são as reais condições dos cônjuges, para que assim haja plena harmonia entre os cônjuges separados e os filhos menores. Destacamos que na prática a modalidade de guarda compartilhada só funciona nos casos onde há o entendimento entre os cônjuges. Opositores da guarda compartilhada defendem que em uma relação marcada pelo desentendimento e discórdia ocasionados pelo litígio judicial da separação, é inviável uma relação amigavelmente entre os cônjuges separados, para que assim ambos os pais possam decidir acerca dos assuntos pertinentes à educação dos filhos. Muitos advogados e magistrados ainda vêem a guarda compartilhada com desconfiança do sucesso desta modalidade de guarda, entendendo que este tipo de guarda divide o mundo das crianças, principalmente quando os pais não mais se amam, pelo contrário, quando eles se odeiam (SILVA, 2008, p.162).

3.6. O exercício da Guarda Compartilhada

Com a ruptura do vínculo matrimonial, origina-se uma nova situação fática, tanto para os filhos quanto para cada um dos genitores. Havendo uma clara compreensão acerca da decisão ou acordo judicial, acarreta em um grande benefício para toda a família contemplando não somente aos filhos, mas também aos pais, a fim de que nenhum deles negligencie da criação e educação dos filhos.

Esta nova postura privilegia e envolve ambos os pais com o exercício do poder familiar. Assim, compreendemos claramente o exercício do princípio da isonomia entre os pais, sendo capaz de salvaguardar a vida afetiva entre pais e filhos. (GRISARD FILHO, 2009, p.168).

A guarda compartilhada visa reorganizar as relações entre os pais e filhos no interior da família desfeita pela ruptura do vínculo matrimonial, conferindo-lhes maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento com os filhos, uma vez que a guarda monoparental não atendia à essas necessidades entre pais e filhos.

Com o intuito de garantir o melhor interesse do menor e o desaparecimento da noção de culpa, passou-se a rever a questão da autoridade parental, a partir da conjugação do direito de família com outras disciplinas tais como a psicologia, psiquiatria, sociologia, pediatria e da assistência social, com o nítido intuito de acentuar autoridade parental que compete ao casal, para que assim as conseqüências injustas ocasionadas pela modalidade de guarda única sejam amenizadas, pois mesmo decomposta a famílias continuam biparental (GRISARD FILHO, 2009, p.170).

Posto isto, verificamos a complexidade das questões referentes à família quando ocorre a disputa judicial, abarcando uma esfera muito maior do que somente a institucional da justiça. Por este motivo, as varas de família disponibilizam o trabalho interdisciplinar através de assistentes sociais e psicólogos, atuando como peritos e auxiliares da justiça. O trabalho desses profissionais proporciona aos magistrados melhor precisão na aferição dos fatos, fornecendo subsídios para a melhor aplicação da lei ao caso concreto (SILVA, 2008, p.162).

Acerca da mediação interdisciplinar proposta pelo judiciário, temos a definição da advogada e mediadora Águida Arruda Barbosa *apud* Ana Maria Milano Silva (2008, p. 164).

“(...) é uma prática social, fundamentada teórica e tecnicamente, por meio da qual uma terceira pessoa, neutra especialmente formada, colabora com os mediadores, de modo que elaborem as situações de mudança, de conflito, a fim de que restabeleçam a comunicação, podendo assim chegar a um acordo que as beneficiem, assumindo as responsabilidades pelas suas vidas”.

Sendo assim, definimos a mediação interdisciplinar como ferramenta primordial, da qual presta apoio aos pais na busca de um modelo ideal de compartilhamento do convívio com os filhos após o rompimento da célula matrimonial.

Para o êxito da modalidade de guarda compartilhada, devemos considerar alguns aspectos importantes.

Primeiramente devemos considerar a residência do menor para a operabilidade do modelo de guarda em questão, uma vez que é inconcebível falar-se em guarda do menor na ausência do direito de fixar residência, pois o menor necessita de um referencial de moradia. A estabilidade do local da residência proporciona ao menor um referencial de sua vida cotidiana. Bem como um centro de apoio para suas atividades para o mundo exterior, no que tange a continuidade espacial, bem como a afetiva, desenvolvendo assim uma aprendizagem doméstica, diária da vida (GRISARD FILHO, 2009, p. 173).

Assim temos a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

FAMÍLIA - APELAÇÃO - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - GUARDA COMPARTILHADA - PERMANÊNCIA ALTERNADA DO MENOR COM SEUS GENITORES - COMPARTILHAMENTO DA GUARDA FÍSICA - INVIABILIDADE - VÍNCULO AFETIVO INTENSO COM O PAI - PROVIMENTO DO RECURSO - A alternância da posse física do menor entre os genitores, sendo aquele submetido ora aos cuidados do pai, ora da mãe, configura guarda alternada, repudiada pela doutrina e pela jurisprudência, e não guarda compartilhada, na qual os pais regem, em conjunto, a vida da prole, tomando as decisões necessárias à sua educação e criação. - Apurando-se através dos estudos sociais realizados nos autos que a criança tem maior vínculo afetivo com seu pai, deve ser fixada sua residência naquela do genitor (Relator:Dídimo Inocêncio de Paula – Apelação Cível n°.1.0324.07.057434-2/001 – Belo Horizonte –MG – 16/04/2009).

Outro ponto a ser considerado para a viabilização desta modalidade de guarda, perpassa sobre a deliberação dos ex-parceiros sobre o programa geral de educação dos filhos, abrangendo não somente a instrução escolar, desenvolvimento da inteligência ou conhecimentos básicos para a vida, sendo que estes conhecimentos repassados pelos pais devem desenvolver o desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas do menor.

Para o funcionamento da co-parentalidade, ressalta Eduardo Oliveira Leite *apud* Waldyr Grisard Filho (2009, p.176), “(...) é fundamental distinguir as noções de educação e coabitação, que se confundidas, alcançarão resultado diverso do esperado nesse modelo de guarda”. Tomamos como exemplo que a mãe detenha a guarda física do menor, embora a criança viva com a mãe, as opções educacionais dessa criança não dependem somente da mãe, mas sim de uma ação conjunta de uma comunhão e unidade educativa entre ambos os genitores.

Por fim, a questão de alimentos parentais deve ser bem observada, conforme anota Luiz Edson Fachin *apud* Waldyr Grisard Filho (2009, p. 177)

O termo alimentos não se esgota no sentido físico quando tomado na acepção jurídica. No ordenamento jurídico, compreendem universo de prestações de cunho assistencial que evidentemente tem conteúdo mais elástico no plano do direito que não percepção coloquial.

Posto isso, temos que dar educação não consiste somente em prestar alimentos, ou seja, “dar pensão”, uma vez que o dinheiro não substitui a atenção parental, nem proporciona ao menor vínculo de amor e carinho. É evidente ressaltar que a prestação de alimentos é de suma importância para o desenvolvimento e amparo material dos filhos, contudo não substitui os verdadeiros laços de afetos estabelecidos entre a criança e os pais.

Sobre o caso em tela, temos a seguinte decisão proferida pelo tribunal *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL. ALIMENTOS PARA OS FILHOS. GUARDA COMPARTILHADA. REDUÇÃO. A guarda compartilhada não exclui o pagamento de pensão alimentícia, pois o que se compartilha é apenas a responsabilidade pela formação, saúde, educação e bem estar dos filhos, e não a posse dos mesmos. Não atendido o binômio necessidade - possibilidade que trata o §1º do art. 1.694 do CCB/02, devem ser alterados os alimentos fixados em primeiro grau, cabendo a sua redução, quando o alimentante demonstrar a impossibilidade de prestá-los. Recurso conhecido e provido (Relator:

Albergaria Costa - Apelação Cível n.º. 1.0358.07.014534-9/001 – Belo Horizonte –MG – 20/08/2009).

Desta maneira, a guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços afetivos, funciona como método de incentivo ao cônjuge não guardião ao cumprimento da prestação de alimentos, pois quanto mais o pai se afasta do filho, menos evidente se torna o pagamento da pensão alimentícia (LEITE, 1997, p. 283).

Assim, a guarda compartilhada atribui a ambos os genitores, de forma mútua e igualitária a guarda jurídica dos filhos, permitindo a cada um deles a conservação de seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto, os pais podem convencionar entre si o esquema de guarda física ou esquemas de visita.

Posto isto, temos a seguinte decisão proferida pelo tribunal *in verbis*:

DIREITO À VISITA. PAI QUE NÃO DETÉM A GUARDA DE FILHO MENOR. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO ALTERNATIVO DE AMPLIAÇÃO DAS VISITAS. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE E DA VONTADE DA CRIANÇA. Sendo recomendável que se mantenha o filho menor sob a guarda da mãe, é de se reconhecer o direito do pai à visita do filho, em regime associado à realidade vivida pelos envolvidos, a fim de suprir-lhe as necessidades afetivas e contribuir para o seu desenvolvimento psicossocial, mormente se esta realidade não viabiliza o compartilhamento da guarda (Relator: Brandão Teixeira – Apelação Cível n.º. 1.0056.01.000745-0/001 – Belo Horizonte –MG – 01/03/2005).

O diploma civil de 2002, não trás nenhuma alteração acerca do direito de visitas. Sem esta alteração, o código trás o esquema de visitação como forma acessória na questão da separação e do divórcio, sendo omissa a respeito desse direito. Temos no art. 1.589 do Código Civil de 2002, que:

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

Frente à acessoriedade do tratamento legislativo dispensado ao tema, Eduardo Oliveira Leite leciona (1997, p. 221) que:

O direito de visita não é um 'direito' dos pais em relação aos filhos, mas é, sobre tudo, um direito da criança. Direito de ter companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da

presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença continua do filho.

Diante o exposto, concluímos que o direito de visita constitui um direito-dever, cuja finalidade é de satisfazer os direitos, desejos e interesse dos filhos, anulando assim unicamente a satisfação dos pais, primando pelo bem estar da criança.

Sendo assim, ao tratarmos de guarda compartilhada, podemos afirmar que o pai e a mãe serão responsáveis solidariamente na criação dos filhos, uma vez que as decisões pertinentes à educação são tomadas em comum acordo, fazendo com que ambos os genitores possam desempenhar um papel efetivo na formação diária dos filhos. Na ocorrência de dano, a presunção de erro na educação ou falha na fiscalização dos filhos, recai sobre ambos os genitores.

CONCLUSÕES

Com a inserção do instituto da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, colocaram-se em cheque todas as outras modalidades de guarda até então presentes em nosso ordenamento jurídico.

As outras modalidades de guarda propostas pela legislação, privilegiavam em regra a guardiã materna, tendo em vista alegação de que a mãe possui melhores condições de cuidar dos filhos, qualidades essas inerentes ao “ser materno”.

A viabilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada aos pais que se encontram em litígio pela guarda dos filhos, consiste primordialmente no princípio do melhor interesse do menor, princípio este, que se encontra apoiado nos pilares constitucionais, bem como em várias outras legislações destinadas aos interesses dos menores.

É mister ressaltar, que é de suma importância que os filhos de pais separados, obtenham um amplo suporte de seus pais, bem como de toda a família e comunidade que os cerca, para poderem enfrentar os traumas originados pela ruptura do lar conjugal, sem que haja grandes sequelas morais, emocionais, sociais, psíquicas e educacionais.

Para que haja esta mútua colaboração é de extrema importância que haja um diálogo fluente entre os genitores, a fim de proporcionar à criança maior suporte em seu crescimento, abrandando assim, toda forma de trauma.

Este tema encontra-se em constante discussão, por se tratar de um instituto novo em nosso ordenamento jurídico. Mesmo verificando que este tema era lecionado pela jurisprudência, nem todos os magistrados optavam em aplicar esta modalidade de guarda.

Tais discussões ensejam acerca da aplicabilidade e eficácia da guarda compartilhada, contudo, muitas vezes este instituto é criticado, pelo não conhecimento de seus reais preceitos.

Verificamos ainda, a grande resistência dos pais, em deixarem suas diferenças de lado, a fim de proporcionarem o melhor bem estar do filho. Muitos deles

preferem deixar prevalecer suas rixas, como forma de ofensa mútua, bem como, de afetar o cônjuge que não detiver a guarda, castigando-o com a não proximidade do filho.

Apesar de ser um instituto inovador, do qual rompe com inúmeros preconceitos e conceitos retrógrados, é evidente a obtenção de êxito em sua aplicabilidade. Mesmo não havendo garantia total de sucesso, como em todo e qualquer direito está sujeito, a aplicação da modalidade de guarda compartilhada, é comprovadamente a melhor forma de lidar com o conflito suscitado pela ruptura do lar conjugal, evitando assim, diversos transtornos aos pais e principalmente aos filhos.

A criança submetida ao modelo de guarda compartilhada, será uma criança mais equilibrada, que saberá lidar melhor com as adversidades da vida, sabendo conviver melhor no meio social, e com poucas chances de possuir qualquer deformidade de caráter, pois esta terá a presença de ambos os seus genitores em sua criação.

Toda e qualquer forma de trauma que puder ser evitada pelos genitores, nada mais é do que uma prova de amor, que seus pais dão aos seus filhos, pois, *"quem ama cuida; cuida de si mesmo, da família, da comunidade, do país – pode ser difícil, mas é de uma assustadora simplicidade e não vejo outro caminho"*. (Lya Luft)

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CAHALI, Yussef Said. *A importância do Instituto da Guarda*. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 133, 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- Código Civil de 2002.
- Constituição Federal de 1988.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito de Família*. In: Maria Helena Diniz, direito Civil Brasileiro, v. 5. 7ª. ed.. São Paulo, Saraiva, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito de Família*. In: Maria Helena Diniz, direito Civil Brasileiro, v. 5. 21ª. ed.. São Paulo, Saraiva, 2006.
- Estatuto da Criança e do Adolescente.
- GRISARD, Waldyr Filho. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRISARD, Waldyr Filho. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito de Família*. In: Washington de Barros Monteiro, direito Civil, v. 2. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito de família*. In: Silvio Rodrigues, direito Civil, v. 6. São Paulo: Saraiva, 1979.
- SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei sobre a Guarda Compartilhada*. São Paulo: JH Mizuno, 2ª Ed. 2008.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: Saraiva ,1998.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. In: Sílvio de Salvo Venosa, direito Civil, v.6. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ALENCAR, Martsung F.C.R.(2006).. *O sistema jurídico: normas, regras e princípios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8628>>. Acesso em: 19 maio 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?* (2000). Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8690>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (2000). *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 19 maio 2009.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. *Princípios processuais* (2006). Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1278, 31 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9314>>. Acesso em: 20 maio 2009.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. (2006). Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 19 maio 2009.