# A GUARDA COMPARTILHADA COM A APLICABILIDADE DE ACORDO COM A LEI Nº. 11.698, DE 13 JUNHO DE 2008

Janaina Prescinato Miranda[1]
Gilberto Ferreira Marchetti Filho[2]

## RESUMO.

A Guarda Compartilhada foi uma mudança ocorrida no modelo de guarda usada como regra no Direito de Família. Introduzida pela promulgação e publicação da Lei nº. 11.698/08, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Novo Código Civil de 2002, o compartilhamento da guarda tem como principal idéia auxiliar na busca de melhor qualidade do desenvolvimento dos filhos, vítimas da convivência com pais separados. Trata-se de um instituto novo, cheio de incertezas e onde a solução encontra-se em constante evolução e aprimoramento para a sua aplicabilidade. Mas também, lembrando de que não será aplicada em toda e qualquer dissolução conjugal, pois independentemente do modelo de guarda a ser adotado, ela não é uma garantia de efetividade absoluta e tampouco de que não haverá prejuízos a criança, vez que no caso concreto, inexiste um plano de cuidado parental que não traga efeitos colaterais.

## PALAVRAS-CHAVE.

Guarda Compartilhada. Aspectos psicológicos. Aplicabilidade.

## INTRODUÇÃO

A família é uma antiga realidade tanto quanto a humanidade, precedendo inclusive ao próprio Estado e ao Direito. Tem em si inscrita uma longa duração demográfica, média duração econômica e curta duração política, com os acontecimentos e as intervenções do Estado almejando modificar, às vezes, os comportamentos familiares. Razão pela qual o Direito de Família deixara de ser apenas e tão-somente um ramo do Direito Civil, para tornar-se a exteriorização dos anseios de cada cidadão em face da sociedade.

Nesse diapasão, e mediante pesquisas acerca da doutrina e jurisprudência pátria, bem como em revistas e sites da Internet, o presente trabalho tem por escopo expor de forma lógica a plausibilidade da guarda compartilhada no Direito Brasileiro, suas conseqüências e vantagens.

Assim, o tema investigado traz à lume as noções tocantes a guarda compartilhada com a sua aplicação e suas implicações como um novo e/ou alternativo

---

[1] Bacharel em Direito e Pós-graduada *lato sensu* em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Advogada.

[2] Bacharel em Direito e Pós-graduado *lato sensu* em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Assessor Jurídico da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados – MS. Professor de Direito Civil na Graduação e Pós-Graduação no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Foi professor substituto de Direito Civil no biênio 2006/2007 na Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Orientador.

paradigma no ordenamento jurídico pátrio, quando da cisão oriunda da extinção da sociedade conjugal.

Desse modo, destacando, para dar uma maior ênfase ao presente, faz-se necessário, demonstrar, em pesquisa realizada na internet. Apesar de ser "uma lei aprovada no dia 20 de maio pela Câmara dos Deputados e assinada no dia 13 de junho pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a nova lei dá a opção a pais que estiverem em processo de separação pela guarda unilateral (atribuída ao pai ou mãe) ou compartilhada (quando ambos dividem a responsabilidade)" [3].

Em virtude do já exposto, ressalta-se a grande importância do tema e que demonstra uma mudança no comportamento e no conceito de família que se tem na atualidade, desmistificando a idéia de que o término do vínculo matrimonial entre pai e mãe, resulta em não mais poder efetuar a educação dos filhos em comum acordo. O que é justamente a finalidade do instituto da guarda compartilhada, aqui defendida.

## 1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada surge com a precípua finalidade de reequilibrar os papéis parentais (co-responsabilidade), uma vez que a sociedade vem se mostrando mais insatisfeita a cada dia, sobretudo com o modo matriarcal de deferimento da guarda unilateral que impera nos tribunais pátrios.

Na tentativa de acabar com essa desigualdade, vários doutrinadores começaram a reivindicar que, na disputa da guarda de menores, o magistrado deveria expor primeiramente aos pais a possibilidade de adoção do modelo da guarda compartilhada, bem como os benefícios que traria aos filhos, e caso essa tentativa não lograsse êxito, é que se partiria para o modelo da guarda única.

Compreendendo-se o conceito do instituto da guarda compartilhada, o desembargador Sergio Gischkow preleciona que "é a situação em que ficam como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados" [4].

---

[3] Pesquisa realizada no site: http://jc.uol.com.br/tvjornal/2008/06/16/not_156227.php

[4] GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 111.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Vicente Barreto define o instituto como sendo "a possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais" [5].

Os entendimentos citados seguem a tendência de que a guarda compartilhada se propõe a fazer com que ambos os pais dividam as responsabilidades e/ou as principais decisões relativas aos filhos, incentivando o contato freqüente e contínuo destes com seus dois genitores. O que, por conseguinte, não importa em uma divisão pela metade, ao contrário do que ocorre na guarda alternada, em que os ex-parceiros são obrigados a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos.

Neste sentido, e partindo do princípio de que a guarda compartilhada é uma caminho bom e que deve ser pensado pelos pais e juízes e priorizando as mudanças inerentes após ser sancionada a Lei nº. 11.698/08, é importante citar a redação dessa *lex*:

> Art. 1° Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
> § 1° Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5°) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (destacou-se)

Assim sendo, a lei estabelece o que é a guarda compartilhada, ou seja, conceitua a sua forma e aplicação, trazendo uma modalidade nova para solucionar problemas de casais que buscam não causar mais "traumas" aos filhos com o final do casamento.

Anteriormente, grande parte dos doutrinadores, bem como o exercício da prática jurídica, defendiam e priorizavam, a tese de que o menor precisa ter uma residência fixa e única, seja ela na casa do pai, da mãe, de terceiro. Enfim, do detentor da guarda física, pois o local onde o menor se encontra juridicamente domiciliado define o espaço dos genitores para o exercício de suas obrigações.

Assim, possibilitaria ao genitor não-guardião, o cumprimento de seu dever de visita, que só pode ser regularmente exercido se o menor dispõe de um local permanente de referência, sem falar na necessidade do menor em estabelecer uma continuidade espacial e social, não apenas porque o lar, principalmente na infância e juventude, é um

---

[5] BARRETO, Vicente. **A Nova Familia:** Problemas e Perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p 135.

centro de apoio para suas atividades no mundo exterior, mas também porque necessita fincar suas raízes físicas e sociais, constituindo uma relação de interesse onde desenvolva uma aprendizagem diária e doméstica da vida.

Ademais, na guarda compartilhada, os filhos podem e devem passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento, ainda que a residência continua sendo única. No entanto, é de crucial importância salientar que essa liberdade de deslocamento sem pré-determinação só produzirá efeitos benéficos para ex-casais que conservem um bom relacionamento, calçado na amizade e no respeito mútuo.

A prática forense revela a incomensurável confusão que se instaura, notadamente no genitor não-guardião, entre dar educação e pagar pensão aos filhos, embora seja certo que "dar educação" exige o concurso de ambos os pais e não depende da competência exclusiva do detentor da guarda física. Com a viabilização do modelo de compartilhamento da guarda, tal dúvida fica definitivamente afastada. Afinal, nesse modelo, os genitores participam diária e ativamente na educação do menor.

De qualquer forma, para dirimir essa dúvida o Novo Código Civil (Lei nº.10.406/02), repetindo, o disposto no art. 381 do Código Civil de 1.916, reza em seu o art. 1.632 que "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos".

Assim sendo, resta claro que a intenção do legislador é disciplinar que, em caso de rompimento conjugal, o não-guardião continuará a exercer, em sua totalidade, todos os direitos inerentes à guarda jurídica, devendo acompanhar a criança ou adolescente no seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, por intermédio de seu poder de fiscalização, consoante se infere estatuído no art. 1.589 do aludido *Codex*, a saber:

> 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**. (destacou-se)

Cabe mencionar ainda que o modelo da guarda compartilhada ainda não completara seu ciclo de evolução, na medida em que existe uma outra corrente doutrinária a qual entende que o instituto da guarda compartilhada deve ir além do

deferimento da guarda jurídica para ambos genitores, defendendo um acordo no que tange à guarda física, de onde resulte pactuado que o menor tenha dois lares e/ou domicílios, inclusive.

Coadunando-se com essa segunda corrente, destaca-se a lição de Pedro Augusto Lemos Carcereri, que em seu artigo define a guarda compartilhada como "uma situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse" [6].

Ante tais assertivas, essa segunda corrente parece mais justa, não apenas porque coloca os envolvidos na dissolução conjugal em grau de igualdade, mas também porque o deferimento da guarda, ainda que compartilhada, com o menor possuindo apenas um lar único, não suprirá necessariamente a ausência física e afetiva do genitor não-guardião, pois, como é de compreensão intuitiva, na visita não se estreita os laços familiares, tampouco consolida os sentimentos paterno/materno-filiais, da mesma forma e intensidade que ocorre quando os genitores têm seus filhos freqüentemente em sua companhia.

Acrescente-se que essa "alternância de lares" prevista na guarda compartilhada não se assemelha à da guarda alternada, uma vez que nesta, a criança dispõe de dois lares distintos por períodos normalmente longos, sem qualquer critério que determine a proximidade dos domicílios dos genitores, bem como a alternância da guarda jurídica, o que de fato é extremamente prejudicial ao menor, *porque, nesse caso, não há nem continuum afetivo, nem continuum espacial, nem continuum social* [7].

Portanto, inexiste obstáculo para que a guarda compartilhada seja exercida, ainda que seja, em dois lares distintos, conquanto esta obedeça a quatro critérios:

a) que os pais tenham domicílios próximos;

b) que ambos queiram e/ou estejam aptos a exercer a guarda do menor;

c) que os arranjos de alternância de lares não sejam por longos períodos; e

d) que os pais possuam os mesmos valores éticos, morais e/ou sócio-culturais e mantenham um bom relacionamento entre si, alicerçado na amizade e respeito mútuo.

---

[6] CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: < http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=56>jusnavegandi.

[7] DOUTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. p. 74.

À guisa dessas considerações, pode-se extrair que a guarda compartilhada é uma situação jurídica em que ambos os pais, após a separação judicial, divórcio e/ou dissolução de união estável, conservam mutuamente sobre seus filhos, o direito de exercerem a guarda jurídica e física, tendo obrigações comuns e não acarretando a quebra da continuidade das relações parentais.

## 2 A GUARDA COMPARTILHADA COMO UM NOVO PADRÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, antes da promulgação da Lei nº. 11.698, de 13 Junho de 2008, que institui a guarda compartilhada, a mesma era uma mera expectativa, vez que a lei do divórcio no seu art. 15, bem como a Constituição Federal em ser art. 229, mesmo que não exercesse de forma deliberada, poderia fazer entender a possibilidade, mas não havia nada expresso. Com a promulgação da referida lei, foi possível alterar o instituto da guarda compartilhada, fazendo com que ele se demonstre lícito e possível juridicamente.

Ocorriam na prática duas formas de determinação da guarda (sempre unilateral) do menor mediante acordo de seus genitores, celebrado na dissolução consensual do vínculo conjugal: a primeira ocorre quando um dos genitores (costumeiramente o homem) não tem muito apego aos filhos e pouco se importa de ser nomeado não-guardião, ficando apenas ressalvado o seu direito de visita e fiscalização, enquanto a segunda hipótese dá-se com a livre e espontânea aquiescência em colocar-se na figura de não-guardião, não pela ausência de afeto para com a prole, mas porque o genitor guardião irá lhe conceder direito de livre visitação, podendo passar alguns dias em sua companhia, empreendendo viagens, inclusive.

É interessante notar, como observa Jorge Augusto Pais de Amaral, que:

> Guarda única pode transformar-se em guarda conjunta de facto, desde que cada um dos progenitores proporcione ao outro um contato muito freqüente com o filho e ambos procurem que as questões que a este dizem respeito sejam por eles decididas em conjunto. Em suma, se houver acordo dos pais, pode existir, de facto, a guarda conjunta, sem necessidade de intervenção do tribunal. [8]

---

[8] AMARAL, José Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio.** Lisboa: Cosmos. 1997. p. 168-169.

A norma, aqui, além de determinar a guarda unilateral, parte de uma presunção que tem fundamentos psicofisiológicos, ao estimar que a mãe se encontra em posição mais adequada de conviver com o filho. Em outras ocasiões, o único fundamento é a idoneidade, sem estabelecer a lei presunção alguma.

Assim, a maioria dos julgados reduzem a figura do pai a um mero visitador sazonal, esquecendo-se do direito de a criança ter um pai presente, inobstante as visitas sejam freqüentemente motivo de disputas entre os genitores, provocando uma diminuição de disponibilidade do não-guardião para com seu filho, culminando, diante das dificuldades encontradas, com o total desaparecimento dos laços afetivos.

Por outro lado, as tradicionais figuras da mãe dona de casa e do pai provedor não mais se reconhecem, pois a escalada feminina no mercado de trabalho, seu direito à escolha individual, à construção da própria história, para além das funções maternas, fizeram crescer, paralelamente, a figura do pai afetuoso, profundamente envolvido com a vida diária dos filhos, tornando as funções parentais, nos casais contemporâneos, mais equilibradas e/ou distribuídas eqüitativamente entre os dois genitores, que dividem e compartilham entre si os deveres da educação e da manutenção da prole.

Ora, se o modelo contemporâneo de família, e suas relações intrapessoais, é hoje diferente do precedente, modificado pelas transformações econômicas, políticas, culturais e sociais ocorridas no Brasil após a década de 70, torna-se evidente a necessidade de se considerar também um novo modelo para o cuidado dos filhos quando profundas mudanças estruturais incidem sobre a família.

A própria Constituição Federal encarrega-se de apontar para esse novo paradigma, ao definir em seu art. 229, que os “pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”, possibilitando, outrossim, a presença de sistemas flexíveis de guarda, inclusive a compartilhada, pois ao mesmo tempo em que privilegia um comportamento parental igualitário, procura justamente conter a evasão da paternidade, causada pela Lei do Divórcio, com a adoção da guarda única em favor da mãe, supostamente justificada na “crença” de que a função paternal limita-se ao cuidado indireto do pai provedor.

Dessa feita, quando os genitores sentem-se eficientes em sua capacidade de trocar afeto com seus filhos, ambos possuirão melhores condições para exercer a guarda destes, e certamente saberão promover a manutenção do vínculo co-parental após a separação ou divórcio, a proteção dos filhos dos conflitos parentais e o respeito ao direito destes em manterem uma adequada comunicação com ambos os pais, sendo

esses, justamente, os melhores prognósticos da guarda compartilhada, sem falar no atendimento das necessidades psicológicas de ambos os genitores e a um profundo enriquecimento de suas vidas.

Os tribunais brasileiros, não discrepam dessas assertivas, e recentemente têm decidido:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE GUARDA DA FILHA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. **GUARDA COMPARTILHADA**. PLURALIDADE DE DOMICÍLIOS. INEXISTÊNCIA. LOCAL ONDE REGULARMENTE EXERCIDA. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA MENOR. LEI N. 8.069/1990, ART. 147. PRECEDENTE.
> I. A guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do Juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo.
> II. Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercida regularmente a guarda para dirimir os litígios dela decorrentes (Lei nº. 8.069/90, art. 147, I). Precedente.
> III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE. [9]
>
> GUARDA E RESPONSABILIDADE – Quando a verdade da razão se apresenta, em sintonia com a verdade dos fatos é de se concluir pela verdade da justiça, **assim é que há que ser reconhecido de direito o que já existe de fato, ou seja, a guarda compartilhada dos menores pelos conviventes. (art. 5º da LICC). Provimento do recurso para a concessão da guarda como requerida**. [10]
>
> ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS – **GUARDA COMPARTILHADA – LITÍGIO ENTRE OS PAIS – DESCABIMENTO.**
> 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho.
> 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. **Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.**
> **3. Quando o litígio e uma constante, a guarda compartilhada é descabida**. Recurso desprovido. [11]
>
> APELAÇÃO CÍVEL – GUARDA DE MENOR – ALTERAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA ALTERAÇÃO – **IMPOSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO** – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

---

[9] STJ. CC 40719/PE. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 25.08.2004. Destacou-se.

[10] TJRJ. AC 3347/2001. Rel. Des. Antônio Felipe Neves. Julgado em 03.09.2001. Destacou-se.

[11] TJRS. AC 70005760673. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 12.03.2003. Destacou-se

> 1. Visando o bem-estar do menor que se encontra com a genitora, o qual cuida de forma adequada, a mudança poderá provocar prejuízos e comprometimento do desenvolvimento psicológico do menor.
> 2. **Ambos os pais são responsáveis e preocupados com o bem estar do filho, o que merece a nossa estima. No entanto, a alteração pode trazer prejuízo ao menor.**
> **3. A guarda compartilhada não é viável em razão de residirem em cidades diferentes, impossibilitando a adequação de tal situação**. [12]
>
> CIVIL – DIREITO DE FAMÍLIA – **GUARDA COMPARTILHADA – GENITOR RESIDENTE DE OUTRO PAÍS – INTERESSES DO MENOR**
> 1. **Inviabilizada a guarda compartilhada na hipótese de o genitor residir em outro país, eis que não ocorreria a efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento do filho**.
> 2. Encontrando-se o menor perfeitamente ajustado em seu modo de vida, mantendo bom relacionamento com a genitora e recebendo educação adequada, incabível a transferência da guarda para o outro genitor. [13]
>
> PEDIDO DE GUARDA – A esta altura é necessário definir a guarda desta criança que, juridicamente, está indefinida, uma vez que o ajuste entre os pais foi informal. **Na medida em que não há mais acerto, não há mais entendimento, evidente que há necessidade de que o Estado-juiz assuma essa responsabilidade**. **Neste contexto, ante essa necessidade, na medida em que a guarda compartilhada fracassou, impõe-se a definição de guarda**. Proveram, vencido o relator. [14]

De acordo com notícia publicada sobre Guarda compartilhada, no sentido de que "existem pais contando os dias para pedir revisão de acordos", publicada em 16.06.2008 às 21h54m, por Tatiana Clébicar, no O Globo Online diz que:

> O temor das mães não se justifica, dizem os especialistas. Segundo o advogado Paulo Lins e Silva, da área de família, a lei apenas ratifica o que vem sendo aplicado desde a Lei do Divórcio, de 1978, e que muitos casais já compartilham as responsabilidades.
> Segundo Leila, o receio mais comum das famílias é o impacto que duas casas pode ter na cabecinha das crianças. Um medo infundado, ela diz.
> O vínculo da criança não deve ser com a casa física, mas com as pessoas. As crianças de hoje circulam por vários espaços, vão para a creche, para a casa da avó. estão sempre com uma mochila. Isso não traz prejuízo. Além disso, ela é capaz de perceber que as regras são diferentes em cada uma dessas casas. Ela pode entender que o pai tem uma visão sobre o tempo diante da televisão e a mãe, outra. [15]

---

[12] TJES. AC 003020001230. Rel. Des. Jorge Góes Coutinho. Julgado em 30.09.2003. Destacou-se.

[13] TJDF. AC 20000110948395. Rel. Des. Valter Xavier. Publicado em 13.11.2002. Destacou-se.

[14] TJRS. APC 70006221006. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 04.06.2003. Destacou-se.

[15] Jornal *On Line* "O Globo". Disponível em http://oglobo.globo.com/vivermelhor/mat/2008/06/16/ guarda_compartilhada_pais_contam_os_dias_para_pedir_revisao_de_acordos-546832800.asp. Acessado em 20.06.2008.

Dessa forma, apesar de existirem entendimentos contrários ao instituto da guarda compartilhada, mesmo com a existência de Lei dispondo do tema, muitos doutrinadores e estudiosos de psicologia acreditam e tendem a ver que a guarda compartilhada é um benefício ao bem estar da criança, fazendo com que ela se sinta amada mesmo quando não tem os pais juntos sob o mesmo teto, e com isso é uma maneira de evitar danos psicológicos e afetivos, vez que a criança poderá, mesmo com os pais separados, gozar da companhia e do amor de ambos, tendo em seu dia-a-dia todo o convívio necessário para gozar de uma vida familiar saudável e feliz.

## 3 ASPECTOS PSICOLÓGICOS

Tendo-se em vista que o Direito de Família lida diretamente com pessoas, e cada qual com suas peculiaridades, é imprescindível que se tenha conhecimento acerca do funcionamento mental e da dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações sociais, visando à diminuição de possíveis equívocos. Razão pela qual, o Direito se perfaz dos saberes técnicos advindos de outras ciências, que por meio de seus profissionais (médicos, psicólogos, psiquiatras, e sociólogos, dentre outros) auxiliam significativamente na consecução de tal fim, sobretudo quando se considera a escalada das desuniões e as questões consentâneas à reorganização familiar, dentre as quais se destaca, com particular relevância, a guarda dos filhos menores.

Isso porque, a partir da ruptura conjugal, os filhos, não obstante sejam subitamente privados do relacionamento cotidiano com ambos os genitores, passam a um plano secundário, servindo como objeto de disputa entre os ex-cônjuges, os quais, por sua vez, geralmente são incapazes de vencer suas diferenças e dificuldades. O que faz gerar nefastos efeitos aos menores – uma vez que estes reagem, via de regra, com raiva, medo, depressão ou culpa, experimentando, ainda, sentimentos de rejeição e baixa auto-estima – e exige uma reestruturação dos relacionamentos afetivos outrora vigentes, reajustados, agora, às demandas das famílias monoparentais.

> Não nos é forçoso concluir que por muitas vezes, **os filhos são tidos pelos pais, como alvo de disputa, quando então a vida em comum já chegou ao nível da insuportabilidade**. E, como se não bastasse, a razão desta disputa, não por poucas vezes se dá, não exclusivamente pelo amor do filho, mas, sim por ser esta, a via eleita como principal meio de afligir o antigo amor. **Daí, os protagonistas não medem esforços e nem conseqüências para, através da criança, atingir negativamente o seu alvo: ferir o antigo companheiro**. Seja pela ação, ou pela omissão**. A arma, então estrategicamente utilizada**

> **passa a ser o filho**, que por vezes, é ocultado pela mãe, quando é dia de visita do pai, ou costumeiramente pior ainda, quando é dia de visita da mãe por direito, quando o pai (muitas vezes traído) detém a guarda. **Através desta arma de ofender o outro, o ofensor não tem sequer a consciência, daquele que está realmente sendo ofendido: o filho".** [16]

Em meio a este campo de batalha, onde a criança é esquecida como "gente", como "ser humano", como "agente necessitador de cuidados constantes", "como ser frágil e tão pequeno que passou despercebido" para se tornar poderosa arma de ataque, cujo alvo certeiro é o coração do genitor não-detentor, de sua estima e até mesmo da sua moral, os adultos vis, esquecem-se de que através desta guerra de orgulho, aqueles que num consenso de amor construíram aquela vida, agora a destroem, aos poucos, da maneira mais dolorosa possível.

Bastaria dizer que a ausência do outro, no afeto da criança e na construção do seu mundo, por si só, é fato cruel o bastante para marcá-la a ferro e fogo, deixando na sua alma cicatrizes indeléveis. Mas, além disso, o fato de o detentor da guarda proferir ideais negativos em relação ao ex-cônjuge, na mente da criança, traz para esta, a possibilidade de desenvolver as mais diversas patologias, conhecidas no meio psicoterápico como síndromes parentais.

> **A cada vez que a criança vê, extenuar o seu ídolo, (pai ou mãe) é como se uma parte dela se findasse para nunca mais retornar, como se o seu "eu" fosse tão frágil, que a sua vontade de viver chega ao ponto de comprometimento. Em que pese todas os adjetivos negativos reais do pai não detentor da guarda, para a criança, seu pai, ou sua mãe é um forte seguimento seu, não há como cindir, trata-se de um ser amalgamado, duas almas num só seguimento. Portanto as palavras pejorativas ditas e impregnadas na alma da criança, vinda daquele que detém sua guarda, podem produzir efeitos mediatos, ou imediatos.** Estes, podem por vezes se exteriorizar como perda de apetite, ou o inverso, sono perturbado, choro inconsistente, desinteresse pela escola, práticas diferenciadas pelas busca incessante de satisfação como a necessidade de acariciar o próprio corpo, principalmente a área genital, dislexia, distúrbios da fala, incapacidade, irritabilidade, déficit de concentração, desmotivação, incapacidade de administração dos focos de tensão, enfim todo um quadro em que a psiquiatria infantil aborda como sendo uma das mais comprometedoras das patologias". [17]

E uma vez não monitorados pelos profissionais especializados, sob a perspectiva da terapia de psico-adaptação, tais quadros poderão de maneira indireta se vir a gerar conseqüências mais nefastas, como a dependência química, os distúrbios

---

[16] GRISARD FILHO, Waldir. **Não faça de seu filho uma arma.** O Estado do Paraná. Curitiba. Caderno Direito e Justiça. 03/05/1998. Destacou-se.

[17] CURY, Augusto Jorge. **Inteligência multifocal**. São Paulo: Cutrix. 1998. p. 232. Destacou-se.

psíquicos da mente e da emoção, ou até mesmo profundos distúrbios crônicos de comportamento. Em meio a essa celeuma, detectada cotidianamente no empirismo dos operadores de um dos campos mais sensíveis do direito, que é o direito de família, ousa-se a uma tentativa de se amenizar o sofrimento daqueles menores envolvidos no desmoronamento familiar: a guarda compartilhada.

Assim, para os filhos menores, a dissolução conjugal apresenta um aspecto positivo e outro negativo. O aspecto positivo se consiste na redução do conflito parental; o aspecto negativo na diminuição da disponibilidade de relacionamento com o genitor que deixa de morar com a família, culminando com uma impressão de "abandono" e, na medida em que a guarda é sistematicamente deferida à figura materna, os pais tornam-se progressivamente indisponíveis a seus filhos.

Quando há o compartilhamento das responsabilidades parentais, os pais "aprendem a ser pais" no transcorrer do relacionamento com seus filhos, acarretando resultados altamente positivos para toda a família, mesmo após a dissolução conjugal.

É imperioso, portanto, que haja um modelo de guarda que garanta um relacionamento harmonioso da co-parentalidade, e minimize as perturbações psicoemocionais advindas da ruptura, pois é fundamental que os filhos sintam que existe lugar para eles na vida de seus pais, e que estes confirmem a manutenção dos vínculos afetivos, para minorar a maior preocupação que a dissolução conjugal suscita nos menores: o medo de perder seus genitores.

Dessa feita, tem-se que a guarda compartilhada reflete um intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, ao aumentar a disponibilidade para com os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia e melhora o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na criação e educação de seus filhos.

Sob seu prisma psicológico, entretanto, torna-se necessário promover a distinção entre a guarda compartilhada jurídica e a física/jurídica, pois há divergência doutrinária acerca da unicidade e/ou duplicidade de lares, quando da sua adoção.

A respeito da guarda compartilhada jurídica, consoante aos argumentos expostos anteriormente, trata-se do compartilhamento dos direitos-deveres sem a existência da imediatidade ou fiscalização, tendo sempre o menor um domicílio fixo como referencial, pois, segundo os defensores dessa corrente, a criança ou adolescente, deve evitar grandes alterações em sua vida e rotina, mudando apenas o imprescindível,

não podendo, portanto, possuir dois lares, uma vez que tal fato lhe traria certa instabilidade [18].

Contudo, na guarda compartilhada jurídica/física, tem-se que o menor também terá dois lares distintos. Assim, eis a opinião do psicólogo Lino de Macedo:

> **A criança é extremamente flexível. Rapidamente ela assimila as diferenças entre a casa do pai e a da mãe. Mesmo quando as regras não são exatamente as mesmas, ela sabe o que pode e o que não pode, diz. O fato de ter duas casas, segundo ele, às vezes até ajuda a criança a concretizar a nova situação.** Até os dez anos, a criança tem necessidade da expressão física dos acontecimentos. Ela tem dificuldade de elaborar internamente que o pai se separou da mãe, mas não dela, que, apesar de não morar na mesma casa, ainda a ama. Então, ter um lugar seu na casa e no dia-a-dia do pai concretiza esse amor, explica. [19]

Outro defensor dessa corrente é o psicólogo Evandro Luis Silva, que em seu estudo intitulado "Dois lares é melhor do que um", reforça a possibilidade da guarda compartilhada jurídica/física, ao passo que refuta a guarda unilateral atribuída à mãe, com os seguintes argumentos:

> **Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco**. O referencial a não ser perdido é o dos pais. **A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir à criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono.** Vimos que normalmente os argumentos em prol da guarda exclusiva da mãe giram em torno das dificuldades que a criança teria em adaptar-se a duas casas, e da necessidade de que ela tenha um referencial de lar. **No entanto, não há qualquer fundamentação técnica para tais suposições.** Uma única tentativa que vimos repetidas várias vezes em processos judicias ou teorias psicológicas a respeito do assunto, foi uma alusão de Françoise Dolto, com uma citação de seu livro 'Quando os pais se separam'. Nesse livro, a autora discorda com a guarda compartilhada estabelecida em dois casos, na França. Um, porque o pai morava no Norte daquele país e a mãe ao sul, A criança passaria meio ano letivo com cada progenitor. No segundo caso, o pai morava numa cidade e a mãe em outra, distantes, e a criança alternaria metade da semana com cada genitor. Em ambos os casos a criança teria dois colégios, e não criaria vínculos afetivos. (...); na guarda compartilhada, com alternância de casas, tais comportamentos não acontecem ou são muito reduzidos; as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico; por fim, acreditamos que uma separação que atenda às necessidades dos filhos - contato freqüente com ambos os pais - traria os seguintes benefícios:
> * diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.);
> * melhoria na qualidade de vida;

---

18 Nesse sentido: GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., 2000., p. 146.

19 ISTO É. Op. cit.,06/02/02, p. 58. Destacou-se.

> * menor custo num processo judicial. Com um saber estabelecido, evitar-se-ia uma quantidade grande de perícias e diminuir-se-ia a morosidade do processo;
> * diminuição da gravidez na adolescência;
> * diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;
> * diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes;
> * diminuição da evasão escolar;
> * diminuição de problemas emocionais ou comportamentais;
> * diminuição de prisões de menores. [20]

Nesse estudo, Evandro Luis Silva procura também apontar, ao contrário do que pensa a maioria das pessoas, que a criança tem capacidade desde muito cedo para se relacionar com o mundo externo, ao asseverar que:

> Segundo Melanie Klein – psicanalista pioneira no tratamento de crianças e cujas teorias, juntamente com as de Freud, servem de base para todo um campo, o psicanalítico, na compreensão da mente e na análise –, **a criança de um ano de idade já pode e deve afastar-se do lar, ter outras relações, freqüentar jardins de infância, criar outros vínculos. Já possui condições internas para isso. É possível e importante afastar-se da mãe, pois é assim que a criança consegue saber internamente que as situações boas e ruins desaparecem e voltam**: **pernoitar em outra casa, ficar todo o dia numa escolinha etc**. [21]

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a psicanalista Arminda Aberastury faz o seguinte comentário:

> **Já na Segunda metade do primeiro ano, a criança precisa explorar o mundo e, além disto, distanciar-se da mãe. Esse distanciamento é essencial para que a criança possa experimentar o estranho, desenvolver os seus mecanismos de defesas e enfrentar os conflitos inerentes às fases do desenvolvimento.** Segundo Freud, o movimento da criança para além do lar e em direção ao mundo exterior vai propiciar ao ego desenvolver meios adequados para fazer frente às ansiedades atinentes àquele momento e modificá-las. Freud considera que a partir de um ano de idade as crianças começam a entender que as pessoas vão e voltam; que os pais saem para trabalhar e depois retornam; que elas vão à escola e depois voltam para casa etc. Tratam-se de situações essenciais para o bom desenvolvimento das crianças. **Ou seja, vão se adaptando diante das exigências do seu meio. Por conseguinte, não podemos evitar as frustrações da criança, pois estas são inevitáveis e as ajudam a enfrentar os seus sentimentos**, porquanto a própria experiência de que a frustração é superável pode fortalecer o ego, e **faz parte da atividade do pesar que serve de apoio à criança no seu esforço para eliminar a depressão.** [22]

Por derradeiro, Evandro Luis Silva arremata dizendo:

---

[20] SILVA, Evandro Lins. **Dois lares é melhor que um.** Disponível em :<hptt://www.pailegal.net> Grupo PAI Legal. Acesso em 11/09/03. Destacou-se.

[21] Idem. Destacou-se

[22] Idem.

> Arminda Aberastury afirma a importância do fato de o bebê ou de a criança pequena ir se acostumando com as necessidades dos pais. 'A vida de uma criança não pode anular a dos pais'. **Se os seus pais agora terão casas separadas, também os filhos, consequentemente, terão duas casas, pois não é por causa da separação que se deixou de ser pai ou mãe**. Por ser inevitável que cada um tenha uma casa, temos de permitir que a criança se adapte a essa nova situação. **Assim vejo que se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra 'visita' já é por si só restritiva, e o progenitor que detém a guarda já será legalmente considerado 'mais importante', já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro. Logo, mesmo em litígio, a guarda compartilhada - em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos. Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo**, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc. [23]

Como se não bastasse, saliente-se que a guarda compartilhada eleva o grau dos pais e elimina, sobretudo, o conflito de lealdade decorrente da necessidade de escolha do menor por um dos seus dois genitores. Isto porque os filhos querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro [24]. E seria uma escolha muito dolorosa, para a criança, perguntar a ela com quem gostaria de morar. Os filhos não querem responder a esta pergunta porque sabem que escolhendo o pai ou a mãe o outro sempre ficará magoado [25].

## 4 A APLICABILIDADE DA LEI NO DIA-A-DIA DAS FAMÍLIAS

A principal idéia da Lei da Guarda compartilhada é única e exclusiva a de auxiliar em uma busca de melhor qualidade do desenvolvimento dos filhos, atentando-se ao bem estar das crianças que convivem com a triste realidade de ter pais e mães separados.

Em pesquisa realizada no site "Pai Legal", constatou-se a demonstração dos fatores favoráveis a medida:

---

[23] Idem.

[24] TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio.** São Paulo: Nobel. 1995. p. 147.

[25] MAYRINK, José Maria. **Filhos do Divórcio.** São Paulo: EMW.1984. p. 94.

> Além de ter de pagar a pensão, um pai pode ser obrigado a participar ativamente da formação educacional de seu filho. "O juiz vai examinar cada caso e decidirá de acordo com o interesse do menor", disse Torres.
> Outra possibilidade prevista no projeto é o filho passar um período sob responsabilidade do pai e outro sob guarda da mãe. Na opinião do vice-presidente da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), Roberto Bacellar, esta nova proposta de guarda dos filhos de pais separados representa resultados positivos para o desenvolvimento das crianças.
> (...) a guarda compartilhada divide as responsabilidades e decisões quanto à vida material, educacional, social e ao bem-estar dos filhos. "A aprovação deste projeto é um exemplo de que as mudanças legislativas no país têm acontecido depois que a jurisprudência já reconheceu certos direitos", afirmou. [26]

Deste modo a vida na prática dos filhos será diferente da tida anteriormente, razão pela qual muitas crianças não enfrentaram problemas sofridos no passado.

Ainda em conformidade com o texto pesquisado, existe a afirmação de que de acordo com dados AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), informando que muitos juízes entendem que a guarda compartilhada pode ser a melhor opção para a formação dos filhos de pais separados, e traz a seguinte Roberto Bacellar em seu texto, onde o mesmo diz que "se existir uma relação sadia entre pai e mãe, o filho pode ter uma condição de maior conforto e atenção de ambas as partes, além de melhor qualidade de vida".

Assim, ao sopesar os prós e contras da guarda compartilhada, constata-se que as críticas ao novo modelo não podem ser tidas como absolutas, mormente quando se tem presente, inafastavelmente, que o interesse do menor (critério determinante de atribuição da guarda), bem estar físico e emocional, não mais se prossegue apenas com a guarda unilateral, sendo portanto a guarda compartilhada uma saída que deve ser aceita e colocada na prática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, em suma, a conclusão plausível é a de que o instituto da guarda compartilhada foi favorecido por um contexto histórico, em que 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 exigiram, e como de fato ainda exigem, um novo entendimento acerca do que abrangeria o melhor interesse do menor, quando da separação de seus pais.

---

[26] Pai Legal.net. **Guarda Compartilhada Busca a Qualidade do Desenvolvimento dos Filhos.** Disponível em: http://www.pailegal.net/fatiss.asp?rvTextoId=1206708839. Acessado em 20.06.2008

Surgindo este novo paradigma, pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial, sendo um plano mais útil, cuidadoso e justo aos “filhos do divórcio”, na medida em que equilibra a necessidade do menor em possuir uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a diminuição dos conflitos parentais e a recomposição dos embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma dissolução conjugal.

Além do mais o compartilhamento da guarda não implica, necessariamente, na partição da guarda física, devido à preocupação de se evitarem prejuízos à saúde emocional e mental do menor. Assim sendo, inexiste obste para a guarda compartilhada, ainda que seja em dois lares distintos, conquanto esta obedeça à quatro critérios já delimitados anteriormente.

O Novo Código Civil não trouxe inovações no que tange à guarda compartilhada, razão pela qual fora sancionada a Lei nº. 11.698, de 13 Junho de 2008, alterando os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, para melhor atender os anseios da sociedade brasileira atual.

É evidente que a guarda compartilhada não é uma solução acabada e perfeita a ponto de ser aplicada em toda e qualquer dissolução conjugal, uma vez que nem a família original está imune a erros, limitações e dificuldades, o que implica em dizer que não há, independentemente do modelo a ser adotado, nenhuma previsão, tampouco uma garantia de efetividade absoluta na definição de guarda, seja pelo pais, seja pelo magistrado, ou ainda, pelos profissionais que atuam no caso concreto, pois inexiste um plano de cuidado parental que não traga efeitos colaterais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


AMARAL, José Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio.** Lisboa: Cosmos. 1997.

BARRETO, Vicente. **A Nova Familia:** Problemas e Perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=56>.

CURY, Augusto Jorge. **Inteligência multifocal**. São Paulo: Cutrix, 1998.

DOUTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: RT, 2000.

GRISARD FILHO, Waldir. **Não faça de seu filho uma arma**. O Estado do Paraná. Curitiba. Caderno Direito e Justiça. 03.05.1998.

Jornal *On Line* "O Globo". Disponível em http://oglobo.globo.com/vivermelhor/mat/2008/06/16/guarda_compartilhada_pais_contam_os_dias_para_pedir_revisao_de_acordos-546832800.asp. Acessado em 20.06.2008.

LEITE, Eduardo de Olivera. **Família Monoparientais**. São Paulo: RT, 1997.

MAYRINK, José Maria. **Filhos do Divórcio**. São Paulo: EMW, 1984.

MONTEIRO. Washington de Barros. **Direito de Família.** 36. edição. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

Pai Legal.net. **Guarda Compartilhada Busca a Qualidade do Desenvolvimento dos Filhos.** Disponível em: http://www.pailegal.net/fatiss.asp?rvTextoId=1206708839. Acessado em 20.06.2008.

PELUSO, Cezar. **O menor na separação**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJSP). n.º 80.

SILVA, Evandro Lins. **Dois lares é melhor que um**. Disponível em: <hptt://www.pailegal.net> Grupo PaiLegal. Acesso em 11.09.2003.

SILVA, Chico; LOBATO, Elaine; MORAES, Rita. **Entre dois Amores**. ISTO É. São Paulo: 06/02/02, n.: 1688.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.