

Considerações sobre a guarda compartilhada

Lucas Hayne Dantas Barreto

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

"A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha."

Deirdre Neiva, A Guarda Compartilhada, 2002.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve Histórico. 3. Conceito. 4. A Guarda Compartilhada no Direito Comparado. 5. A posição do Direito Brasileiro quanto à Guarda Compartilhada. 6. Projetos de Inserção da Guarda Compartilhada no Novo Código Civil. 7. Conclusões. 8. Referências Bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

O instituto da guarda compartilhada vem à baila para socorrer as deficiências que outros modelos de guarda, principalmente o da guarda dividida – onde há o tradicional sistema de visitas – possuem. Tais modelos, ao privilegiar sobremaneira a mãe, na esmagadora maioria dos casos, levam a profundos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social, no seu desenvolvimento. Estes revezes atingem também o próprio pai, cuja falta de contato mais íntimo leva fatalmente a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o do desejo de perpetuação de seus valores e cultura.

Por ser um instituto novo, ainda sem grande penetração no Brasil, traz consigo inúmeras dificuldades quanto à sua compreensão, seus benefícios e sua aplicabilidade. Sem grandes pretensões, este trabalho visa promover apenas algumas considerações, a fim de evidenciar pontos importantes, a merecerem um maior aprofundamento pela doutrina e jurisprudência nacionais.

2.BREVE HISTÓRICO

A fim de melhor compreender o assunto do qual passaremos a tratar, necessário se faz uma análise do evoluir histórico que ensejou o instituto, de modo que se perceba as origens da tradicional ideia ora arraigada na cultura jurídica nacional.

No alvorecer do século XIX, era atribuição do pai deter a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos, enquanto a mãe se submetia às suas determinações. Tal era a decorrência de uma ideologia cristalizada numa legislação que considerava a mulher relativamente incapaz para exercer os atos da vida civil; conseqüentemente, era ela inibida, legalmente, de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial.

Com a industrialização, e a passagem da família dita extensa para a família nuclear, onde só havia o casal e filhos, o pai passa a trabalhar, e despender a maior parte do tempo fora do lar. Somado isto ao advento da capacidade plena da mulher, passou a ser *et/*a considerada mais apta a guarda dos filhos, em casos de separação, por ter, entendia-se, por natureza, o amor aos

filhos, e a inata capacidade de bem deles cuidar. Ao pai, então, coube a incumbência de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mulher se dedicava às prendas do lar.

Todavia, a revolução sexual, a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, e a divisão mais equânime das tarefas de educação de filhos, levaram a uma mudança na estrutura familiar, e no próprio entendimento que confere primazia à mãe na atribuição da guarda. A mudança social ocorrida selou o alicerce para a construção de novas teorias sobre a guarda, buscando, sempre, um exercício mais equilibrado, onde a manutenção do contato do filho com ambos os pais deve continuar tal qual o era antes do rompimento.

Assim, hoje, já se percebe que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe atende ao melhor interesse da criança. Neste contexto, surgiram fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Psicanálise, Sociologia e, como não poderia deixar de ser, do Direito, a teorizar acerca da guarda compartilhada, de modo que, em muitos países, já é comumente aplicada, e concebida como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

3. CONCEITO

Por *guarda compartilhada*, também identificada por *guarda conjunta* (*joint custody*, no direito anglo-saxão), entende-se um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar *em conjunto* decisões importantes quanto ao seu bem estar, educação e criação. É tal espécie de guarda um dos meios de exercício da autoridade parental, quando fragmentada a família, buscando-se assemelhar as relações pai/filho e mãe/filho – que naturalmente tendem a modificar-se nesta situação – às relações mantidas antes da dissolução da convivência, o tanto quanto possível.

Como bem coloca o ilustre advogado Waldyr Grisard Filho⁽¹⁾,

"Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na

família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato."

Assim, tem o instituto da guarda compartilhada por escopo tutelar, não somente *o direito do filho* à convivência assídua com o pai, assegurando-se-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina/paternal. Visa também *o direito do pai* de desfrutar da convivência assídua com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural, axiológico, e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e dos cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

Para um melhor entendimento acerca deste conceito jurídico, que, não há que se negar, está ainda em consolidação, mister se faz procedermos a uma distinção entre a guarda compartilhada e outras modalidades, a fim de evitar confusões, tanto na correta aplicação dos institutos, quanto na sua precisa compreensão, o que leva alguns a direcionar a uma espécie críticas cabíveis apenas contra outra. É o que ocorre com o advogado Segismundo Gontijo, em suas severas palavras direcionadas ao que ele crê seja guarda compartilhada⁽²⁾:

"Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc."

Equivoca-se o ilustre jurista mineiro, ao tomar por guarda compartilhada o que, na verdade, seja outra modalidade de guarda, conforme veremos a seguir:

a) *Guarda Alternada*: Conhecida no Direito anglo-saxão sob a denominação de *joint physical custody* ou *residential joint custody*, é aquele modo que possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos. Caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que poder ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição

organizada dia-a-dia. Ao termo do período, os papéis invertem-se. É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança. Objetiva-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. Esta é a modalidade a que se refere, equivocadamente, o eminente advogado supracitado. Suas críticas podem ser pertinentes, como visto, à guarda alternada, nunca à compartilhada.

b)Aninhamento ou Nidação: Por este modelo, os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, os pais são quem a ela mudam-se, segundo um ritmo periódico. É a *birds nest theory* do Direito Americano, que, por ser pouco prática, bastante exótica, e levar a prejuízos semelhantes aos já descritos no modo anterior, é muito pouco defendida.

c)Guarda Dividida, Guarda Única, ou Guarda Exclusiva (sole custody): É o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro. É bastante criticada, tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique o fenecer da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor.

Isto posto, vale ressaltar que na *guarda compartilhada*, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham eqüitativamente sua guarda jurídica, esta chamada por *joint legal custody* no sistema da *commom law*. Assim, o genitor que não mantém consigo a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, mas participa ativamente de sua construção. Decide ele, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos caros ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho.

Neste sentido, bastante esclarecedora a definição trazida pela Seção Judicial do Estado americano de Iowa, em informativo na sua página oficial da Internet⁽³⁾:

"Joint custody means that both parents have the legal custodial rights and responsibilities toward a child. Under joint custody, neither parent has legal custody rights superior to the other. Joint custody does not necessarily mean that the child spends equal time with or lives with both parents. A parent may have joint custody even though a child resides with another parent."

Tal modelo, ao passo que possibilita ao menor manter o contato com ambos os pais, o que se afigura como de suma importância para seu desenvolvimento regular e sadio, não traz o inconveniente da instabilidade familiar verificado na guarda alternada, bem como no aninhamento; tampouco leva ao rompimento de relações parentais, como no obsoleto modelo da guarda dividida.

4.A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO

A guarda compartilhada já é utilizada há bastante tempo no direito alienígena, como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos. Passeemos, agora, por legislações internacionais que nortearam o desenvolvimento do tema.

Na França, tal idéia surgiu em 1976. O Código Civil Francês estabeleceu, com a inovação trazida pela Lei Malhuret, que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo *guarda*), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o Juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda.

Para o Direito Canadense, a separação dos genitores não deve gerar um sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, seja mãe, pai, ou filhos. Esta idéia é a pedra de toque para a adoção da guarda compartilhada por este ordenamento, da qual resulta uma presunção de guarda conjunta, como melhor interesse do menor.

Já no Direito Inglês busca-se distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os

filhos - *care and control* - resgatado ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos menores - *custody*.

Mas foi o direito estadunidense que mais se aplicou a este estudo, e a maioria de seus estados já adota francamente a guarda compartilhada. Inúmeros juristas americanos estão dedicando-se a pesquisar e discutir uma aplicação cada vez mais uniforme em todo o país. A *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, chegou a criar uma comissão especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores - o *Child Custody Committee*.

A título de exemplo, vejamos o que diz o Estatuto do Estado americano de Iowa, sobre a guarda de crianças:

"1. The court, insofar as is reasonable and in the best interest of the child, shall order the custody award, including liberal visitation rights where appropriate, which will assure the child the opportunity for the maximum continuing physical and emotional contact with both parents after the parents have separated or dissolved the marriage, and which will encourage parents to share the rights and responsibilities of raising the child unless direct physical harm or significant emotional harm to the child, other children, or a parent is likely to result from such contact with one parent.

"2. If the court does not grant joint custody under this subsection, the court shall cite clear and convincing evidence, pursuant to the factors in subsection 3, that joint custody is unreasonable and not in the best interest of the child to the extent that the legal custodial relationship between the child and a parent should be severed."

Desta forma, percebe-se que, lá, a regra é o compartilhamento; a exceção deve ser muito bem fundamentada para ser admitida.

Não nos deteremos em maiores considerações acerca deste instituto no direito estrangeiro. No entanto, deixamos o alerta, no sentido de que, tendo em mente as diferenças entre o nosso sistema e o anglo-saxão, devemos ter cautela ao tentar transpor seus institutos ao Direito Brasileiro. Só assim, poderemos extrair daquelas experiências algo útil e plausível.

5.A POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA

Não há, no direito positivo brasileiro, norma expressa que autorize a aplicação do modelo em tela, na seara do Direito de Família. No entanto, conforme iremos adiante demonstrar, tal adoção não é vedada: ao revés, deve ser estimulada, para melhor atender a seus princípios.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, I, prevê a igualdade entre o homem e a mulher, bem como o faz seu art. 226, § 5º, ao estatuir que "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*", com base nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo. Deste modo, não mais se justifica a preferência dada às mães para a guarda exclusiva do filho, consoante estabelecia o art. 10, § 1º, da Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, bem como do art. 16 do Dec-Lei 3.200/44.

Hoje, já é sabido que inexistente qualquer razão, seja de cunho biológico, seja psicológico, ou mesmo jurídico, que justifique referido privilégio. A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, tem igual importância para o saudável desenvolvimento do menor, salvo em situações excepcionabilíssimas, como, por, exemplo, na fase da amamentação, por óbvio.

Assim, é de se concluir *que os dispositivos que tratavam da preferência materna na guarda dos filhos não foram recepcionados pela ordem constitucional vigente*. Ademais, a própria Lei do Divórcio traz uma disposição que autoriza ao juiz determinar diversamente: o art. 13, *in verbis*: "*Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.*" Ora, entendemos que cabe dar interpretação extensiva a tal disposição, entendendo-se com maior flexibilidade o conceito de *motivo grave*. Afinal, a procura do bem estar da criança e seu melhor interesse amoldam-se perfeitamente a tal situação.

Ainda a mesma Lei 6.515/77 traz outras disposições que autorizam a efetivação do compartilhamento da guarda, a saber: O art. 9º estabelece que "*no caso da dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual (art. 4º) observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos.*" No entanto, entendemos que, ainda em casos de separação litigiosa, não divergindo os

cônjuges no requerimento de guarda, deverá ser observado o entendimento dos pais, como uma interpretação mais consonante com os princípios trazidos pela Carta Constitucional de 1988.

Traz ainda a Lei do Divórcio, em seu art. 27, que *"o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos"*, o que vem a reafirmar a plausibilidade da adoção da guarda conjunta em nosso país, bem como sua recomendação.

A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente, traz, por sua vez, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada por um magistrado nacional, a saber: o seu art. 4º, *caput*, transmite o que a cabeça do art. 227 da CF já contém, a saber: *"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária"*. O art. 5º assim se manifesta: *"Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais"*. Coloca o art. 6º: *"Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento"*. O art. 16, *caput*, traz: *"O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...) "V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação" (...)*. Já o art. 19, aduz: *"Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família (...)"*. Por sua vez, o art. 27 transmite: *"aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais"*. Lançadas sobre estas disposições as luzes do princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, iluminar-se-á um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.587 à 1.594, capítulo XI, referentes a Proteção da Pessoa dos Filhos, nenhuma modificação de monta apresentou ao existente no arcabouço legislativo em vigor.

Mas há uma característica da nossa legislação que tem implicações importantes sobre a guarda de menores: é o *Pátrio Poder*, agora, com o Novo

Código Civil, chamado *Poder Familiar*. Ele é exercido igualmente por pai e mãe (se capazes), e a separação (judicial ou de fato) ou o divórcio não interferem neste atributo. O artigo 384 do diploma revogado explicitava com clareza seus atributos, os quais foram integralmente mantidos pelo novo Código, em seu art. 1.634, a saber:

Art. 1.634. Compete aos pais, no exercício do pátrio poder:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Assim, temos que mesmo o genitor que não detém a guarda continua com o pátrio poder, devendo exercê-lo sob pena de perdê-lo, como regia o Código Civil de 1916, no seu artigo 395, II, repetido no art. 1.638, II, do Novo Código Civil. A questão é que este artigo é pouco aplicado, nestes casos. A guarda compartilhada vem oferecer um grande instrumental para que se garanta a efetividade do exercício do pátrio poder, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, ou união estável.

Ainda há muitas outras disposições legais poderiam aqui ser trazidas à colação, e mais exhaustivamente examinadas; no entanto, tal empresa refoge aos modestos contornos deste trabalho. O importante é que não se perca de mente três conclusões básicas, que se pode extrair desta sucinta análise de nossa legislação: 1) O vínculo parental, e os direitos e deveres dele decorrentes, não se extingue com a extinção do vínculo conjugal; 2) A guarda dos filhos deve ser decidida pelo juiz quando o desacordo dos pais, ou interesse do filho o exigir; e 3) A Guarda Compartilhada é amplamente admitida pelo ordenamento pátrio, desde

que resultante de um acordo entre os pais, e for benéfica aos interesses do menor.

Destarte, podemos concluir que, embora o Direito Positivo Brasileiro não contenha norma expressa a respeito, como ocorre em inúmeros ordenamentos, não há, tampouco, vedação, o que enseja possibilidade da ocorrência legal do tipo de guarda *sub examine*. O Juiz estará agindo sob o manto da Lei para autorizar a guarda compartilhada, quando os pais a ela se dispuserem, seja na separação ou divórcio consensual, seja no litigioso, desde que, como dito, quanto à guarda, haja acordo.

Em todo caso, a questão deverá ser analisada incluindo-se todos os interessados, de modo que se chegue à solução que mais beneficie os menores, mas que também contemple seus pais, a fim de que nenhum deles negligencie a criação e educação de seus filhos: o vínculo parental, após a dissolução do vínculo matrimonial, deverá ser preservado, sempre, e na medida do possível, como era antes do rompimento. ⁽⁴⁾

6.PROJETOS DE INSERÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Tendo em vista acompanhar o evolover doutrinário, e mesmo estimular o jurisprudencial (ainda tímido, quanto à questão), foram propostos dois projetos de Lei, com o escopo de modificar o Código Civil de 2002, antes mesmo de sua entrada em vigor, pela introdução expressa do sistema da guarda compartilhada.

O Projeto do Deputado Feu Rosa (PL n.º 6.315/02) é do seguinte teor:

Art. 1.º Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Art. 2.º O art. 1.583 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1583.....

Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais.

Art. 3.º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

O art. 1.583 do Código de 2002 trata da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio consensual. Destarte, consideramos bastante tímida esta proposta de alteração, uma vez que vem apenas a explicitar o que já é possível, frente ao arcabouço legislativo já disponível. Consoante visto supra, a guarda compartilhada, quando decorrente de acordo entre os genitores, não oferece qualquer dificuldade, uma vez que há a primazia do melhor interesse do menor.

Em sua justificação, aponta o deputado que *"só haja possibilidade de tal tipo de guarda se a separação ou divórcio forem consensuais, caso contrário, as crianças estarão ainda mais vulneráveis em meio a discussões sobre onde e com que devem ir a algum lugar"*. Ora, não vemos sentido na afirmação transcrita, uma vez que, mesmo em sendo litigiosa a separação ou divórcio, poderá não haver divergências acerca da guarda dos menores, o que já autoriza ao juiz concedê-la. Ao revés, a proximidade, e o comum interesse em resguardar o bem estar e saúde emocional de sua prole, poderá unir os pais, ou, ao menos, não aumentar as diferenças e desavenças por ventura ainda existentes. É o que preleciona a ilustre Desembargadora Maria Raimunda Azevedo: ⁽⁵⁾

"A responsabilidade gravita em torno do modelo que os filhos esperam vivenciar nas pessoas de seus pais, imagem sobre a qual irão espelhar-se sobre a vida afora. A disputa entre casais, a chantagem, o jogo de sedução para conquistar o amor da criança, em que se apoiam aqueles que criticam a Guarda Compartilhada, não encontram guarita neste modelo, porque a convergência de sentimentos, a reciprocidade e a troca entendimentos, pelos pais, detentores da Guarda compartilhada, afastam as partes conflituosas, uma vez conscientizadas de que o mais importante é o bem estar de seus filhos."

Um pouco mais ousada queda-se a proposta do Deputado Tilden Santiago, em comunhão com a APASE - Associação de Pais Separados, e a Associação Pais Para Sempre, o que redundou na apresentação do Projeto de Lei 6.350/02, do seguinte teor:

Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

.....
§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar."

Art. 3º O Art. 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1584. Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança."

§ 1º A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.

Art. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

Aqui, verifica-se realmente uma modificação que viria a espancar dúvidas sobre o cabimento da guarda compartilhada, mesmo em situações onde não há acordo entre as partes. Numa leitura apressada do sugerido novo *caput* do art. 1.584, poder-se-ia entender que o juiz ficaria autorizado a *impor* o regime de compartilhamento, caso verificasse necessário; no entanto, nosso entendimento é no sentido de não se extrapolar os limites do razoável, tão comumente esquecidos por aqueles que se empolgam em demasia com alguma novidade jurídica. Neste caso, a passagem "sempre que possível" vem a temperar o imperativo, uma vez que, em casos com a de desavenças crônicas entre os pais, os benefícios decorrentes do compartilhamento não superariam os prejuízos aos infantes, quer de ordem psicológica, quer de ordem moral. A falta de acordo entre as partes não deve ser de tal monta que inviabilize a mútua cooperação, base do instituto, o que configura, em última análise, uma aceitação da decisão.

Tal proposta visa inverter a sistemática, tornando a guarda única exceção, e a compartilhada, regra. Não há de haver, contudo, de gerar ainda mais desavenças entre os genitores, o que os levaria incontáveis vezes ao judiciário, a fim de solucionar litígios no exercício da guarda.

Também avança o projeto em comento ao expressar, na nova redação sugerida para o art. 1.583, § 1º, que o juiz estimulará os casais a adotar o compartilhamento da guarda em seus acordos, o que se afigura muito consentâneo com a necessidade de divulgação do novo instituto, tornando conhecido seu modelo e suas vantagens.

Ao estabelecer, entretanto, interpretação autêntica, no projetado art. 1.583, § 2º, esta, tal como está, revela-se insuficiente, apesar dos grandes avanços que tal projeto, aprovado, certamente trará. Primeiramente, deve-se destacar o fato de referir-se que os pais "*participam igualmente a guarda material dos filhos*". Bem, guarda *material* é um conceito entendido, atualmente, como a guarda física, como o contato direto do genitor com o filho. Isto poderia ensejar controvérsias, a respeito de se realmente está-se a tratar da guarda compartilhada, e não da alternada. Porém, lida a justificativa do projeto, bem como se pode depreender do termo "*corresponsabilização*", e da expressão "*participam igualmente (...) os direitos e deveres emergentes do poder familiar*", não há dúvidas que se trata da guarda compartilhada. Assim, ao invés de "guarda material", seria mais técnico o legislador utilizar o termo "guarda jurídica", a fim de que se evite tais dificuldades.

Seria também pertinente o legislador explicitar que a adoção do sistema de guarda compartilhada não importa na partição da guarda física, tal como o faz expressamente o Estatuto de Iowa, referido *supra*. Ainda que decorra do próprio instituto, tal noção deveria vir inculpada nesta regra, já que, tratando-se de interpretação autêntica, devem ser trazidas, o mais completamente possível, as características do que pretenda conceituar.

Tais limitações, no entanto, não retiram o mérito da proposta, as quais, uma vez aprovado o projeto, poderiam ser facilmente contornadas pelo aplicador das novas normas, pelo que nossas sugestões visam apenas trazer maior precisão ao projeto. O importante é que, com esta alteração, dar-se-á maior visibilidade ao instituto, bem como se vencerá a resistência daqueles que entendem ser a falta de regulação específica um óbice para a adoção deste sistema.

7.CONCLUSÕES

1.O instituto da guarda compartilhada foi favorecido por um contexto histórico, onde a inserção da mulher no mercado de trabalho, a consolidação da igualdade entre homem e mulher, e o maior aprofundamento trazido pelas contribuições de vários campos do saber, exigiu um novo entendimento acerca do que abrangeria o melhor interesse do menor, quando da separação de seus pais;

2.Por guarda compartilhada, entende-se um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os pais, que continuam a tomar as importantes decisões na criação de seus filhos conjuntamente, buscando-se assemelhar o tanto quanto possível as relações pré e pós separação, ainda que o menor fique sob a guarda física de apenas um dos pais;

3.Não se deve confundir o conceito de guarda compartilhada com os de guarda alternada (divisão eqüitativa do tempo com os filhos, entre os cônjuges), aninhamento (os pais é que mudam-se para a mesma casa dos filhos, periodicamente), e a tradicional guarda dividida (sistema de visitação);

4.O compartilhamento da guarda não necessariamente implica na partição da guarda física, devido à preocupação de se evitarem prejuízos à saúde emocional e mental do menor;

5.No direito comparado, tal sistema já é amplamente difundido, tal como na França, Canadá, Inglaterra e, principalmente, nos Estados Unidos, onde já se admite que o modelo da guarda compartilhada é a regra; a guarda dividida constitui-se uma exceção, somente tendo lugar em situações especiais e justificadas;

6.Ainda que o Direito Brasileiro não contemple expressamente uma permissão para a adoção do modelo em tela, tampouco traz alguma vedação, o que nos leva a entender ser este o mais compatível com princípios constitucionais, principalmente o da isonomia e o da proteção ao melhor interesse do menor;

7.O Novo Código Civil, a entrar em vigor em janeiro de 2003, não trouxe inovações no que tange à guarda compartilhada, pelo que já há pelo menos dois projetos de lei que buscam adicionar disciplina legal ao sistema;

8.Um projeto de lei neste sentido não deve autorizar tal instituto apenas em casos de separação ou divórcio consensual, uma vez que, mesmo em havendo litígio, as partes podem acordar quanto à guarda, tal como já é permitido mesmo hoje, segundo nosso entendimento, face a uma interpretação extensiva do art. 9.º da Lei 6.515/77;

9.No entanto, entendemos que o juiz não deverá *impor* tal regime, mas recomendar, sempre que possível, avença entre os pais neste sentido, a fim de que se evitem os prejuízos decorrentes das desavenças e conflitos entre os pais no tocante à criação do filho. Em casos como este, os prejuízos advindos da imposição superarão a de um sistema de guarda dividida, bem regulado, a ser admitido, contudo, apenas em casos excepcionais.

NOTAS

01. GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir?** São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em:

<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=10&lsTextold=1094972355>>. Acesso em: 29 set 2002.

02. GONTIJO, Segismundo. **Guarda de Filho**. Belo Horizonte: Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo, 2002.

Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>.

Acesso em: 29 set 2002.

03. IOWA JUDICIAL BRANCH. **Child Custody**. Des Moines: Iowa Judicial Branch, 2002. Disponível em:

<<http://www.judicial.state.ia.us/families/custody.asp>>. Acesso em: 29 setembro 2002.

04. GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. Cit.**

05. AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. **A Guarda Compartilhada**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em:
<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=20&IsTextold=-358210601>>. Acesso em: 29 set 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. **A Guarda Compartilhada**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em:
<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=20&IsTextold=-358210601>>. Acesso em: 29 set 2002.

CARCERIERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos Destacados da guarda de Filhos no Brasil**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em:
<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&IsTextold=-1465739737>>. Acesso em: 29 set 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de Filho**. Belo Horizonte: Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo, 2002. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 29 set 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir?** São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em:
<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=10&IsTextold=1094972355>>. Acesso em: 29 set 2002.

IOWA JUDICIAL BRANCH. **Child Custody**. Des Moines: Iowa Judicial Branch, 2002. Disponível em:
<<http://www.judicial.state.ia.us/families/custody.asp>>. Acesso em: 02 out 2002.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada - Novas Soluções Para Novos Tempos**. São Paulo: Apase, 2002. Disponível em: <
<http://www.apase.com.br/18204-mariaantonieta.htm>>. Acesso em: 29 set 2002.

NEIVA, Deirdre. **A Guarda Compartilhada**. São Paulo: Pai Legal, 2002.

Disponível em:

<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=10&IsTextold=-2002396541>>. Acesso em: 29 set 2002.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda Compartilhada - Monografia - Parte 1 de 2**.

São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em:

<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Psicologia&offset=20&IsTextold=1007082973>>. Acesso em: 29 set 2002.

_____. **Guarda Compartilhada - Monografia - Parte 2 de 2**. São Paulo:

Pai Legal, 2002. Disponível em:

<<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Psicologia&offset=20&IsTextold=-1630958118>>. Acesso em: 29 set 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 2ª ed. São

Paulo: Atlas, 2002.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 17/07/2006.