

FLÁVIO AUGUSTO DE OLIVEIRA RIBEIRO SANTOS

O DIREITO DA PERSONALIDADE DOS FILHOS À GUARDA COMPARTILHADA

MARINGÁ – PR

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ

FLÁVIO AUGUSTO DE OLIVEIRA RIBEIRO SANTOS

O DIREITO DA PERSONALIDADE DOS FILHOS À GUARDA COMPARTILHADA

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Ciências
Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá.
Orientadora: Profª Drª Valéria Silva Galdino.

MARINGÁ – PR

2006

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Direitos da Personalidade

TÍTULO: Direito da personalidade dos filhos à guarda compartilhada

AUTOR: Flávio Augusto de Oliveira Ribeiro Santos

PROF^a DR^a VALÉRIA SILVA GALDINO – Presidente

PROF. DR. JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA – 1º Membro

PROF^a. DR^a. SÔNIA LETÍCIA DE MELO CARDOSO – 2º Membro

DATA: 27 de dezembro de 2006.

NOTA / CONCEITO: 8,5 (oito e meio) / Conceito **B.**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, em primeiro lugar, a meu pai, José dos Santos (*in memoriam*), eterno exemplo para todos os aspectos de minha vida pessoal e profissional.

Impõe-se, de outro lado, dedicá-lo a minha esposa, Graziela Ribeiro Santos, cujo amor e companheirismo inspiram, na mesma intensidade, meus passos acadêmicos e pessoais, e de cuja companhia tantas horas me foram roubadas pela realização deste estudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela inigualável oportunidade de viver, estudar, trabalhar, enfim, de desfrutar de todos os bens que o estar no mundo pode nos oferecer.

Agradeço, também, à minha mãe, Terezinha de Oliveira Santos, pelo incansável apoio material e emocional sem o qual me teria sido impossível concluir as linhas que se seguem.

E, por fim, mas não com menos fervor, agradeço à Professora Doutora Valéria Silva Galdino, pela paciente e preciosa transmissão de conhecimentos e de padrões de conduta intelectual.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a estudar a guarda compartilhada, através da compreensão de sua posição frente aos institutos jurídicos da guarda em geral, do poder parental e do dever do genitor não detentor da guarda de prestar alimentos aos filhos menores. Apresentado esse contexto, conceitua-se a guarda compartilhada, demarcando sua origem, para, então, discorrer sobre sua aplicação durante os mais de oitenta anos de vigência do Código Civil brasileiro de 1916. Estuda-se, também, a aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico vigente no Brasil, mormente no que tange ao Código Civil instituído pela Lei 10.406/2002. Disserta-se, então, sobre os principais caracteres do Projeto de Lei número 6.350, também de 2002, que pretende tornar a guarda compartilhada expressa no Direito pátrio, na qualidade de alternativa preferencial em casos de separação judicial ou divórcio. Em seguida, expõe-se o individualismo, isolamento e insensibilidade a que tem sido conduzido o ser humano na sociedade pós-moderna; e, em consequência, a desagregação familiar característica da atualidade, com seus efeitos sociais negativos. Tenta-se, aqui, demonstrar que a guarda compartilhada, na medida em que preserva laços familiares, contribui em muito para uma nova inserção do ser humano em sociedade. A seguir, são abordadas as circunstâncias psicológicas envolvidas quando da separação de um casal, principalmente a profunda frustração que se impõe aos cônjuges, por verem fracassado um projeto de vida em comum, e os danos psíquicos causados aos filhos que, diante da separação dos pais, se vêem obrigados a perder quase que inteiramente a convivência com um dos genitores. Neste ponto, igualmente, indica-se a guarda compartilhada como instrumento para se manter a harmonia entre cônjuges separados e a convivência entre pais e filhos, evitando desgaste psicológico. Por fim, trata-se dos direitos da personalidade no Direito pátrio, com ênfase na sua proteção tanto em termos de prevenção quanto de reparação patrimonial. E, encerra-se por caracterizar a guarda compartilhada como um instrumento jurídico hábil a promover o pleno exercício, por parte dos filhos menores de casais separados, do direito da personalidade que possuem à integridade psíquica e a uma convivência familiar equilibrada, dentro do princípio da dignidade humana, previsto pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade; Família; Psicologia; Direito; Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

The present work is proposed to study the shared guard, through the understanding of its position front to the legal institutes of the guard in general, the parental power and the duty of the genitor who detains the guard not to give foods to the lesser children. Presented this context, it is appraised shared guard, demarcating its origin, for, then, discoursing more than on its application during the eighty years of validity of the Brazilian Civil Code of 1916. The applicability of the shared guard in the effective legal system in Brazil is also studied, mainly in what it refers to the Civil Code instituted by the Law 10.406/2002. Then, there's an exposition on the main characters of the Project of Law number 6.350, also of 2002, that it intends to become the shared guard express in the native Law, in the quality of preferential alternative in cases of judicial separation or divorce. After that, one exposes the individualism, isolation and insensibility where has been lead the human being in the after-modern society; and, in consequence, the characteristic familiar disaggregation of the present time, with its negative social effect. It is tried, here, to demonstrate that the shared guard, in the measure where it preserves familiar bows, contributes in very for a new insertion of the human being in society. To follow, the involved psychological circumstances when of the separation of a couple are boarded, mainly the deep frustration that if impose to the spouses, for seeing failed a life project in common, and the psychic damages caused to the children who, ahead of the separation of the parents, almost entirely lose the opportunity to live together with one of the genitors. In this point, equally, the shared guard is indicated as an instrument to keep the harmony between separate spouses and living together between parents and children, preventing psychological consuming. Finally, one is about the rights of the personality in the native Law, with emphasis in its protection in such a way in terms of prevention as well as patrimonial repairing. And, it is locked in for characterizing the shared guard as a skillful legal instrument to promote the full exercise, by the lesser children of separate couples, of the right of the personality that they possess to the psychic integrity and a balanced familiar living together, inside of the beginning of the dignity human being, foreseen for the Federal Constitution.

KEY-WORDS: After-modernity; Family; Psychology; Law; Shared Guard.

“Os conflitos em família são resolvidos, habitualmente, pela lei do amor”.

Mahatma Gandhi

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DOS INSTITUTOS JURÍDICOS BÁSICOS RELACIONADOS À GUARDA COMPARTILHADA.....	14
1.1 DA GUARDA EM GERAL.....	14
1.2 DO PODER FAMILIAR.....	20
1.3 DA PENSÃO ALIMENTÍCIA.....	26
2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	30
2.1 DO CONCEITO E LINHAS GERAIS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	30
2.2 DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO ANTERIOR AO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	35
2.3 DA GUARDA COMPARTILHADA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	41
2.4 DO PROJETO DE LEI NÚMERO 6.350, DE 20 DE MARÇO DE 2002.....	49
3. DOS FUNDAMENTOS SOCIOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	52
3.1 DA PÓS-MODERNIDADE E INDIVIDUALISMO.....	52
3.2 DA DISSOLUÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES NO ATUAL CONTEXTO SOCIAL.....	60
3.3 DA GUARDA COMPARTILHADA COMO TENTATIVA DE SE MANTEREM VÍNCULOS AFETIVOS.....	64
4. DOS FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	69
4.1 DOS EFEITOS PSICOLÓGICOS, PARA OS CÔNJUGES, DA SEPARAÇÃO OU DO DIVÓRCIO.....	69
4.2 DA DISSOLUÇÃO DA FAMÍLIA E INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DOS FILHOS MENORES.....	71
4.3 DA GUARDA COMPARTILHADA E MANUTENÇÃO DA ESTABILIDADE EMOCIONAL DOS ENVOLVIDOS.....	80
5. DO DIREITO DA PERSONALIDADE DOS FILHOS À GUARDA COMPARTILHADA.....	83
5.1 DAS NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	83
5.2 DAS LINHAS INTRODUTÓRIAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ATUAL DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	86
5.3 DA GUARDA COMPARTILHADA E A PROTEÇÃO AO DIREITO À INTEGRIDADE PSICOLÓGICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	88

CONCLUSÕES.....	97
REFERÊNCIAS.....	106
ANEXOS.....	124
ANEXO I – PROJETO DE LEI NÚMERO 6.350, DE 20 DE MARÇO DE 2002. . .	125
ANEXO II – PARECER DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, ACERCA DO PROJETO DE LEI NÚMERO 6.350, DE 20 DE MARÇO DE 2002.	130

INTRODUÇÃO

A sociedade atual se caracteriza, entre diversos outros traços, pela instabilidade emocional dos indivíduos. A chamada pós-modernidade trouxe, em seu bojo, uma competitividade nunca antes vivida, em diversos campos da vida humana.

A constante busca pelas conquistas materiais, pela “comodidade” que os dias atuais podem oferecer, tem afastado o ser humano de valores até então considerados importantes, tais como o afeto, a sensibilidade e a convivência social.

Inevitavelmente, essa inversão de prioridades atingiu a família, que, anteriormente, tida como célula geradora das mais essenciais relações do gênero humano, passou a ter como foco questões meramente patrimoniais e reprodutivas.

Encontra-se, aí, uma preocupação, estrada pela qual se pode seguir rumo à reconstrução da parentalidade como formadora de cidadãos aptos a fazerem da vida um ciclo de perene progresso, individual e coletivo.

Afetiva, democrática, indelevelmente destinada à preservação e ampliação da dignidade humana, em sua integralidade, esta é a almejada nova família. Cônjuges e prole solidificando laços sentimentais e de amizade que jamais deveriam ser desfeitos, mesmo em se acatando a separação formal entre aqueles.

Trata-se de contexto necessário à proteção da própria dignidade humana, envolvendo, em patamar altamente significativo, a defesa legal dos chamados direitos da personalidade, quais sejam aqueles inatos à pessoa humana.

A defesa desses direitos ganha relevância junto à doutrina, à jurisprudência e aos mais diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Exemplo disso é o espaço dedicado ao tema no novo Código Civil brasileiro, que, na visão de vários de seus comentadores, protege, nessa categoria de direitos, a integridade não só física, mas também psicológica dos cidadãos brasileiros.

Portanto, e tendo em vista que integridade psíquica do ser humano é, em boa parte, gerada e conservada por relações saudáveis e equilibradas entre pais e filhos, instrumentos legais destinados a defender essas relações contribuirão fortemente para sustentar aquela integridade.

Eis a principal razão pela qual se propõe este estudo, voltado à guarda compartilhada, na qualidade de método jurídico para se manterem os laços entre pais separados e seus filhos, com vistas à defesa dos direito da personalidade que estes têm à sua integridade psicológica e desenvolvimento social.

Isto posto, a demonstração dos resultados da pesquisa será efetivada em cinco partes distintas. Na primeira, são analisados os três institutos gerais do Direito de Família que se relacionam diretamente à guarda compartilhada.

O primeiro é o da guarda em geral, cujo estudo tem como foco seu conceito, características fundamentais e espécies, além do conteúdo dos principais dispositivos do atual Código Civil brasileiro que lhe dão tratamento.

O segundo vem a ser o poder familiar, avaliado através de seu conceito, da importância de seu exercício por ambos os pais, dos direitos que o compõem e das linhas gerais que lhe são traçadas pelo Direito positivo nacional; reconhecendo, ainda, na guarda compartilhada uma via de sustentação de seu exercício compartilhado, em face da separação judicial ou divórcio de seus titulares.

E, em terceiro lugar, são tecidas algumas considerações em torno da obrigação alimentar no ordenamento civil vigente no país, bem como sobre o modo como se deve posicionar a questão dos alimentos na guarda compartilhada.

Na segunda parte desta dissertação, é trazida a exposição dos fundamentos jurídicos da guarda compartilhada no Direito Civil brasileiro, hodiernamente em vigor.

Começa-se por conceituar tal modalidade de guarda, expondo brevemente suas origens e características básicas. Prossegue-se, então, por sua aplicação no Brasil na vigência do Código Civil de 1916. Em seguida, expõe-se suas possibilidades de implementação sob a égide do vigente Código Civil, passando-se, em conclusão a esta parte inicial, ao Projeto de Lei número 6.350/2002, que tornaria a guarda compartilhada expressa no novo Código Civil brasileiro.

Já, na terceira parte, expõem-se, de início, as circunstâncias psicológicas que envolvem a separação de um casal, e se tenta demonstrar as conseqüências da dissolução da unidade familiar para pais e filhos, finalizando com posição da guarda compartilhada na tentativa de manutenção da unidade afetiva entre os membros da família dissolvida.

Segue-se, através da quarta parte deste trabalho, traçando-se um painel das circunstâncias sociais da atualidade, buscando evidenciar o modo como a pós-modernidade instalou entre nós uma doutrina de tamanho individualismo que levou a uma alarmante instabilidade da instituição familiar, e como a guarda compartilhada, combatendo essa instabilidade, pode contribuir para uma nova ordem social.

E, no quinto e último segmento em que se divide este estudo, trata-se dos direitos da personalidade, categoria que vem assumindo grande espectro jurídico, e

que, por envolver a proteção aos aspectos psicológicos do ser humano, representa o quadro em que se pretende inserir o direito dos filhos à guarda compartilhada.

Poder-se-ia dividir esta exposição em um número maior de itens e subitens, o que, contudo, não se fez especialmente para preservar a simetria na distribuição do conteúdo.

Em termos de problematização do tema, pode-se afirmar que a presente dissertação se propõe a responder a algumas questões principais, sendo a primeira a completa caracterização da guarda compartilhada, suas origens e contornos atuais.

Questiona-se, outrossim, como se deu a aplicação concreta da guarda compartilhada na vigência do Código Civil de 1916, e como pode ocorrer, de acordo com a legislação vigente, a implementação prática da guarda compartilhada, englobando, na seqüência, o conteúdo do Projeto de Lei número 6.350/2002, e a maneira pela qual sua entrada em vigor pode colaborar com o Direito de Família no Brasil.

No setor do texto dedicado aos fundamentos sociológicos da guarda compartilhada, problematiza-se a situação do ser humano, individualmente considerado, na sociedade atual, e a influência das aflições advindas dessa situação em seu comportamento familiar.

Considera-se, ainda, de que maneira a guarda compartilhada pode colaborar com a melhora nas condições sociológicas do indivíduo contemporâneo, por meio do fortalecimento de seus laços sociais baseados na família.

Outro problema proposto é o de se definir quais são as circunstâncias psicológicas que envolvem a separação de casais, quais são suas conseqüências para o casal e seus filhos menores, e como a guarda compartilhada pode amenizar tais efeitos.

E, no que tange aos direitos da personalidade, pode-se estabelecer como problemas principais sua delimitação e proteção no atual direito brasileiro, atentando-se para a maneira pela qual a guarda compartilhada poderia atender a um direito da personalidade dos filhos menores de casais separados; atendendo, ainda, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Alcançando-se respostas satisfatórias a tais questões, ter-se-á abrangido tema de relevante importância na atualidade, uma vez que, diante do crescente isolamento emocional e psicológico a que os indivíduos de todas as idades vêm

sendo submetidos na chamada pós-modernidade, a guarda compartilhada pode oferecer, nos termos propostos no texto que se segue, uma via de fortalecimento de laços familiares sólidos, vitais para o desenvolvimento e a felicidade humana.

Juridicamente, o tema ganha vulto com base na estreita ligação, a qual se pretende deixar patente, entre os efeitos da guarda compartilhada sobre a vida dos filhos e o direito da personalidade destes à integridade psíquica, sem perder de vista a dignidade dos menores como seres humanos.

Justificada, portanto, a importância do tema, saliente-se que o objetivo do trabalho ora apresentado não é, de modo algum, o de esgotar assunto tão vasto quanto a guarda compartilhada e as relações familiares em que se insere, mas, tão somente, levantar as primeiras linhas de um incentivo a que o tema continue a ser estudado, e novas contribuições possam surgir para o aprofundamento desse campo do Direito Civil.

1. DOS INSTITUTOS JURÍDICOS BÁSICOS RELACIONADOS À GUARDA COMPARTILHADA

1.1 DA GUARDA EM GERAL

A guarda de filhos, em termos gerais, é a primeira figura jurídica a ser analisada para que se tenha clara fundamentação acerca da guarda compartilhada, objeto do estudo que ora se inicia.

Usualmente, define-se a guarda como “*um instituto jurídico pelo qual os pais recebem do Estado e da coletividade a missão superior de cuidar dos filhos, protegendo-os de riscos de qualquer natureza e estabelecendo limites de atuação*”.¹

O jurista Flávio Guimarães Lauria visualiza na guarda uma gama de direitos e deveres de grande abrangência, externando o entendimento que abaixo se transcreve:

*A guarda consiste num complexo de direitos e deveres que uma pessoa ou um casal exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde. Bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.*²

O doutrinador José Antônio de Paula Santos Neto apresenta, de sua parte, conceito assaz interessante, emitido como se segue:

*É um complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.*³

Não se pode, como adverte Joecy Camargo, confundir guarda com poder familiar, ou pátrio poder, figura jurídica a ser tratada mais adiante:

O instituto da guarda implícito no texto constitucional vem assegurar a toda criança o direito de ter um guardião a protegê-la, prestando-lhe toda assistência na ausência dos genitores, porém não se confunde com o pátrio poder. Apesar de ser a essência deste, nele

¹ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. São Paulo: LTr, 2003, p. 1064.

² LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 62.

³ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

*não se esgota, pois a guarda pode ser exercida isoladamente e o pátrio poder pode existir sem a guarda.*⁴

Para evitar tal confusão, Maria Helena Diniz, de maneira objetiva, associa a guarda à companhia física dos filhos, como corolário do poder familiar:

Guarda de filhos. *Direito Civil. Direito-dever dos pais de ter seu filho em sua companhia, por serem detentores do pátrio poder.*⁵

De fato, trata-se de um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, de maneira igualitária, mas sempre com vistas ao interesse de preservação e desenvolvimento dos filhos menores, e da própria unidade familiar.

A preocupação com o interesse do menor no âmbito familiar passou a ter destacada relevância com a Constituição Federal de 1988, conforme Pedro Augusto Lemes Carcereri:

*Outrossim, a regulamentação da guarda dos filhos não leva em consideração outros direitos senão aqueles inerentes aos próprios menores, em atenção a teoria da proteção integral da criança e do adolescente, respaldada pela própria Constituição Federal (art. 227, "caput"). Por conseguinte, eventuais direitos conferidos aos genitores não podem prevalecer em detrimento dos interesses dos menores, inclusive quando da fixação do regime de guarda e do direito de visitas.*⁶

Tão focada é a guarda no melhor interesse do menor que, segundo entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça, a mesma pode e deve ser alterada a qualquer tempo, buscando-se a integridade dos laços afetivos entre pais e filhos.⁷

⁴ CAMARGO, Joecy. **Guarda e responsabilidade.** In WAMBIER, Tereza Arruda Alvim & LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenadores). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais.** Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 246.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 692.

⁶ CARCERERI, Pedro Augusto Lemes. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil.** Documento disponível na *internet*, através do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=526>, acessado em 21/12/2006, às 03:36 horas.

⁷ Aos pais, com ampla liberdade de visitação, está dada a oportunidade de promoverem a transferência da guarda sem maiores transtornos ou prejuízos para o filho, de maneira espontânea, criando laços afetivos, estimulando a convivência com o irmão natural e mostrando compreensão, tolerância, conquistando sem ruptura brusca o coração do filho gerado, e, com isso, ampliando os afetos e tornando natural o retorno ao seio da família natural (Recurso Especial 2005/0051346-1, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça; Relatora Ministra Carlos Alberto Menezes Direito; julgamento em 15/09/2005. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=poder+familiar&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=19>, acessado em 06/12/2006, às 13:07 horas).

Decisões nesses moldes vão de encontro ao princípio constitucional do melhor interesse do menor, trazido ao ordenamento brasileiro, segundo Suellen da Costa Perez, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

*O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe para o Direito de Família uma noção maior a respeito dos direitos dos filhos diante de uma dissolução da sociedade conjugal. Demonstra, através de seus princípios basilares, que, em qualquer situação que diga respeito à criança ou ao adolescente, deverá ser observado o melhor interesse dos menores, levando-se em consideração a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.*⁸

Esse princípio, abrigado no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, também se encontra, segundo Flávio Tartuce, no Código Civil vigente, e em documentos internacionais e nas discussões de integrantes do Poder Judiciário:

*Na ótica civil, 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. 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, pelo qual, no caso de 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 dos filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Congresso 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.*⁹

Historicamente, o tratamento à guarda de filhos surgiu com o Decreto número 181, de 1890, cujo artigo 90 estabelecia a situação dos filhos quando de eventual dissolução do casamento dos pais, carregando o seguinte conteúdo:

Art. 90. *A sentença de divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.*

⁸ PEREZ, Suellen da Costa. **Guarda compartilhada: sob o enfoque do melhor interesse do menor.** Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.apase.org.br/81012-soboenfoque.htm>, acessado em 29/12/2006, às 23:02 horas.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Documento disponível na internet, por meio do site http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc, acessado em 29/12/2006, às 19:33 horas.

Sobrevindo, alguns anos mais tarde, o Código Civil de 1916, tratou-se da guarda distintamente nos casos de separação judicial consensual e litigiosa. Sendo amigável a dissolução da sociedade conjugal, o artigo 325 determinava que os pais decidissem a respeito. Em havendo litígio, dever-se-ia observar a existência de culpa de um dos cônjuges na ruptura, bem como a idade e o sexo dos filhos, de modo a atender-lhes ao melhor interesse.

Atualmente, com o advento da Lei número 10.406, de 2002, que instituiu o Código Civil hoje vigente no país, deu-se trato à questão em capítulo específico, que vai do artigo 1.583 ao 1.590.

No artigo 1.583, dispõe-se que, em caso de separação judicial por mútuo consentimento ou divórcio direto consensual, será observado o acordo entre os cônjuges quanto à guarda dos filhos.

No dispositivo seguinte, se estabelece que, não havendo acordo quanto à guarda, esta será atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la, ainda que a pessoa diferente dos pais (parágrafo único), o que também se aplica, conforme o artigo 1.585, em sede de medida cautelar de separação de corpos, ou, ainda, quando se tratar de invalidade do casamento (artigo 1.587).

O artigo 1.586 permite ao juiz, havendo motivo grave, estabelecer a guarda de modo diverso do anteriormente previsto, enquanto que o artigo 1.588 garante ao pai ou à mãe que se casar novamente o direito de manter consigo os filhos.

E, a seguir, o artigo 1.589 prevê o chamado direito de visitas, através do qual o cônjuge a quem não foi outorgada a guarda dos filhos possa tê-los temporariamente em sua companhia.

Já, o artigo 1.590 estende as disposições anteriores, a princípio destinadas aos filhos menores, aos maiores incapazes, pelo fato de estes ainda manterem certo laço de dependência com os pais.

Nesse arcabouço jurídico, enxergam-se distintas modalidades de guarda, sendo a primeira a guarda comum, tida como aquela verificada na constância da união entre os pais, convivendo estes com seus filhos diária e diretamente.

Há, também, a guarda delegada, em que o Estado, através do Juízo da Infância e da Juventude, confere a guarda do menor a outro indivíduo que não o pai ou a mãe, para proteger o filho de efeitos negativos advindos de uma convivência direta desequilibrada com os genitores.

Divide-se, ainda, a guarda em originária, que compete aos pais, e derivada (ou desmembrada), quando exercida, por determinação judicial, por terceiro, seja pessoa física ou organismo vinculado ao aparelho estatal.

De outro lado, há a guarda provisória, quando se nomeia guardião ao menor em situação de separação ou divórcio em curso, ou de impossibilidade temporária de exercício pelos pais; e guarda definitiva, determinada de modo estável através do procedimento legal adequado.

Alguns doutrinadores, como Edgard de Moura Bittencourt, reconhecem como modalidade de exercício da guarda o que denominam guarda de fato:

É aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação. Desmembrada, mas não delegada, uma vez que inexistente controle nem avaliação sobre o guardião como sobre o menor. O vínculo jurídico que assim se estabelece, entretanto, só será desfeito por decisão judicial em benefício do menor.¹⁰

Entre as espécies de guarda especificamente idealizadas para as situações de pais separados ou divorciados, tem-se como aplicação mais comum a da guarda única, ou exclusiva, em que o pai ou a mãe, individualmente, mantém o filho menor em sua companhia permanente, restando ao outro apenas o direito de visita, a ser exercido em dias e horários determinados.

O direito de visitas é assegurado pelo já mencionado artigo 1.549 do Código Civil vigente, nos seguintes termos:

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.*

Houve, também, tentativa, nascida no Direito anglo-saxão, de fazer com que a presença de ambos os genitores fosse mais freqüente na vida do filho. Denomina-se guarda alternada, pela qual o menor residiria ora com o pai, ora com a mãe, por períodos previamente estabelecidos. Daniela Tapajós Gomes conceitua:

¹⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. 2ª edição – São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1981, p. 20.

Na guarda alternada os filhos vivem ora com um genitor e ora com outro, o que não deixa de ser um modelo de guarda única. Cada um dos genitores exerce o direito de guarda por um determinado período de tempo enquanto o outro fica com o direito de visita. Decorrido o lapso temporal, a situação se inverte.¹¹

Porém, tal modalidade não logrou aplicação significativa no Brasil, por se considerar a mudança constante de domicílio prejudicial à formação do menor. Outras desvantagens dessa guarda são apontadas por Claudete Canezin:

Nesse modelo, não se exige sequer que o guardião consulte o outro (pai ou mãe) não-guardião sobre as decisões importantes a tomar relativamente ao menor. O não-guardião não pode, nem direta e nem indiretamente, participar da educação dos filhos, nem goza de um direito a ser ouvido pelo seu ex-cônjuge em relação às questões importantes da educação do menor. Não há contato contínuo com o não-guardião, o que, conseqüentemente, afasta o filho do pai não-guardião.¹²

Construiu-se, então, a idéia do aninhamento, ou nidição, em que seriam os pais que alterariam periodicamente seu domicílio para o local onde estivesse o menor, o que também não chegaria a atender as necessidades de desenvolvimento dos filhos, por representar instabilidade em sua rotina e em seu ambiente de vida.

E, foi justamente com base nessa preocupação que se formulou a guarda compartilhada, cujo conteúdo será explicitado em capítulo próprio deste estudo, na qual os filhos permanecem em domicílio fixo, contando, porém, com a participação de ambos os pais na solução de todas as questões referentes à sua formação integral.

É claro que, como em todos os outros modos de guarda, é necessário atentar para a idade e sexo dos menores, sua opinião, a existência de irmãos que não se deva separar, e o comportamento recíproco e social dos pais.

Contudo, a guarda compartilhada pode ser vantajosa em inúmeros casos, tendo em vista a permanência da convivência familiar e do exercício completo e constante, tanto pelo pai quanto pela mãe, do poder familiar, a ser tratado no item a seguir.

¹¹ GOMES, Daniela de Mendonça Tapajós. **Guarda compartilhada**. Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.emerj.rj.gov.br/biblioteca/resenhas/2000/danielam.htm>, acessado em 01/01/2007, às 21:38 horas.

1.2 DO PODER FAMILIAR

Pode-se afirmar que o poder familiar, também denominado pátrio poder, vem a ser um conjunto de atribuições conferidas aos pais, com o fim de velar pelo pleno desenvolvimento e formação integral dos filhos menores. Rômulo Coelho conceitua:

O pátrio poder é o conjunto de direitos e obrigações conferidos aos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores.

Seu exercício é policiado pelo Estado, que pode intervir em favor do menor. Suas disposições são de ordem pública, de execução obrigatória. O titular da relação está sujeito às sanções pelo seu não exercício, que é irrenunciável, uma vez que é considerado um múnus público.¹³

As atribuições do titular do poder familiar, portanto, envolvem tanto a pessoa do filho quanto seus bens. A face patrimonial é vista com amplitude pelo Superior Tribunal de Justiça, que defere, inclusive, o acesso da mãe a valores de indenizações depositados em favor do menor.¹⁴

De fato, a preocupação quanto à titularidade e exercício do poder familiar é voltada exclusivamente ao interesse dos filhos, como salienta Fabíola Albuquerque:

O poder familiar compete aos pais conjuntamente na constância do casamento ou da união estável, diz respeito a um poder-dever, a um múnus público incumbido aos pais, porém seu exercício é no interesse dos filhos. Esta correlação entre poder familiar e realização do interesse do filho materializa a reciprocidade de interesses inerentes a uma relação entre pais e filhos.¹⁵

Em se considerando as origens do Direito brasileiro, calcadas em Roma, vê-se que nem sempre foi assim, pois, àquele tempo, o poder parental dirigia-se exclusivamente ao exercício da autoridade, mesmo que arbitrária, da figura paterna:

¹² CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral.** In **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 6, n. 28, fevereiro a março de 2005. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2005, p. 15.

¹³ COELHO, Rômulo. **Direito de Família.** 2ª edição – São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1992, p. 208.

¹⁴ Os valores destinados aos irmãos menores da vítima de acidente fatal, depositados em cadernetas de poupança, podem ser livremente movimentados pela mãe, porque no exercício do poder familiar e da administração dos bens dos filhos. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido (Recurso Especial 2005/0029198-0, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça; Relatora Ministra Nancy Andrighi; julgamento em 17/08/2006. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=poder+familiar&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>, acessado em 06/01/2007, às 13:01 horas).

Nesses primórdios, o pai não era apenas o homem forte que protegia os seus e que tinha também a autoridade de fazer-se obedecer: o pai era, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos ancestrais, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda religião residia no Pai.¹⁶

Todos os membros da família deviam tão-somente submissão ao pai, conforme nos ensina Maria Cristina Cereser Pezzella:

O vínculo de parentesco que unia a família romana era baseado na submissão de todos os membros de cada família à autoridade do pater familias. Este vínculo transmitia-se apenas pelo parentesco havido pela linha masculina, excluída a linha feminina.¹⁷

No Direito Civil pátrio, tinha-se, inicialmente, tendência à manutenção desse status absoluto do pai de família. Observa-se, no artigo 233 do Código Civil de 1916, a disposição de que “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

Apesar da mentalidade jurídica centralizada no espectro paterno, tem-se entendido que, mesmo sob a vigência daquele diploma legal, não se poderia falar em alteração do poder familiar em relação a um dos pais, pelo simples fato de haver-se separado o casal. Essa interpretação é esposada por Cláudio de Cicco:

Também poderia o casamento ser dissolvido pelo desquite. Nem assim se extinguiria o pátrio poder, que continuaria com os pais, em conjunto, independente de quem fique com a guarda dos filhos, tendo o outro cônjuge os seus direitos sempre garantidos, tal como nas situações de desquite ou separação de corpos.¹⁸

Em alguns países, ainda recentemente é tão presente o caráter individual do poder familiar, atribuído a apenas um dos genitores, que se poderia renunciar a tal poder. Leciona Alicia Pérez Duarte¹⁹:

¹⁵ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa.** In *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 31, agosto / setembro de 2005. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, 2005, p. 19.

¹⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, pp. 92-93.

¹⁷ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no Direito Romano.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

¹⁸ CICCO, Cláudio de. **Direito: tradição e modernidade.** 2ª edição – São Paulo: Ícone, 2005, p. 155.

¹⁹ DUARTE, Alicia Pérez. **Derecho de Familia.** México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 237-238.

También encontramos que en algunas entidades la madre si puede renunciar al ejercicio de la patria potestad cuando contrae segundas nupcias. En estas ocasiones se señala que quien renuncie a su ejercicio no lo recobrará, salvo la madre, que podrá hacerlo si se disuelve el matrimonio que provoco su acción.²⁰

Todavia, promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em cinco de outubro de 1988, mudou-se radicalmente esse paradigma, ao se determinar, através dos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º, a plena e irrestrita igualdade de homem e mulher em seus direitos e obrigações, inclusive familiares.

Segundo o artigo 229 da mesma Constituição, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Ou seja, ambos têm profunda responsabilidade no que tange ao exercício de sua condição diante dos filhos.

Já, pelo artigo 55 do E. C. A., “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos da rede regular de ensino”.

Dessa forma, o ideal jurídico trazido pela Carta Magna representou real evolução no ordenamento jurídico nacional, no que tange ao poder familiar, considerado instrumento para que os filhos possam alcançar sua felicidade e realização pessoal. Ressalta Patrícia Pimentel de Oliveira Ramos:

A evolução do direito de família, com a consagração dos princípios previstos na Constituição Federal, transformou o casamento, e a família em geral, no âmbito legislativo, em instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes, o que se denomina “eudemonismo”. Assim, o reconhecimento deste direito à felicidade individual, o princípio da dignidade humana, e a afirmação dos direitos fundamentais do infante, deságuam no princípio da afetividade, que vem orientando a interpretação dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar.²¹

Tanto que, nos termos da parte inicial do artigo 1.631 do Código civil vigente, afirma-se que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais”, sem se fazer qualquer distinção entre ambos.

²⁰ Também encontramos que em algumas entidades a mãe pode renunciar ao exercício do pátrio poder quando contrai segundas núpcias. Nessas ocasiões, se assinala que quem renunciar ao seu exercício não o recobrará, salvo a mãe, que poderá fazê-lo se dissolver-se o matrimônio que provocou sua ação.

²¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 16.

Tal é a preocupação com o cumprimento dos deveres que os pais têm para com os filhos, que nem mesmo o divórcio ou a nova união de qualquer um daqueles pode afetar esses deveres. Estabelece o artigo 1.579:

Art. 1.579. *O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.*

Parágrafo único. *Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.*

O artigo 1.632, por sua vez, traz determinação semelhante, excepcionando apenas a possibilidade de, através da já citada guarda exclusiva, um dos pais ter o filho em sua companhia:

Art. 1.632. *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.*

Em torno do texto legal apresentado, Jeanete Scorsim traz interpretação clara e concisa, de grande utilidade à sua inteira compreensão:

*O exercício do poder familiar não se altera com a separação ou divórcio, ambos os genitores enfeixam toda a gama de direitos e deveres referentes à educação dos filhos menores. Todavia, uma das dificuldades pós-ruptura é a atuação, em sincronia, dos pais em relação às responsabilidades jurídicas inerentes a esse encargo.*²²

Ana Paula Corrêa Patiño associa o exercício comum do poder familiar, após a separação, à própria igualdade de condições dos cônjuges em relação aos filhos:

*Compete aos pais, em igualdade de condições, o exercício do poder familiar (CC, art. 1.634, e ECA, art. 21), irrelevante sejam eles casados, separados, divorciados, solteiros ou companheiros.*²³

Eis uma razão inicial para que se busque, entre pais separados, um modo de harmonizar as relações atinentes ao exercício do poder parental.

²² SCORSIM, Jeanete. **Guarda compartilhada: um efetivo exercício da autoridade parental.** Documento disponível na internet, através do site <http://www.apase.org.br/81014-umefetivo.htm>, acessado em 30/12/2006, às 20:22 horas.

²³ PATIÑO, Ana Paula Corrêa. **Direito Civil: direitos de família.** São Paulo: Atlas, 2006, p. 125.

No Direito argentino, Mauricio Luís Mizrahi²⁴ ressalta entendimento doutrinário dominante no sentido de que podem os pais convencionar o exercício conjunto do poder familiar após a separação ou divórcio:

*De todas formas corresponde destacar nuevos avances sobre la materia; por ejemplo, el predominio de la doctrina que afirma que el principio general de nuestra ley es el ejercicio compartido de la patria potestad, de tal modo que puede ser convenido por los padres em situaciones de divorcio o separación.*²⁵

A preocupação com a proteção ao correto exercício do poder familiar é corrente em diversos países, onde pode ser encontrado sob a denominação de pátrio poder. Na República Argentina, observa Júlio López del Carril²⁶:

*El Estado no hace más que dar juridicidad a lo que existe biológica, psíquica, moral y socialmente, dictando reglas que conducen al logro de los fines del instituto, que consisten fundamentalmente na la protección de los hijos y em el mantenimiento de la jerarquía paterna.*²⁷

Importa, então, destacar quais são os deveres fundamentais que compõem o poder familiar, o que se faz expondo o conteúdo integral do artigo 1.634 do Código Civil, que trata diretamente do tema:

Art. 1.634. *Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:*
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 não lhe sobreviver, ou o sobrevivido não puder exercer o poder familiar;*
V – *Representá-los, até aos dezesseis 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;*

²⁴ MIZRAHI, Mauricio Luís. **Familia, matrimonio y divorcio**. 1ª reimpressão – Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 426.

²⁵ De toda forma, cumpre destacar novos avanços sobre a matéria; por exemplo, o predomínio da doutrina que afirma que o princípio geral de nossa lei é o exercício compartilhado do pátrio poder, de tal modo que pode ser convencionado pelos pais em situações de divórcio ou separação (tradução do autor).

²⁶ CARRIL, Júlio J. López del. **Derecho de Familia**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 332.

²⁷ O Estado não faz mais que dar juridicidade ao que existe biológica, psíquica, moral e socialmente, ditando regras que conduzem à realização dos fins do instituto, que consistem fundamentalmente na proteção dos filhos e na manutenção da hierarquia paterna (tradução do autor).

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

Compreende-se, assim, a amplitude do poder familiar, no sentido de fornecer não só todas as condições materiais indispensáveis ao desenvolvimento físico do menor, mas, igualmente, a atenção a suas necessidades psicológicas, sociais, emocionais, afetivas e éticas. Acerca dessa amplitude de conteúdo, discorre, com propriedade, Maria Alice Zaratín Lolúfo:

Criar um filho é muito mais que tê-lo em sua companhia. Significa não lhe dar somente o sustento, como também assistência médica, escolaridade, carinho e proteção. E, ainda, ensinar-lhe os valores essenciais da existência, preparando-o para ser cidadão, uma pessoa participante da comunidade onde vive, solidária para com o próximo, ciente de como deve exercer seus direitos e cumprir as suas obrigações, capaz de, no futuro, prover o próprio sustento. Logicamente que isso deve se dar em conformidade com os padrões sócio-econômicos e, também, culturais de cada família.²⁸

Logo, procura-se, com o exercício equilibrado do poder familiar, promover os filhos como seres humanos integrais, respeitando-se, em primeiro lugar, sua dignidade. De acordo com Silvana Maria Carbonera:

O mais significativo efeito da metamorfose jurídica no que tange à família foi sentido com prioritária tutela da proteção à dignidade da pessoa, base comum de onde derivam todos os demais princípios que informam um ou outro ponto do Direito de Família.²⁹

Nesse sentido, a guarda compartilhada se apresenta como via sustentável a atender tal objetivo, pois conserva o exercício do poder familiar com ambos os genitores. É o que defende Sylvania Mendonça do Amaral:

Com o objetivo de um desenvolvimento mais saudável dos filhos surgiu a guarda compartilhada onde os pais obrigam-se a exercer o poder familiar sobre a criança, dividindo da maneira mais igualitária possível os direitos e deveres para com as crianças.³⁰

²⁸ LULUFO, Maria Alice Zaratín. **Curso avançado de Direito Civil**. Volume 5: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 256.

²⁹ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 38.

De fato, mesmo em outras nações se tem compreendido a guarda compartilhada como meio de se manter intacto o exercício do poder familiar, como um dos direitos relacionados ao melhor interesse dos filhos menores. Na Espanha, conclui Joseph Goldstein³¹:

*La ley supone, y debe suponer, que los niños son titulares del derecho a ser cuidados conjuntamente por sus padres. Com efecto, es generalmente em el interes superior del niño que sus padres tienen la custodia conjunta – no importa que ellos hayan o no estado casados alguna vez.*³²

Relacionada a guarda compartilhada ao poder familiar, pretende-se, agora, tecer algumas breves considerações sobre os alimentos nesse tipo de guarda.

1.3 DA PENSÃO ALIMENTÍCIA

Outra figura jurídica de compreensão vital para o tratamento da guarda compartilhada é a da pensão alimentícia, ou simplesmente do que seja o dever que o pai ou a mãe que não detenha a guarda do filho menor tem de prestar-lhe alimentos. Marino Elígio Gonçalves apresenta conceito satisfatório:

*Assim, por alimentos deve ser entendido tudo aquilo que é capaz de propiciar ao sujeito as condições necessárias à sua sobrevivência, respeitados os seus padrões sociais.*³³

Quanto à sua natureza jurídica, pode-se dizer que o direito aos alimentos é de natureza patrimonial, já que sua realização se dá em termos pecuniários, mas que se trata de direito personalíssimo, uma vez que é protegido por normas consideradas de ordem pública, e se destina intransmissivelmente ao titular.

³⁰ AMARAL, Sylvia Mendonça do. **Guarda compartilhada: casal deve assumir compromisso no processo judicial.** Documento disponível na internet, através do site <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35415.1>, acessado em 30/12/2006, às 22:34 horas.

³¹ GOLDSTEIN, Joseph I. **¿En el interes superior de quién?** In BELOFF, Mary (compiladora). **Derecho, infancia y familia.** Barcelona: Gedisa, 2000, p. 115.

³² A lei supõe, e deve supor, que os filhos são titulares do direito a serem cuidados conjuntamente por seus pais. Com efeito, é geralmente no interesse superior dos filhos que seus pais têm a guarda conjunta – não importa que eles tenham ou não estado casados alguma vez (tradução do autor).

³³ GONÇALVES, Marino Elígio. **Alimentos entre parentes: uma reflexão aos arts. 396, 397 e 398 do Código Civil brasileiro.** Documento disponível na internet, através do site <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/art15.htm>, acessado em 31/12/2006, às 02:46 horas.

Quanto à sua abrangência, os alimentos não se restringem às necessidades físicas dos filhos com alimentação, higiene e vestimenta. Sílvio Rodrigues manifesta-se sobre essa abrangência no ordenamento civil brasileiro vigente na atualidade:

*Já o legislador de 2002 é expresso quanto à abrangência da prestação, indicando incluir as necessidades com educação, além daquelas destinadas a preservar a subsistência de modo compatível com a condição social do alimentado.*³⁴

O tema é tratado, legalmente, pelos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil brasileiro, instituído pela Lei número 10.406/2002.

O artigo 1.694 estabelece o direito a alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros, ditando, como critérios para a fixação de seu valor, as necessidades de quem os irá receber e as possibilidades financeiras de quem seja obrigado a prestá-los.

Pelo apresentado, é de fácil entendimento que os alimentos, segundo os parâmetros do artigo 1.694, sejam devidos aos filhos, em caso de separação judicial ou divórcio, por aquele genitor que não os tenha em sua companhia constante, pois, se os tivesse, efetuaria diretamente os gastos referentes à sua manutenção.

Vale lembrar que, conforme posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo a maioria do filho extingue automaticamente o dever dos pais aos alimentos, sendo necessário que se demonstre, além de ter atingido a idade legalmente determinada, o alimentado tenha deixado efetivamente de necessitar da colaboração do genitor.³⁵

Contudo, abrange-se aí exclusivamente a hipótese do que se conceituou anteriormente como guarda unilateral, restando questionar se, na guarda compartilhada, em que as despesas do menor são, a princípio, divididas por ambos os pais na medida em que vão sendo feitas.

³⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Volume 6: *Direito de Família*. 28ª edição – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 375.

³⁵ **HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS**. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a maioria dos filhos não acarreta a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos. Ordem denegada (HABEAS CORPUS 2006/0037123-0, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça; Relator Ministro Ari Pargendler; julgamento em 10/10/2006. Documento disponível na internet, através do site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=alimentos&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>, acessado em 06/01/2007, às 13:14 horas).

Para se responder a esta questão, deve-se considerar, primariamente, o conteúdo do artigo 1.701 da Lei número 10.406/2002, redigido nos termos que se seguem:

Art. 1.701. *A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.*

Parágrafo único. *Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.*

A doutrina ressalta, por outro lado, a mais absoluta igualdade entre os pais no momento de determinar os parâmetros da prestação alimentar aos filhos, devendo-se obediência exclusivamente aos critérios da possibilidade de quem oferece a pensão e a necessidade de quem a recebe.

Luiz Felipe Brasil Santos, relacionando a igualdade de condições dos pais nos alimentos àquela mencionada anteriormente, referente ao exercício do poder familiar, explica:

É a consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges, que impõe iguais deveres em relação à prole. Sinala-se que a obrigação dos genitores – embora de igual intensidade – é sempre proporcional aos ganhos de cada um. E nem poderia ser diferente, uma vez que os alimentos, em qualquer hipótese, devem obedecer, em sua quantificação, ao binômio possibilidade-necessidade, cujo equilíbrio se busca pelo princípio da proporcionalidade.³⁶

Tendo-se em consideração, além da mencionada igualdade dos cônjuges, bem como a liberdade de ambos, na separação, de decidir acerca do destino da prole, entende-se que, na guarda compartilhada, a opção pela fixação de pensão alimentícia ou pelo simples rateio de custos, tanto quanto o valor de eventual pensão, deve ser decidida por acordo entre os pais.

A possibilidade de acordo entre os cônjuges, quando da separação judicial ou divórcio, em torno dos recursos materiais necessários à manutenção dos filhos menores tem sido reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

³⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Novos aspectos da obrigação alimentar.** In DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2006, p. 226.

que impõe como condição apenas que a respectiva manifestação de vontade de ambos seja real e livre de vícios.³⁷

Com efeito, o pai, na medida em que tem assumido, no mundo atual, uma postura mais ativa em relação à vida do filho como um todo, e não só à sua manutenção financeira, deve enfrentar os termos desse acordo como um reflexo desse seu novo papel familiar, ao contrário de apenas aguardar da legislação uma definição a respeito. Assinala Cristina de Oliveira Zamberlan:

*O pai sempre necessitou de uma definição legal, após a separação conjugal, sobre pensão alimentícia, visitas. Agora ele vai buscá-la, não porque lhe é imposto, mas porque ele está em transformação e nessa transformação há que ser legitimada uma “nova paternidade”, uma nova condição ser pai.*³⁸

Apenas quando, adotada a guarda compartilhada, permanecer a dúvida no que tange aos alimentos, deve haver intervenção do magistrado, fixando o padrão que melhor atenda às necessidades do menor e às obrigações e possibilidades de cada genitor.

³⁷ **PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO.** Proferindo sentença, o juiz esgota seu ofício, não podendo reconsiderá-la ou desentranhá-la dos autos, ainda que advertido de que uma das partes já havia falecido na data do julgado; peculiaridades do caso que, todavia, recomendavam o reconhecimento da ineficácia da sentença de homologação. Recurso especial não conhecido (Recurso Especial 2005/0085274-8, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça; Relator Ministro Ari Pargendler; julgamento em 28/06/2006. Documento disponível na internet, através do site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=alimentos+acordo&data=%40DTDE+%3E%3D+20060101+e+%40DTDE+%3C%3D+20061231&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>, acessado em 06/01/2007, às 13:19 horas).

³⁸ ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar.** São Paulo: Renovar, 2001, p. 139.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

2.1 CONCEITO E LINHAS GERAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

Antes de tudo, para se tratar da viabilidade jurídica da guarda compartilhada, deve-se conceituá-la em termos jurídicos, o que se faz considerando a exposição de Luiz Felipe Lyrio Peres:

Portanto, podemos chegar a conclusão que o melhor conceito para a guarda compartilhada é o de uma situação jurídica onde ambos os pais, após uma separação judicial, um divórcio ou uma dissolução de união estável, conservam mutuamente sobre seus filhos o direito da guarda jurídica e da guarda física, tendo como obrigação domiciliarem próximos, possuírem mesmos valores e determinarem que o arranjo de alternância de lares não seja longo, para não quebrarem a continuidade das relações paternas.³⁹

Conceito tão claro e consistente quanto o apresentado acima é o que trazem à tona Edivane Paixão e Fernanda Oltramari:

Guarda compartilhada é a modalidade de guarda onde os filhos de pais separados permanecem sob responsabilidade de ambos os genitores, que têm a possibilidade de, em conjunto, tomar decisões importantes quanto ao seu bem-estar, educação e criação. É a forma de exercício que busca se assemelhar à relação existente entre pais e filhos antes da dissolução do vínculo conjugal, pois privilegia a continuidade do exercício comum da autoridade parental.⁴⁰

Diante dessa noção, atente-se ao fato de que a guarda visualizada sob tais condições justifica-se, primeiramente, pelo simples fato de que a separação judicial ou divórcio dos pais não exonera qualquer deles das obrigações que têm para com os filhos. Diz o célebre juriconsulto lusitano Antunes Varela:

O divórcio não põe termo ao direito-dever dos pais relativamente à criação e educação de cada um dos filhos menores, mas obriga a regular esse direito em novos moldes, visto desaparecer o centro (domicílio conjugal) onde os cônjuges, como progenitores, exerciam simultaneamente e harmoniosamente o poder parental.⁴¹

³⁹ PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda Compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>, acessado em 01/07/2005, às 19:43 horas.

⁴⁰ PAIXÃO, Edivane & OLTRAMARI, Fernanda. **Guarda Compartilhada de filhos**. In *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, n. 32, outubro a novembro de 2005. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, 2005, pp. 53.

⁴¹ VARELA, Antunes. **Direito da Família**. 1º volume. 5ª edição – Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 525.

Também o doutrinador argentino Augusto César Belluscio⁴² expressa posição semelhante, ao se manifestar nos termos abaixo:

Em todos los casos, la atribución de la tenencia o guarda lleva aparejado el ejercicio de la patria potestad por aquel de los progenitores a quien le es conferida (art. 264, párr. segundo, incs. 2 y 5, Cód. Civil), sin que ello excluya la obligación del otro de educar al hijo (art. 271, Cód. Civil).⁴³

Prosseguindo, percebe-se que a modalidade de guarda em questão surgiu e ganhou relevância nos E. U. A., como decorrência da prática intensiva da mediação na seara familiar, por meio da qual um terceiro imparcial auxilia os cônjuges a definir todos os termos da separação em comum acordo. Nesse sistema, um dos aspectos mais importantes a serem determinados é, obviamente, a guarda dos filhos, atendendo, do melhor modo possível, aos interesses destes.

Sobre a viabilidade da escolha da guarda compartilhada no curso de procedimento de separação ou divórcio em que se utilize a mediação familiar, dissertam John M. Haynes e Marilene Marodin:

A guarda conjunta não está prevista em nossa legislação, mas também não há vedação. Logo, existindo consenso entre os pais e sendo favorável aos interesses do menor, poderá ser ajustada a guarda compartilhada. Embora ela seja uma modalidade pouco utilizada nos acordos judiciais de separação ou divórcio feitos no Brasil, a verdade é que sua aplicação prática está cada vez mais difundida. Nada impede que os pais, além da custódia conjunta, também convençam onde será a residência primária dos filhos, independentemente de compartilharem o cuidado do menor e as decisões sobre sua educação. O mediador poderá discutir com os pais a possibilidade de adotarem esta filosofia em relação à parentalidade.⁴⁴

E, Sérgio Eduardo Nick, ao estudar a primazia dos Estados Unidos da América na prática efetiva da guarda compartilhada, afirma que a maior parte dos Estados conta com legislação específica, em alguns casos estabelecendo-a como alternativa preferencial.

⁴² BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de Derecho de Familia**. Tomo 2. 7ª edición – Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, p. 367.

⁴³ Em todos os casos, a atribuição da tutela ou guarda implica no exercício do pátrio poder por aquele dos genitores a quem é conferida (art. 264, parágrafo segundo, incs. 2 e 5, Cód. Civil), sem que isto exclua a obrigação do outro de educar o filho (art. 271, Cód. Civil). Tradução do autor.

Naquele país, ainda segundo Nick, os pais em vias de separação recebem amplas informações acerca da opção pela guarda compartilhada. Essas informações vão desde a escolha do advogado até o que a legislação de cada Estado prevê sobre o assunto, passando pela formação de grupos de auto-ajuda, para esclarecimento e auxílio quanto ao funcionamento prático dessa espécie de guarda.

Enfim, na exposição do autor mencionado, atribui-se o crescimento das concessões de guarda compartilhada nos Estados Unidos da América, entre outros traços, à nova posição de homens e mulheres frente às funções familiares, característica marcante na atual formatação da sociedade daquele país:

Outro fator a contribuir para esta escolha foram as mudanças no papel de gênero para os homens e mulheres, onde o intercâmbio de atitudes masculinas e femininas entre os dois sexos propiciou a que ambos - homem e mulher - assumissem tarefas que outrora sequer imaginavam.⁴⁵

Maria Antonieta Pisano Motta, por sua vez, compara as realidades brasileira e estadunidense para analisar a viabilidade da guarda compartilhada no Brasil.

Conclui que, no Brasil, as vantagens seriam menores, pois, ao contrário da realidade alienígena, em nosso país dificilmente os pais separados passam a viver em cidades ou Estados distintos, e seria apenas no caso de grandes distâncias geográficas entre os genitores que a guarda compartilhada seria necessária à manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos. Mas, a jurista faz sua ressalva:

Evidentemente, todos os fatores intervenientes devem ser considerados para que o interesse da criança continue sendo a meta a ser alcançada, sopesando-se em quais circunstâncias específicas aquela criança será mais bem atendida em suas demandas físicas e emocionais.⁴⁶

De igual interesse é o tratamento dado à guarda, em geral, pelo Direito muçulmano. Embora o pai tenha o dever de sustento material e educacional dos filhos, é a mãe quem resguarda o direito e a responsabilidade afetiva sobre os

⁴⁴ HAYNES, John M. & MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Tradução de Eni Assumpção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 105.

⁴⁵ NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.apase.org.br/81001-umnovoenfoque.htm>, acessado em 10/07/2005, às 11:33 horas.

menores, detendo com exclusividade o direito de mantê-los em sua companhia, mesmo após eventual separação.

Teresa Estevez Brasa⁴⁷, jurista argentina que estudou o Direito islâmico, identificou um direito exclusivo da mãe, correspondente também a uma obrigação, e que é exposto pela autora da seguinte forma:

*La voz hisanah significa custodia, uma custodia amplia que comprende los actos de proteger al niño, de acunarlo, de tenerlo em brazos, incluso de alimentarlo; si bien la lactancia compone para la madre otra obligación especial que a la vez es un derecho, ya que la madre puede reclamar en forma exclusiva el privilegio de alimentar a su hijo, aun cuando el padre hubiera contratado una nodriza a tales efectos.*⁴⁸

Já, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles indica que o primeiro ordenamento de filiação romano-germânica a positivar, ainda que um pouco timidamente, a guarda compartilhada foi o de Portugal. Vejam-se suas considerações sobre a regulação do tema naquele país:

*No sistema português, apenas existia a codificação do regime da guarda única. Com o advento da Lei nº 84, de 31 de agosto de 1995, foi alterada parte do artigo 1906 do Código Civil Português, cujo nº 2º estabelece que os pais podem acordar sobre o exercício em comum do poder parental, decidindo as questões relativas à prole em condições idênticas às que vigoravam na constância do matrimônio. Assim, Portugal introduziu em sua legislação um breve conceito de guarda compartilhada, que possibilita a informação da existência de tal instituto por todos.*⁴⁹

No Brasil, Débora Brandão expõe algumas vantagens da opção por esse regime, entre as quais a não confrontação do menor com a necessidade de escolher um dos pais (o que geraria desgaste); igualdade de participação dos genitores na guarda, sustento e educação da prole; menos sentimentos negativos do pai pela

⁴⁶ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos.** In CATTANI, Aloysio Rafael et alii. **Direito de Família e Ciências Humanas – Caderno de Estudos nº 3.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, p. 85.

⁴⁷ BRASA, Teresa M. Estevez. **Derecho Civil Musulmán.** Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 482.

⁴⁸ A expressão *hisanah* significa custódia, uma custódia ampla que compreende os atos de proteger o filho, de abrigá-lo, de tê-lo nos braços, inclusive de alimentá-lo; aliás a amamentação compõe para a mãe outra obrigação especial que também é um direito, já que a mãe pode reclamar de modo exclusivo o privilégio de alimentar seu filho, ainda quando o pai tenha contratado uma criada para tais efeitos (tradução do autor).

⁴⁹ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada.** 2ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 95.

distância física do filho; menor sobrecarga da mãe na responsabilidade pela guarda dois filhos. Além disso, a guarda conjunta teria o seguinte mérito:

Aumenta o respeito mútuo entre os genitores, apesar da separação ou divórcio, porque terão de conviver harmonicamente para tomar as decisões acerca da vida dos filhos; desta maneira a criança ou adolescente deixa de ser a tradicional moeda usada nos joguetes apelativos que circundam as decisões sobre o valor da pensão alimentícia e outras questões patrimoniais.⁵⁰

Waldyr Grisard Filho⁵¹ se posiciona de modo bastante semelhante, mediante síntese que pode ser representada graficamente da seguinte maneira:

Guarda Compartilhada	VANTAGENS	DESVANTAGENS
PARA OS PAIS	<ul style="list-style-type: none"> • Ambos se mantêm na guarda; • Qualificação nas aptidões; • Equiparação dos pais quanto ao tempo livre para organizar suas vidas; • Compartilhamento dos gastos com a manutenção dos filhos; • Maior cooperação. 	<ul style="list-style-type: none"> • Maiores custos (moradias apropriadas); • Obrigatoriedade de permanência na mesma cidade); • Constante adaptação; • Necessidade de um emprego flexível.
PARA OS FILHOS	<ul style="list-style-type: none"> • Convivência igualitária; • Inclusão no novo grupo familiar de cada um dos pais; • Maior comunicação; • Menos problemas de lealdade; • Modelo de relação parental. 	<ul style="list-style-type: none"> • Adaptação a duas moradias; • Problemas práticos ou logísticos.

Apesar das manifestas vantagens desse regime de guarda, indicadas acima, o ordenamento jurídico, desde que se positivou o Direito de Família no país, jamais possuiu previsão expressa da guarda compartilhada.

Entretanto, sua aplicabilidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro já vem sendo estudada há décadas, antes mesmo de se cogitar do advento do Código Civil hoje vigente no país. É o que se passa a demonstrar, a partir do item a seguir.

⁵⁰ BRANDÃO, Débora. **Guarda compartilhada: só depende de nós.** Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto436.htm>, acessado em 02/12/2004, às 19:30 horas.

⁵¹ Cf. GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 172 e 177.

2.2 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO ANTERIOR AO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Durante mais de oito décadas, teve vigência, em nosso país, o Código Civil de 1916, elaborado pelo eminente jurista Clóvis Bevilacqua. Apesar de se tratar de um diploma legal à frente da mentalidade do período em que surgiu, não foi capaz de prever uma série de institutos que, atualmente, são considerados importantes para o Direito nacional.

E, uma das lacunas apontadas pela doutrina, sob a égide do Código revogado, era, justamente, a ausência de previsão expressa acerca da guarda compartilhada:

No Brasil não existe previsão legal, ou seja, o Código Civil não descreve o conceito, no entanto, não proíbe a prática que pode ser acordada pelo casal ou por uma decisão judicial.⁵²

O que não impedia, de modo algum, que se cogitasse de sua aplicação. Tanto que se encontra na doutrina jurídica nacional, sob a vigência daquele diploma legal, o reconhecimento da necessidade de se manter, mesmo diante de separação litigiosa do casal, a convivência tanto do marido quanto da esposa com a prole. Pondera João Andrades Carvalho:

Não é na relação linear de um progenitor com o outro que repousa a questão da guarda ou, mais explicitamente, o direito à guarda. Esse direito nasce com a criança, é pessoal, sua força reside na necessidade inadiável de proteção, e é exercitável contra ambos os pais.⁵³

Não se tratava, já desde então, apenas de um direito dos filhos, mas também de um dever dos pais, que, segundo já se mencionou, são responsáveis, em sua própria condição, pela vida e pelo desenvolvimento dos filhos menores. O célebre civilista Orlando Gomes discorre:

⁵² SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos & ADUA, Maria de Betânia Lacerda Ferreira. **Guarda compartilhada: o compartilhamento da presença dos filhos por pais separados.** Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-12-03.htm>, acessado em 30/11/2004, às 10:11 horas.

⁵³ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder.** Rio de Janeiro: AIDE, 1995, p. 155.

*Quanto à criação dos filhos, o desquite não exonera qualquer dos genitores desse indeclinável dever. Desfeito, porém, o lar, a obrigação de criar a prole se modifica na forma do seu cumprimento.*⁵⁴

De outro lado, a viabilidade do suprimento da ausência de previsão legal específica, ainda sob a égide do Código de Clóvis Bevilacqua, foi acatada pela jurisprudência, como no caso do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.⁵⁵

Já, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a guarda compartilhada chegou a ser rejeitada, também na vigência do Código Civil de 1916, não porque lhe fosse contrária, e nem mesmo por ausência de previsão legal, mas tão somente por crerem os julgadores que a medida não seria benéfica à criança.⁵⁶

Os Tribunais brasileiros já vinham, portanto, discutindo os possíveis benefícios ou malefícios da guarda compartilhada, mesmo à margem de previsão legal específica ou de uma reforma mais profunda na codificação civil. Tomavam em conta as circunstâncias familiares de cada caso.

⁵⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 202.

⁵⁵ **EMENTA: AÇÃO DE REVISÃO DE ALIMENTOS – OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO CIVIL – FIXAÇÃO EM PATAMAR ELEVADO – IMPOSSIBILIDADE – GUARDA COMPARTILHADA – INVIABILIDADE – PROCEDÊNCIA PARCIAL – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE – PENSÃO MINORADA – DECISÃO UNÂNIME.** Os alimentos devem ser fixados em estrita observância ao binômio necessidade do alimentando e capacidade do alimentante, de modo a garantir a manutenção dos filhos, todavia, sem onerar demasiadamente somente um dos genitores, quando os dois auferem renda. A fixação da guarda na forma compartilhada, de modo a conviverem os filhos um ano com cada genitor, não é a forma mais indicada, pois certamente causaria instabilidade psicológica aos menores, que despenderiam grande esforço emocional para se readaptarem todos os anos em um novo lar (Apelação Cível número 27.421, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso; Relator Desembargador José Jurandir de Lima; julgamento em 28/08/2002. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.tj.mt.gov.br/Jurisprudencia2/Resultado.aspx>, acessado em 03/04/2006, às 20:22 horas).

⁵⁶ **AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA C/C PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO – FILHA MENOR (2 ANOS DE IDADE) – CONCESSÃO PARCIAL DA LIMINAR PARA DETERMINAR A GUARDA ALTERNADA – IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO – ACUSAÇÕES FEITAS À MÃE INFUNDADAS E CARENTES DE TODO E QUALQUER SUBSTRATO PROBATÓRIO – INTERESSE DA CRIANÇA DEVE SOBREPOR-SE A QUALQUER OUTRO – RECURSO PROVIDO.** A guarda de filha menor – com apenas dois anos de idade – deve ser concedida preferencialmente à mãe, a quem a natureza melhor dotou de condições para os cuidados de que necessita a prole, se nada emerge dos autos em desabono à sua conduta. Destaque-se que a guarda compartilhada não é aconselhável na hipótese, haja vista que esta constante alternância de ambiente familiar gerará para criança certa instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento (Agravo de Instrumento número 2002.013071-6, da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Relator Desembargador Mazoni Ferreira; julgamento em 28/11/2002. Documento disponível na *internet*, por meio do site http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAATAAADVAAF&p_query=guarda+compartilhada&corH=FF0000, acessado em 02/05/2006, às 21:12 horas).

Desse modo, considerando, no caso concreto de uma separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, é perfeitamente possível ao juízo deferir a guarda compartilhada.

Mesmo porque, o próprio autor do Código Civil previa, em obra de doutrina, que se deveria respeitar, quanto à guarda dos filhos, o que acordassem os cônjuges em processo de separação judicial consensual:

Quanto aos filhos, se o desquite for amigável, concordarão os cônjuges sobre a sua criação e educação, acordo que, uma vez homologado pelo juiz, tem força de lei.⁵⁷

Contudo, Guilherme Strenger assevera que é necessário que o magistrado tome em consideração o paralelismo das vocações parentais envolvidas, determinando um dos pais para ter o filho em sua companhia e residência habitual, estabelecendo, assim, o domicílio principal do menor. E, justifica sua ponderação:

A estabilidade que o direito deseja para o filho não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo, mas todas as fórmulas de guarda alternada ficam dissipadas, e mesmo assim não se pode descartar o problema da reserva de visita e fiscalização. É evidente, porém, que o direito de visita contém o direito de moradia, as modalidades de exercício desses direitos e mais amplamente a participação ao exercício da guarda, deixando-se para a concertação dos pais a solução em nome do postulado, de um mínimo de harmonia que se credita a essa modalidade.⁵⁸

No aparente “vazio” legislativo, a fundamentação que se poderia encontrar a respeito é a que indica a guarda do instituto na Constituição Federal de 1988, como o faz Maurício Lougon:

Podemos tomar como ponto de partida o fato de que a Constituição Brasileira de 1988 garante o direito de convivência familiar e comunitária, como transparece especificamente no artigo 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que enfatiza a necessidade de “preservação dos vínculos familiares”, assim como “evitar sempre que possível a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados”. Ainda o artigo 93 preceitua que o abrigo de crianças e adolescentes em estabelecimentos públicos ou privados apenas deverá ocorrer “em caráter excepcional e de urgência”,

⁵⁷ BEVILACQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 294.

⁵⁸ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 71.

*caracterizando assim que tais situações devem ter caráter transitório e nunca permanente.*⁵⁹

Em sede do texto constitucional, tem-se, em primeiro lugar, a absoluta igualdade entre homens e mulheres, inclusive no que tange a suas obrigações entre si e quanto aos filhos. Belmiro Pedro Welter destaca essa característica da Constituição vigente:

*Com o advento da Carta Magna, não existe mais um critério de preferência entre o homem e a mulher, acerca da guarda dos filhos, pois cada um deles ostenta o mesmo direito, em vista da canonização da igualdade e do princípio da prevalência dos interesses da prole.*⁶⁰

Na doutrina estrangeira, mormente latino-americana, essa igualdade é vista como de grande importância, e tida como um fato inquestionável no Direito atual. Observa o argentino Marcos Córdoba⁶¹:

*Ya no hay una supremacía del marido en la legislación; la mujer comparte derechos y obligaciones por igual con el esposo. La autoridad de los padres cumple las funciones de protección y formación integral de los hijos menores de edad. La potestad de los padres se concibe em función Del beneficio de los hijos. Se atiende fundamentalmente al respeto y dignidad de la mujer y los hijos.*⁶²

A guarda compartilhada encontra, ainda, respaldo jurídico no artigo 226 da Carta Magna, que ostenta o seguinte texto:

Art. 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.*
(...)

⁵⁹ LOUGON, Maurício. **A saúde mental e o direito à convivência familiar em face do melhor interesse.** In PEREIRA, Tânia da Silva (coordenação). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 433.

⁶⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: questões controvertidas.** Porto Alegre: Síntese, 2000, pp. 142-143.

⁶¹ CÓRDOBA, Marcos (director). **Derecho de Familia: parte general.** Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 20.

⁶² Já não há uma supremacia do marido na legislação; a mulher compartilha direitos e obrigações por igual com o esposo. A autoridade dos pais cumpre as funções de proteção e formação integral dos filhos menores de idade. O poder dos pais se concebe em função do benefício dos filhos. Se atende fundamentalmente ao respeito e dignidade da mulher e dos filhos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

E, logo a seguir, o já mencionado artigo 227 da Lei Maior institui, como direito do menor convivência familiar, em sua concepção mais estendida:

Art. 227. 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assevera-se, portanto, que a vigente Constituição Federal garante aos filhos menores, a título de corolário da proteção prevista no artigo 227, a convivência familiar, independente do estado civil dos pais. Acompanhe-se Lizete Peixoto Schuh:

O direito ao reconhecimento da paternidade, à convivência familiar e ao direito à vida digna, centrados na Doutrina da Proteção Integral, já estão sedimentados na Carta Magna e legislação especial.⁶³

O magistrado Geraldo Claret de Arantes, também em comentário ao artigo 227 da Carta Magna, destaca a importância do princípio da convivência familiar:

E um dos direitos mais importantes de crianças e adultos, recepcionados pela Constituição Brasileira, em seu artigo 227, é o da convivência familiar, originário da Doutrina da Proteção Integral construída sob a égide da Organização das Nações Unidas.⁶⁴

O Superior Tribunal de Justiça tem interpretado essa proteção constitucional à convivência familiar de modo a garantir, em qualquer hipótese, o melhor ambiente psicológico e social ao menor.⁶⁵

⁶³ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido.** In **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 8, n. 35, abril-maio de 2006. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, 2006, p. 76.

⁶⁴ ARANTES, Geraldo Claret de. **A criança e o direito à convivência familiar.** Documento disponível na internet, através do site <http://www.juizgeraldoclarret.adv.br/acrianca.doc>, acessado em 30/12/2006, às 15:24 horas.

⁶⁵ É certo que, pela perspectiva de proteção integral conferida pelo ECA, a criança tem o direito à convivência familiar, aí incluído o genitor, desde que tal convívio não provoque em seu íntimo

Tanto que, ao comentar o espírito do conjunto de dispositivos da Lei número 6.515/77 (Lei do Divórcio) que atribuem a guarda única aos filhos após a dissolução do vínculo conjugal, Marco Túlio de Carvalho Rocha se manifesta do seguinte modo:

Essas regras, se não foram revogadas, ao menos cederam terreno ao princípio do maior interesse da criança (best interest of child), que determina seja atribuída a guarda a quem tenha melhores condições para exercê-la. Esse é o critério que vem sendo reiteradamente prestigiado pela jurisprudência e que se contém, implicitamente, no caput do artigo 227 da Constituição da República, que estabelece ser dever absolutamente prioritário da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, etc.⁶⁶

Ainda sobre o tratamento dado ao assunto na Lei do Divórcio, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em recente comentário ao artigo 9º, abordam tangencialmente a questão, avaliando a participação da vontade dos pais na determinação da guarda em separação judicial consensual:

A vontade dos cônjuges separandos deve prevalecer, desde que não acarrete aos filhos menores danos de ordem moral ou patrimonial. A LDi 34 § 2º bem demonstra que nessa matéria deve prevalecer o interesse público ao privado do casal. Nada impede que o que ficou acertado na separação consensual seja objeto de alteração através de ação de modificação de guarda intentada posteriormente.⁶⁷

A opção primordial pelo melhor interesse do menor, bem como pela manutenção, sempre que possível, do afeto na relação com os pais, é defendida, na vigência do Código de 1916, também por Silvana Carbonera, ao tratar da questão:

Assim, o interesse do filho, aliado à existência do afeto, é elemento relevante para seu estabelecimento, seja em favor de um, de outro ou de ambos os genitores.⁶⁸

perturbações de ordem emocional, que obstem o seu pleno e normal desenvolvimento (Recurso Especial 2005/0142155-8, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça; Relatora Ministra Nancy Andrighi; julgamento em 19/09/2006. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=poder+familiar&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>, acessado em 06/01/2007, às 12:57 horas).

⁶⁶ ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 215.

⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis comentadas, atualizadas até 20.07.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 374.

⁶⁸ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In FACHIN, Luiz Edson (organizador). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 307.

O pleno atendimento ao interesse do menor se constituiu, nesses termos, em elemento de sintonia entre o ordenamento jurídico brasileiro e a tendência mundial, expressada por René Savatier⁶⁹:

*On voit que le droit de garde est, discrétionnairement, à la disposition des tribunaux, dans l'intérêt de l'enfant.*⁷⁰

Portanto, deve toda a ordem jurídica se estruturar no sentido de assegurar a igualdade entre homem e mulher, a paternidade responsável, e garantir a dignidade e a convivência familiar harmônica da criança e do adolescente.

E, a guarda compartilhada seria, nos termos dos conceitos já vistos, uma via relativamente segura de se atender às exigências daquelas regras contidas na Carta Política.

2.3 DA GUARDA COMPARTILHADA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O novo Código Civil brasileiro, consubstanciado na Lei número 10.406/2002, atento à movimentação doutrinária e jurisprudencial iniciada em período anterior, manteve-se aberto ao instituto da guarda compartilhada.

Essa abertura, como já se mencionou, atendeu a reivindicação doutrinária anterior, de modo a viabilizar a também denominada guarda conjunta, como conceituada por Marcos Alves da Silva:

*As reflexões sobre a guarda conjunta, desenvolvidas nos últimos anos, lançam luz sobre o que se está a argumentar. Esta não se confunde com a guarda alternada, que tem sido desaprovada em virtude de não atender aos interesses da criança. A guarda conjunta nada mais é que o efetivo exercício da autoridade parental, simultaneamente pelo pai e pela mãe, após o rompimento de sua união, seja ela conjugal ou de fato.*⁷¹

Valter Kenji Ueda visualiza, na guarda compartilhada, uma nova forma de pensar, fazendo, por exemplo, com que pai não se limite mais a ver o filho nos fins

⁶⁹ SAVATIER, René. **Cours de Droit Civil**. Tome Premier. Deuxième Édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, p. 164.

⁷⁰ Tem-se que o direito de guarda é, discricionariamente, pela disposição dos tribunais, no interesse das crianças.

⁷¹ SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos das relações entre pais e filhos**. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 64-65.

de semana, mas se comprometa a levá-lo a consultas médicas, o auxilie na escola, etc. Explica sua posição do modo que se segue:

E tal anotação é por demais pertinente, porquanto ao genitor que possui direito de visita, mas é excluído da guarda, é incumbida função do próprio genitor que detém a guarda. Isto porque a função de criar e educar precipuamente caberia ao genitor guardião. Daí a denominação de guarda repartida.⁷²

Legislou-se segundo essa linha, primordialmente, para se buscar ao atendimento do constitucionalmente protegido interesse do menor. Para Denise Damo Comel, proteger o interesse do filho inclui não excluir de sua vida, nem da titularidade do poder familiar, o genitor com quem não convive diretamente:

O pai não convivente, então, além de manter intacta a titularidade do poder familiar, conserva algumas faculdades e obrigações de significativa importância para a relação paterno-filial e, dependendo do modo como as exercer, pode manter ativa e importante participação na vida do filho, além de íntegro o vínculo estabelecido com ele, diminuindo sensivelmente o prejuízo havido com a não-convivência.⁷³

Destaque-se que essa nova ideologia, incorporada pela Lei número 10.406/2002, reflete a nova maneira de se encarar o Direito Civil, advinda das disposições da Constituição Federal vigente. Assim, o espírito do novo Código Civil brasileiro veio a desvincular a ordem civil pátria de uma mentalidade ultrapassada, como indica Maria Cláudia Crespo Brauner:

A ideologia do individualismo e do patrimonialismo, característica do Código Civil, é suplantada, transcendendo-se a sentido humano de justiça, quebrando-se, finalmente, a visão distorcida das realidades sociais presentes na sociedade brasileira. Prever e operacionalizar a proteção à pessoa humana, oferecer soluções para apaziguar os sofrimentos resultantes das relações familiares são as preocupações de um direito a serviço da vida digna, a partir de uma visão antropocêntrica, tendo em vista que, quando tratamos das relações familiares, estamos lidando com vidas e sentimentos humanos.⁷⁴

⁷² UEDA, Valter Kenji. **Direito de Família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

⁷³ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 255.

⁷⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Reinventando o Direito de Família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade**. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano V, v. 18. Rio de Janeiro: PADMA, 2004, p. 106.

Imbuída dessa convicção, a doutrina civilista brasileira atual já vislumbra possibilidade de se fundamentar a guarda compartilhada no texto do novo Código Civil, cujos dispositivos atinentes à guarda em geral ao menos não a impediriam:

O disposto nos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil de 2002 não veda a hipótese de “custódia conjunta”, ou “guarda compartilhada”, dependendo assim das circunstâncias do caso concreto.⁷⁵

Essa vertente, assaz moderna, teria seu principal fundamento no próprio *caput* do artigo 1.583 do atual Código Civil brasileiro, que ostenta a seguinte redação:

Art. 1.583. *No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.*

Em comentário ao transcrito artigo, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk concluem que os cônjuges em separação podem acordar sobre a guarda, estabelecendo que a mesma será exercida por um ou por ambos, sendo obrigatório a acatamento, em juízo, do que assim livremente se decidir.

Mas, além do acordo, aqueles doutrinadores destacam a necessidade de se observar o já referido interesse do menor, para que este não se transforme em “moeda” para se negociar outros interesses na separação:

O limite está na preservação do interesse dos filhos. Note-se, pois, que não basta o consenso dos pais; é imprescindível que a situação dos filhos esteja adequadamente preservada, uma vez que os filhos não são objetos dessa regulação jurídica terminativa do casamento. À finitude da sociedade ou do vínculo conjugal não corresponde a natureza do liame entre pais e filhos.⁷⁶

O interesse dos filhos também já vem sendo, há alguns anos, salientado pela doutrina estrangeira. O já citado jurista português Antunes Varela, por exemplo, assevera que:

⁷⁵ SOARES, Orlando. **Direito de Família: de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002)**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 397.

⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson & RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado**. Volume XV: *Direito de Família; Casamento*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 248.

*O factor que prevalece na fixação do novo estatuto é o interesse do menor, de acordo com o qual importa nomeadamente salvaguardar o amor fraterno entre os filhos, já que não é possível salvaguardar a afeição dos pais entre si.*⁷⁷

Segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, atender ao interesse dos menores, bem como manter sua convivência com os pais, passa necessariamente por se aferir as condições que ambos os pais apresentem para manter as crianças ou jovens sob sua guarda e companhia.⁷⁸

Não chegando o casal a um consenso a respeito da guarda dos filhos, observar-se-á o estabelecido pelo art. 1.584 do novo Código Civil, que ostenta a redação infra transcrita:

Art. 1.584. *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.*

Há quem veja, nesse preceito, a exemplo de Jones Figueiredo Alves, exceção a um princípio geral de que a regra residiria na guarda conjunta, nos termos do artigo antecedente:

*Entenda-se, aí, que a discordância expressa na norma deve ser compreendida quanto ao exercício de uma guarda compartilhada nos termos de uma regulamentação adequada.*⁷⁹

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 526.

⁷⁸ **GUARDA DE FILHO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNS. GUARDA COMPARTILHADA.** *Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais.* (Rel. Desembargador José V. de Souza) *Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevém a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.* (Agravado de Instrumento número 2001.012993-0, da 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Relator Desembargador Carlos Prudêncio; julgamento em 25/03/2003. Documento disponível na internet, por meio do site http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAATAAADmAAE&p_query=guarda+compartilhada&corH=FF0000, acessado em 03/05/2006, às 23:11 horas).

⁷⁹ ALVES, Jones Figueiredo. **Algumas questões controvertidas no novo Direito de Família.** In DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueiredo (coordenação). **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2003, p. 318.

Esse é o modo como tem se expressado o Superior Tribunal de Justiça, conforme anotaram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Guarda compartilhada. Jornada STJ 101: “Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda de filhos’, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança”.⁸⁰

A jurisprudência dos Estados também já tem reconhecido requisitos à guarda compartilhada, sob a égide do novo Código Civil. É o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que visualiza a harmonia entre os pais como condição ao deferimento dessa modalidade de guarda⁸¹.

O mesmo posicionamento tem se repetido naquele egrégio tribunal, visto que, anteriormente, a 8ª Câmara Cível já havia se manifestado em termos semelhantes⁸²:

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso também já vislumbrou a harmonia e o consenso entre os pais como condições fundamentais à concretização da guarda compartilhada⁸³.

⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2ª edição - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 717.

⁸¹ **AGRAVO INTERNO. GUARDA COMPARTILHADA.** Descabido impor a guarda compartilhada, que só obtém sucesso quando existe harmonia e convivência pacífica entre os genitores, quando esta não é a realidade das partes (Agravo n. 70010991990, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Relatora: Maria Berenice Dias; julgamento em 02/03/2005. Documento disponível na internet, por meio do site http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php, acesso em 29/05/2005, às 19:00 horas).

⁸² **AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA.** Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores (Agravo de instrumento n. 70008775827, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Relator: Rui Portanova; julgamento em 12/08/2004. Documento disponível na internet, através do site http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php, acesso em 29/05/2005, às 14:12 horas).

⁸³ **Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL – PEDIDO DE CONCESSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA INDEFERIDO EM SEDE DE LIMINAR – MATÉRIA NÃO PREVISTA NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO – MODELO DE GUARDA QUE PRESSUPÕE HARMONIA E CONSENSO ENTRE OS PAIS – NECESSIDADE DE ANALISAR O CASO CONCRETO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.** A guarda compartilhada não está prevista em nosso ordenamento jurídico, portanto, só poderá ser estabelecida através de acordo, uma vez que pressupõe a existência de harmonia e consenso entre os pais. Esta modalidade de guarda pode não ser adequada a toda e qualquer família, devendo ser analisado o caso concreto para que se verifique a possibilidade de sua aplicação. (Agravo de Instrumento número 9303/2004, da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso; Relator Desembargador Marcelo Souza de Barros; julgamento em 10/08/2004. Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.tj.mt.gov.br/Jurisprudencia2/Resultado.aspx>, acessado em 05/04/2006, às 21:15 horas).

A própria falta de convivência constante entre os pais, em razão da separação ou divórcio, chegou a ser vista por alguns autores como impedimento a que se cogitasse do exercício conjunto da guarda. Diz Jorge Adolfo Mazzinghi⁸⁴:

*Pero esa respuesta no es fácilmente aplicable a los hechos. La convivencia entre los progenitores es un factor que incide fuertemente en la viabilidad del ejercicio compartido, porque, entre otras cosas, permite que las decisiones adoptadas por uno sean inmediatamente conocidas por el outro.*⁸⁵

O tema da animosidade entre os cônjuges, ou mesmo entre pais e filhos, assume relevância quando se verifica que, na prática, a convivência proporcionada pela guarda compartilhada pode efetivamente ser prejudicial, se considerados os fatos observados por Bruno Canísio Kich:

*Para continuarmos o tema filhos, é necessário esquecer um pouco do romantismo que se associa ao tema. Nem tudo é lindo e maravilhoso como as palavras do poeta. A relação entre pais e filhos pode (não é regra), ser tumultuada. Nem sempre a paternidade é responsável. Nem sempre os filhos são desejados. Quando ocorrerem as duas hipóteses juntas, na relação positiva, as palavras do poeta podem ser verdadeiras e repletas de conteúdo. Quando ambas são negativas, não haverá poesia.*⁸⁶

Em sede dos requisitos para a concessão e eficácia da guarda compartilhada, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁸⁷, através de sua quarta Câmara

⁸⁴ MAZZINGHI, Jorge Adolfo. **Derecho de Familia**. Buenos Aires: Editoial Ábaco, s/d, p. 333.

⁸⁵ Mas essa resposta não é facilmente aplicável aos fatos. A convivência entre os genitores é um fator que incide fortemente na viabilidade do exercício compartilhado, porque, entre outras coisas, permite que as decisões adotadas por um sejam imediatamente conhecidas pelo outro.

⁸⁶ KICH, Bruno Canísio. **Direito de Família: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. Campinas: Agá Júris, 1999, pp. 74-75.

⁸⁷ **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 traz 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 (Apelação Cível 1.0024.03.887697-5/001, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; Relator Desembargador Hyparco Immesi; julgamento em 09/12/2004. Documento disponível na [site \[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=3&numeroProcesso=887697&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=guarda+compartilhada&tipoMarcacao=\]\(http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=3&numeroProcesso=887697&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=guarda+compartilhada&tipoMarcacao=\), acessado em 06/12/2006, às 17:15 horas\).](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=3&numeroProcesso=887697&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=guarda+compartilhada&tipoMarcacao=)

Cível, sintetizou de modo exemplar a obrigatoriedade do acordo na separação judicial ou divórcio, da harmonia entre os genitores e da busca pela realização do melhor interesse do menor.

Seja como for, a construção positiva do Direito Civil brasileiro, se não alvitra manifestamente a guarda compartilhada, não a impossibilita.

É o que recorda Sílvio de Salvo Venosa, ressaltando, porém, que, com o procedimento judicial da separação em curso, o ambiente emocional negativo formado entre os cônjuges dificilmente permitirá pleno consenso, principalmente no tocante a questão tão delicada quanto a guarda dos filhos.

Mas, o ilustre jurista prevê a possibilidade de se alterar a guarda para a modalidade compartilhada, quando se pacificarem as relações entre os pais, para a modalidade compartilhada, e prossegue, afirmando o que a seguir se transcreve:

Não resta dúvida de que a solução da guarda compartilhada é um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente. Não resta dúvida, também, de que essa modalidade de guarda representa uma nova faceta do direito de visita, que poderá ficar dispensado quando se acorda pela guarda conjunta. No futuro, certamente, o legislador também se preocupará com essa modalidade de guarda.⁸⁸

Corroborando tal juízo o parecer patenteadado pela civilista carioca Vera Maria Schwertner, que assim se exprime:

Embora a legislação não contenha norma direta, que aborde claramente a Guarda Compartilhada, como em inúmeros países ocorre, não contém nenhuma regra que a vede, o que deixa implícita a possibilidade de ocorrência legal da mesma. O magistrado terá todo amparo legal e humanitário ao autorizar a Guarda Conjunta, quando os pais à mesma se dispuserem ou quando regularizar a divergência entre os mesmos existentes, e, sua percepção, julgá-la a mais benéfica aos envolvidos.⁸⁹

Tal entendimento é, mais uma vez, acatado pela jurisprudência gaúcha, sempre atenta à realidade fática do grupo familiar⁹⁰.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Volume 6: *Direito de Família*. 6ª edição - São Paulo: 2004, p. 252.

⁸⁹ SCHWERTNER, Vera Maria. **Guarda Compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.apase.org.br/14007-guardacom.htm>, acessado em 02/12/2004, às 12: 14 horas.

⁹⁰ **AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA**. A tese de guarda compartilhada não subsiste frente à forte animosidade entre os genitores da criança. A guarda fática da criança foi exercida pelo pai, razão pela qual se mantém. Ademais, o feito carece de melhor instrução, notadamente estudo social

Assim, atendido os requisitos da convivência harmônica entre os requerentes e do consenso em torno da guarda, Artur Antônio da Rocha identifica a necessidade de se verificar a adaptação da criança a tal modo de convivência com os pais.

Essa verificação não seria fácil no âmbito concreto, razão pela qual o autor sugere estudo social e acompanhamento por profissionais de diversas áreas:

A nossa sugestão é no sentido de se requerer ao Judiciário a elaboração de estudo social, com parecer técnico de lavra de um profissional de assistência social de confiança do juízo, o que pode permitir às partes o acesso a um posicionamento absolutamente imparcial, podendo modificar a intenção inicial de compartilhamento da guarda, muito embora nos pareça, de forma óbvia até, que o mais importante para os pais é o bem-estar da criança, o que pode fazer a diferença no momento de se procurar um profissional do direito para a solução considerada bastante avançada sob o ponto de vista jurídico.⁹¹

Vale lembrar que a guarda compartilhada apresenta natureza flexível, podendo variar sua configuração, mesmo atendidos, inicialmente, os requisitos anteriormente levantados:

Não existe um modelo padrão de guarda compartilhada. O que existe são possibilidades de planejamento e reflexões sobre os arranjos familiares de responsabilidade parental que priorizem a relação do(s) filho(s) com seus pais. Que são repensados e reavaliados, periodicamente, podendo ser modificado a qualquer tempo para um novo modelo de responsabilidade parental se perceberem que esta forma de guarda compartilhada não está tendo sucesso.⁹²

Essa variabilidade se destina, como a própria idéia de guarda compartilhada, à plena realização do interesse do menor, sem o qual não se pode optar por aquela guarda⁹³.

das partes (Agravo de instrumento n. 70008336869, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Relator: Rui Portanova; julgamento em 16/09/2004. Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php, acesso em 29/05/2005, às 14:12 horas).

⁹¹ ROCHA, Artur Antônio da. Manual de Direito de Família. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 102.

⁹² ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada: priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.apase.org.br/91007-priorizando.htm>, acessado em 21/01/2006, às 14:12 horas.

⁹³ **GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DO FILHO.** Tendo o filho, com 13 anos de idade, manifestado a preferência em ficar na guarda do genitor, descabido impor a guarda compartilhada, que só obtém sucesso quando existe harmonia e convivência pacífica entre as partes (Agravo de instrumento n. 70007822257, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;

Em decisão bastante recente, o mesmo Tribunal reafirmou a tese do melhor interesse do menor, salvaguardando preceitos legais já mencionados neste trabalho⁹⁴.

Mas, alcançando-se as condições necessárias ao funcionamento da guarda compartilhada como proteção ao melhor interesse psicológico, social e jurídico da criança ou adolescente, afirma-se a possibilidade de acatamento dessa espécie de guarda, com fundamento nos artigos 1.583 e 1.584 do novo Código Civil brasileiro.

2.4 DO PROJETO DE LEI NÚMERO 6.350, DE 20 DE MARÇO DE 2002

Mesmo em face da recepção indireta da guarda compartilhada pelo ordenamento positivo, a necessidade de que a mesma venha a ser especificamente regulamentada por texto legal é insistentemente apontada por juristas como Leila Maria Torraca de Brito, que a baseia no conjunto das considerações das Ciências Humanas em torno das relações entre pais e filhos:

*Hoje, percebe-se que o significado do nascimento engloba, além do nascimento de um filho, o nascimento dos genitores nos lugares estruturais de pai e mãe, papéis que aprendemos a desempenhar. Tal condição pode ser enfraquecida, porém, quando a educação da criança passa a ser encaminhada, prioritariamente, pelo genitor responsável pela guarda. Atribuir ao genitor classificado como visitante o lugar prioritário de fiscal contraria as indicações atuais tanto dos documentos internacionais quanto dos ensinamentos das Ciências Humanas, que recomendam uma ampla aproximação e participação de ambos os pais no desenvolvimento dos filhos, sendo que o lugar e as funções dos genitores devem ser referendados pelos textos jurídicos.*⁹⁵

O Congresso Nacional já tem se mostrado sensível à exigência social dessa regulamentação. Tanto que já tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei número 6.350/2002.

Relatora: Maria Berenice Dias; julgamento 31/03/2004. Documento disponível na internet, por meio do site http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php, acesso em 29/05/2005, às 14:12 horas).

⁹⁴ **AGRAVO INTERNO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALTERAÇÃO LIMINAR DE GUARDA DOS FILHOS.** Mostra-se temerária alteração na guarda, mormente quando já se encontra determinada a guarda compartilhada entre os genitores do menor. Partindo-se do princípio que é o interesse do menor que deve ser resguardado, melhor é aguardar que elementos de convicção mais concretos venham aos autos. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO (Agravo de Instrumento número 70013943881, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Relator: Desembargador Rui Portanova; julgamento em 09/02/2006. Documento disponível na internet, por meio do site http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php, acessado em 02/05/2006, às 19:45 horas).

⁹⁵ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio.** In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenação). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 360.

Esse projeto, que teve sua redação final aprovada por unanimidade na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, foi enviado, em 31 de maio de 2006, ao Senado Federal, por meio do Ofício OS/GSE 363/06, aguardando continuidade no processo legislativo.

Seu texto traz alterações aos artigos 1.583 e 1.584 do novo Código Civil brasileiro, a fim de incorporar a este diploma, expressamente, a guarda compartilhada. No artigo 1.583, incluem-se, por meio do artigo 2º do Projeto, dois parágrafos, com o seguinte conteúdo:

§ 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 da guarda material dos filhos, bem como dos direitos e deveres emergentes do poder familiar.

Por outro lado, o artigo 3º do mencionado Projeto dá nova redação ao artigo 1.584 do vigente Código Civil, que passaria a dar a guarda compartilhada como alternativa preferencial na separação judicial ou divórcio:

Art. 1.584. *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.

Ainda há um longo caminho até que o referido projeto atinja a condição de efetivo instrumento legal, em vigência e eficácia, como conscientemente ressalta o jurista Luís Reis:

Onde todos concordam é que o projeto é precário e precisaria mais debate entre todas as áreas de interesse, a fim de eliminar incongruências com o atual Código Civil, como também criar instrumentos para habilitar a implementação da Guarda Compartilhada e inibir ou coibir os que tentam monopoliza-la.⁹⁶

⁹⁶ REIS, Luís. **Projeto de Lei sobre a Guarda Compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=419465768>, acessado em 02/12/2001, às 14:23 horas.

Contudo, louve-se a iniciativa dos legisladores, no sentido de dar contornos mais definidos ao instituto objeto deste estudo. É o que faz Leila Maria Torraca de Brito:

Embora o projeto se apresente insuficiente para demonstrar a importância do compartilhamento da vida e criação dos filhos após dissolvido o vínculo afetivo conjugal dos pais, a guarda compartilhada valoriza o convívio dos filhos com seus pais.⁹⁷

Diante dessas considerações, reputa-se que o Projeto de Lei número 6.350/2002 representa uma possibilidade de avanço na legislação nacional, vez que torna expressa uma figura jurídica que, como se tentou demonstrar, traz inúmeros aspectos positivos, em diferentes esferas do desenvolvimento dos seres humanos.

⁹⁷ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.** Documento disponível na *internet*, através do *site* http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/a_guarda_lianemariabusnellhome.html, acessado em 06/01/2006, às 11:45 horas.

3. DOS FUNDAMENTOS SOCIOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 DA PÓS-MODERNIDADE E INDIVIDUALISMO

O mundo contemporâneo tem se caracterizado por múltiplas e profundas contradições sociais, econômicas e políticas, tanto no panorama internacional quanto dentro das fronteiras de cada Estado. Esse novo estado de coisas, a que diversos sociólogos e teóricos de áreas afins denominaram pós-modernidade, é muito bem delineado pelo sintético comentário do grande pensador Terry Eagleton, assim emitido:

Há um tipo parecido de contradição incorporada ao pós-modernismo, que também é simultaneamente radical e conservadora. Uma característica marcante das sociedades capitalistas avançadas encontra-se no fato de elas serem tanto libertárias como autoritárias, tanto hedonistas como repressoras, tanto múltiplas como monolíticas. E não é difícil descobrir a razão disso. A lógica do mercado é de prazer e pluralidade, do efêmero e descontínuo, de uma grande rede descentrada de desejo da qual os indivíduos surgem como meros reflexos passageiros.⁹⁸

Em termos de pensamento jurídico, mais especificamente, André-Jean Arnaud vê na estrutura teórica inerente à pós-modernidade, também conhecida como pós-modernismo, um alinhamento do Direito à filosofia neoliberal envolvida no processo de globalização, entendido como a progressiva ruptura das fronteiras econômicas e culturais no planeta. Eis seus argumentos:

Deste ponto de vista, a globalização coincidiria, em parte, pelo menos, com o paradigma do pensamento jurídico pós-moderno que se caracteriza pelo pragmatismo e com o relativismo, pela aceitação do descentramento do sujeito, de uma pluralidade de racionalidades, do risco que lhes é inerente, pela volta da sociedade civil, pela apreensão das relações jurídicas na complexidade das lógicas estilhaçadas.⁹⁹

Há os que apontem, inclusive, o panorama pós-moderno como um processo de radicalização dos valores capitalistas da utilidade e do consumo. Nesses termos, os valores estariam se tornando cada vez mais instáveis, e os seres humanos estariam se isolando cada vez mais uns dos outros, como forma de dar lugar às manifestações mais exageradas da relação entre oferta e procura.

⁹⁸ EAGLETON, T. **As ilusões do pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, pp. 127-128.

O modo como o consumo isola os seres humanos entre si, especialmente nos espaços destinados ao consumo massificado de bens e serviços, é argutamente identificado pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman:

*A tarefa é o consumo, e o consumo é um passatempo absoluta e exclusivamente individual, uma série de sensações que só podem ser experimentadas – vividas – subjetivamente.*¹⁰⁰

E, o resultado desse isolamento, no sentido de gerar homens e mulheres angustiados pela dicotomia entre suas atitudes na sociedade de consumo e os valores que crêem, intimamente, dever praticar, é avaliado magistralmente por Beatriz Helena Paranhos Cardella:

*Atualmente, o homem ocidental sofre as conseqüências dessa polarização de valores e atitudes, sentindo-se solitário, vazio e desesperançado com a própria humanidade em meio às conquistas e avanços tecnológicos, que o levaram a distanciar-se de sua própria natureza. Esse mesmo homem busca o “elo perdido” de sua felicidade e bem-estar. Reconhece-se isolado e cheio de receios diante de seus semelhantes. Percebe que as relações e sua capacidade para amar e sentir-se amado não evoluíram tanto quanto seu intelecto, seu poder de raciocínio. Busca meios e formas (nem sempre eficazes) para sentir-se amado, aceito e valorizado, de dar sentido a suas realizações.*¹⁰¹

Visão como esta pode encontrar expressão nas palavras da psicóloga Marília Antunes Dantas, que identifica no atual estado de coisas algo mais que a pós-modernidade, uma “hipermodernidade”:

Após a transição cultural proporcionada pela pós-modernidade, entra em cena a hipermodernidade, uma sociedade marcada pelo signo do excesso, pela cultura da urgência e do sempre mais, pela hiperfuncionalidade, pelo movimento, pela fluidez e pelo declínio das tradicionais estruturas de sentido, onde os grandes sistemas de representação de mundo são tomados como objeto de consumo,

⁹⁹ ARNAUD, André-Jean & JUNQUEIRA, Eliane Botelho (organizadores). **Dicionário da globalização: Direito, Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 354.

¹⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 114.

¹⁰¹ CARDELLA, Beatriz Helena Paranhos. **O amor na relação terapêutica: uma visão gestáltica**. 2ª edição – São Paulo: Summus, 1994, pp. 13-14.

*sendo cambiáveis de modo tão efêmero como um automóvel ou um apartamento.*¹⁰²

Menciona-se, dessa feita, a pós-modernidade como um período que traz, em sua própria natureza, traços eminentemente contraditórios. Essa contradição fundamental, bem como suas implicações no método de se lidar com o mundo e a sociedade, é tratada por Nicolau Sevcenko:

*O pós-moderno sem dúvida traz ambigüidades – aliás é feito delas e deve ser criticado e superado. É isso que ele propõe: a prudência como método, a ironia como crítica, o fragmento como base e o descontínuo como limite.*¹⁰³

Aliás, a fragmentação enquanto princípio do modo como se interpreta a sociedade é trazido à tona, sob ótica inequívoca, por Gianni Vattimo:

*Enquanto o homem e o ser forem pensados, metafisicamente, platonicamente, em termos de estruturas estáveis que impõem ao pensamento e à existência a tarefa de “fundar-se”, de estabelecer-se (com a lógica, com a ética) no domínio do não-deveniente, refletindo-se em toda uma mitificação das estruturas fortes em qualquer campo de experiência, não será possível ao pensamento viver positivamente aquela idade pós-metafísica que é a pós-modernidade.*¹⁰⁴

Esse ambiente efêmero, contraditório, traz reflexos à esfera do indivíduo, que, como tal, tem perdido sua unidade, sua capacidade de inserção social ativa, enfim, seu horizonte de identificação de si mesmo através do outro, através do grupo que compõe. Problemática dessa natureza é identificada por Vladimir Safatle:

A dissolução do eu como unidade sintética e como locus da auto-identidade estável, o fim dos discursos sociopolíticos com aspirações universais (e, com isto, o fim das metanarrativas e dos horizontes estáveis de socialização), a falência de processos de crítica vinculados à operacionalização de distinções ontológicas entre essência/aparência: todos estes motivos eram conjugados através da promessa do advento de um tempo capaz de

¹⁰² DANTAS, Marília Antunes. **Resenha:** “Les temps hypermodernes”. Documento disponível na internet, por meio do site <http://www2.uerj.br/~revispsi/v4n1/artigos/Resenha%20-%20V4N1.htm>, acessado em 18/05/2006, às 13:52 horas.

¹⁰³ SEVCENKO, Nicolau. **O enigma pós-moderno.** In Oliveira, Roberto Cardoso de et alli. **Pós-modernidade.** Campinas: Editora da UNICAMP, 1987, p. 54.

¹⁰⁴ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVIII.

*afirmar e produzir singularidades puras, fazendo assim um retorno ao que teria sido recalcado pela modernidade e por seus processos de racionalização.*¹⁰⁵

Tal natureza, altamente contraditória, determinada pela lógica capitalista de mercado, dá lugar ao que se tem chamado de globalização, tanto econômica quanto cultural, nos termos analisados por Octavio Ianni:

*Na época da globalização, mundializaram-se as instituições mais típicas e sedimentadas das sociedades capitalistas dominantes. Os princípios envolvidos no mercado e no contrato generalizaram-se, tornando-se padrões para os mais diversos povos, as mais diversas formas de organização social da vida e do trabalho, independentemente das culturas e civilizações. Princípios que se tornam continentes: mercado, livre empresa, produtividade, desempenho, lucratividade, tecnificação, automação, robotização, flexibilização, informática, telecomunicações, redes, técnicas de produção de realidades virtuais. Esse é o contexto em que as coisas, as gentes e as idéias passam a ser atravessados pela desterritorialização, isto é, por outras modalidades de territorialização.*¹⁰⁶

E, tal conjunto de fenômenos que imprimem às relações humanas caracteres eminentemente econômicos, põe em questão valores humanos fundamentais, tais como afetividade, respeito, moral, em nome de uma veneração exacerbada à satisfação de prazeres individuais. Atente-se ao pensamento de Pedro Goergen:

*O homem enquanto ser social carece de princípios gerais que limitem os instintos e apetites individuais e imponham respeito aos direitos de todos. Vivemos numa época em que os recursos da influência, do exercício do poder e da exploração ultrapassam os limites do imaginável. Uma época em que, até, mesmo, a sedução, o mais refinado dos recursos de dominação, ilude a percepção dos dominados, fazendo com que se sintam senhores quando, na verdade, não passam de escravos. O hedonismo e o prazer pessoal inscreveram-se tão profundamente nas aspirações do homem contemporâneo que, para fruí-los, aceita, de bom grado muitas vezes, ser submisso e servil.*¹⁰⁷

¹⁰⁵ SAFATLE, Vladimir. **Pós-modernidade: utopia do capitalismo**. Documento disponível na internet, por meio do site <http://p.php.uol.com.br/tropico/html/textos/2446,1.shl>, acessado em 06/05/2006, às 20:13 horas.

¹⁰⁶ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 102.

¹⁰⁷ Goergen, Pedro. **Pós-modernidade, ética e educação**. 2ª edição – Campinas - SP: Autores Associados, 2005, p. X.

A mencionada relativização ou mudança de valores é verificada, como há anos salientou o eminente sociólogo Sérgio Buarque de Holanda, mesmo em circunstâncias tidas como normais.

Analisando o fenômeno de famílias enviarem seus jovens para estudar em outras localidades, aquele autor vislumbrou como essa nova realidade pessoal do jovem pode influenciar seu conjunto de valores:

*A personalidade social do estudante, moldada em tradições acentadamente particularistas, tradições que, como se sabe, costumam ser decisivas e imperativas durante os primeiros quatro ou cinco anos de vida da criança, era forçada a ajustar-se, nesses casos, a novas situações e a novas relações sociais que importavam na necessidade de uma revisão, por vezes radical, dos interesses, atividades, valores, sentimentos, atitudes e crenças adquiridos no convívio da família.*¹⁰⁸

E, no mundo contemporâneo, não haveria o jovem de adquirir como novos valores algo que não se amoldasse às “exigências do mercado”.

Inclusive na produção e distribuição de bens culturais, a lógica mercadológica, centrada no retorno financeiro imediato, se manifesta, conforme constatação de Olavo de Carvalho:

*Apesar disso tudo, um dogma inscrito como cláusula pétrea na testa da nossa intelectualidade reza que o espírito é filho do dinheiro.*¹⁰⁹

Eduardo Lourenço enfatiza também a natureza eminentemente comercial que vem assumindo a cultura, em nome de uma popularização que nem sempre é mantida como objetivo principal:

*Seria absurdo ofuscarmos-nos não só pelo acesso do maior número à fruição cultural, durante séculos privilégio de raros ou apetência de connaisseurs, como também pela natural banalização de uma oferta que parece mais condicionada pelo “rendimento” dela, nos termos óbvios da economia, do que por qualquer utopia schilleriana de “educação estética da humanidade”.*¹¹⁰

¹⁰⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 19ª edição – Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, p. 104.

¹⁰⁹ CARVALHO, Olavo de. **O imbecil coletivo: atualidades inculturais brasileiras**. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1996, p. 183-184.

¹¹⁰ LOURENÇO, Eduardo. **A Nau de Ícaro e Miragem da Lusofonia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 12.

Cresce, dia a dia, a dificuldade do ser humano de estabelecer e manter relações sólidas com os demais, na mesma proporção da própria evolução tecnológica. Acerca dessa situação, discorre com propriedade Aristides CimaDon:

As intensas transformações técnico-científicas fazem gerar fenômenos de desequilíbrios que ameaçam a vida. A deterioração do afeto marginaliza o ser humano, engessa a iniciativa e a criatividade, reduzindo as relações de amizade e estiolando o desejo.¹¹¹

E, incapaz de estabelecer e manter relações sociais sólidas, o ser humano nega sua própria natureza, lastreada em milenar tradição de caráter sociológico e, inclusive, religioso. Sobre as relações sólidas como integrantes da história da civilização, versa Rudolf Eucken:

Se considerarmos a importância dos deveres que comportava, não era uma vida fácil que assim se manifestava, mas uma vida cheia de movimento e estabelecida sobre relações sólidas: não era uma vida vã.¹¹²

Assim, individualista e servil ao que se lhe impõe, o ser humano perde, quase que por completo, a noção de perenidade, de concretização de um projeto de vida, ou mesmo à sua realização pessoal a longo prazo. Assevera Lindgren Alves:

Na pós-modernidade, o eterno passa a ser contingente; o universal, ilusório e a metafísica, uma invenção sem sentido. Esboroa-se, portanto, a idéia de fundamentos para a política, o Direito e a ética. Tudo passa a ser relativo, localizado e efêmero. É nessa situação que se desenvolvem – ou se esmaecem – os confrontos político-sociais, tendo por pano de fundo uma tecnologia "performativa", um conhecimento elusivo e uma globalização excludente.¹¹³

Na verdade, o individualismo que impera nos dias atuais pode ser visto até mesmo como a radicalização de um processo iniciado já na Era Moderna, em que o

¹¹¹ CIMADON, Aristides. **As relações jurídicas na pós-modernidade**. In MEZZARROBA, Orides (organização). **Direito, Estado e Pós-modernidade**. Florianópolis: UNOESC / CPGD-UFSC, 1996, p. 13.

¹¹² EUCKEN, Rudolf. **O sentido e o valor da vida**. Tradução de João Távora. Rio de Janeiro: Opera Mundi, 1971, p. 69.

¹¹³ ALVES, J. A. Lindgren. **A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade**. Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html, acessado em 21/01/2006, às 09:14 horas.

Iluminismo decretou a soberania da razão humana (individual) na condução da humanidade ao progresso, a um futuro próspero. É o que destaca Nilson Thomé:

As relações entre modernismo e pós-modernismo são ambíguas. O individualismo atual, por exemplo, nasceu com o modernismo, mas o seu exagero narcisista é um acréscimo pós-moderno. O homem de antes, produto da civilização industrial, mobilizava as massas para as amplas lutas políticas; o homem de agora, presente na sociedade pós-industrial, dedica-se às minorias – sexuais, raciais, culturais – e, por isso mesmo, atua apenas no micro-cosmos do cotidiano.¹¹⁴

Pode-se identificar o início desse fenômeno na primeira das quatro conotações que, segundo Jürgen Habermas, a subjetividade humana assumiu na Era Moderna. A partir das constatações de Hegel, posiciona-se Habermas:

Nesse contexto a expressão subjetividade comporta sobretudo quatro conotações: a) individualismo – no mundo moderno, a singularidade infinitamente particular pode fazer valer suas pretensões.¹¹⁵

Esse crescente individualismo pode ser mesmo associado à consciência do homem de sua condição na modernidade. Carl Gustav Jung destaca que a própria inserção consciente do homem no presente o afasta mais e mais da coletividade:

Quem chega a esta consciência do presente, necessariamente é solitário. O homem “moderno” sempre foi solitário. Cada passo em direção a uma consciência mais elevada e mais abrangente afasta-o da participação mística primitiva e puramente animal com o rebanho, e da submersão num inconsciente comum.¹¹⁶

Conscientemente ou não, e seja isso bom ou ruim, o ser humano volta-se progressivamente para si mesmo, e tal estado de coisas exerce forte influência sobre as relações humanas de todas as naturezas, sobretudo a familiar. De início, vale relembrar a lição de Cristiano Chaves de Farias:

¹¹⁴ THOMÉ, Nilson. **Considerações sobre modernidade, pós-modernidade e globalização nos fundamentos históricos da educação no Contestado**. Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.achegas.net/numero/quatorze/nilson_thome_14.htm, acessado em 21/01/2006, às 11:06 horas.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

¹¹⁶ JUNG, Carl Gustav. **Civilização em transição**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 75.

*A pluralidade, dinâmica e complexidade dos movimentos sociais (multifacetários) contemporâneos trazem consigo, por óbvio, a necessidade de renovação dos modelos familiares até então existentes. Os casamentos, divórcios, recasamentos, adoções, inseminações artificiais, fertilização in vitro, clonagem etc. impõe especulações sobre o surgimento de novos status familiares, novos papéis, novas relações sociais, jurídicas e afetivas.*¹¹⁷

A relação entre Pós-modernidade e Modernidade pode, ainda, ser compreendida dedicando-se mais atenção às raízes do individualismo pós-moderno em um movimento teórico muito típico da Modernidade, qual seja o Liberalismo.

O Liberalismo, na qualidade de doutrina eminentemente econômica, apregoava a necessidade de se desvincular, ao máximo, as atividades destinadas ao lucro da ingerência estatal. E, na defesa desse ideário, a orientação individualista foi de grande valia. É o que observa Luís Felipe Miguel:

*Este individualismo é um traço constitutivo do liberalismo desde seus primórdios. Quando Hobbes e Locke, por exemplo, formulam suas teorias do contrato social, no século XVII, eles também delineiam uma imagem atomística da sociedade (...). Seu fundamento é o bem individual, sem consideração pela comunidade (uma palavra, aliás, desprovida de sentido para os dois autores). O único móvel para a constituição da sociedade política é a vantagem pessoal — a preservação da vida, no caso de Hobbes, ou da propriedade, no caso de Locke, ambas ameaçadas pela ausência de poder coercitivo imperante no estado de natureza.*¹¹⁸

Certamente, para se pretender uma proteção quase absoluta do indivíduo e de suas relações frente a uma eventual “voracidade” do Estado, há que se partir da premissa de que o ser humano é, principalmente, uma entidade individual dotada de racionalidade, e, sob esse prisma, tem plenas condições de gerenciar a si próprio e a suas atividades. Premissa semelhante a essa é apresentada por Vicente Barretto como característica da visão liberal:

Ao lado do racionalismo e da idéia de lei natural, o individualismo é a terceira tese filosófica do liberalismo e que irá, no entendimento de

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)**. In Farias, Cristiano Chaves de (coordenador). **Temas atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 21.

¹¹⁸ MIGUEL, Luís Felipe. **Teoria política feminista e liberalismo: o caso das cotas de representação**. Documento disponível na internet, por meio do site http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000300005, acessado em 06/05/2006, às 18: 48 horas.

*alguns autores, constituir o núcleo central da ideologia liberal. A idéia básica do liberalismo é a de que do ponto de vista ontológico e ético o ser humano é, antes de tudo, um indivíduo. Por essa razão, a sua inserção na sociedade é relativizada, sendo o Estado considerado como um mal necessário.*¹¹⁹

E, o liberalismo construído a partir do individualismo humanista, então estabelecido, fornece o campo perfeito para o modo de produção capitalista que passou a se instalar.

Logo, o advento do liberalismo individualista não pode ser desvinculado das transformações sociais e, principalmente, econômicas que se deram no mesmo período. Esse detalhe é rememorado por João Batista Damasceno:

*Não se pode falar em liberalismo sem partir das grandes transformações que propiciaram o surgimento do mundo moderno que, no individualismo, encontrou seu fundamento. A valorização do homem – promovida pelo humanismo – aliada aos princípios da propiciados pelas mudanças nas concepções religiosas, faz surgir o liberalismo que, por sua vez, prepara o campo fértil para o surgimento da democracia e também para o desenvolvimento do capitalismo.*¹²⁰

Portanto, pode-se concluir que, na atualidade, o homem (espécie humana) encontra-se imbuído de profundo espírito individualista, e tende, freqüentemente, a deixar de lado princípios e instituições fundamentais à sua formação e desenvolvimento, entre as quais a que mais interessa a este estudo é a família.

3.2 DA DISSOLUÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES NO ATUAL CONTEXTO SOCIAL

O individualismo dominante no mundo atual retira das prioridades do ser humano o compartilhamento de sua vida, o que afeta, inevitavelmente, a família.

Esse fenômeno se manifesta em diversas áreas, inclusive culturais, tais como literatura e cinema, meio de comunicação de grande abrangência. Atente-se ao comentário de Luiz Fernando Dias Duarte:

¹¹⁹ BARRETTO, Vicente. **A natureza ética do liberalismo e do capitalismo**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_4.html, acessado em 06/05/2006, às 18:42 horas.

¹²⁰ DAMASCENO, João Batista. **Individualismo e liberalismo: valores fundadores da sociedade moderna**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.achegas.net/numero/doze/damasceno_12.htm, acessado em 06/05/2006, às 18:38 horas.

A literatura de ficção sobretudo (mas também, nos seus passos, o cinema) veiculou a imagem de uma família pegajosa, antro de simbiose e perversão, de onde cabe aos heróis solares escapar e aos saturninos permanecer em danação.¹²¹

David Lyon, interpretando Émile Durkheim, em termos atuais, expõe:

Laços tradicionais de família, de parentesco e de vizinhança, rompidos pela nova mobilidade e pela falta de uma regulação convencional, eram substituídos por uma sensação de incerteza, de perda de direção e de que os indivíduos, de algum modo, passavam a ter uma vida independente.¹²²

Jaci Régis se associa aos teóricos que põem em evidência essa ruptura, nesse contexto, da estrutura familiar tradicional, tecendo as considerações a seguir:

A urbanização da sociedade, a industrialização da economia, a estrutura do Estado moderno, as transformações decorrentes das guerras e reivindicações de grupos raciais e religiosos, forçaram a quebra da antiga estrutura doméstica. Em outras palavras, a família foi esvaziada de muitas de suas funções. Entrou em crise, para adaptar-se a um processo de mudança.¹²³

Em função disso, deu-se à família a mesma volatilidade que às transições políticas e financeiras que regem a sociedade hodierna. Com tal preocupação, José Nalini analisa a crise que atinge os núcleos familiares, concluindo por alarmantes constatações, com fulcro em dados da cidade de São Paulo:

Entre 1980 e 1992, o casamento legal reduziu-se em 11%, o que significa vinte e três mil casais deixando de se casar. A taxa de nupcialidade era de 8,3 por mil em 1980 e passou a ser de 5,7 em 1992. No município da capital, a queda no volume de casamentos chegou a 26,5%, sugerindo que os paulistas aderiram a novas formas de união em substituição à convencional. Além disso, enquanto a média diária de casamentos foi constante, entre 1980 e 1990, a média diária de separações no período subiu mais de 257% e os divórcios mais de 550%.¹²⁴

¹²¹ DUARTE, Luiz Fernando Dias. **Horizontes do indivíduo e da ética no crepúsculo da família.** In RIBEIRO, Ivete & RIBEIRO, Ana Clara T. (organização). **Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira.** São Paulo: Loyola, 1995, p. 31.

¹²² LYON, David. **Pós-modernidade.** Tradução de Euclides L. Calloni. São Paulo: Paulus, 1998, p. 50.

¹²³ RÉGIS, Jaci. **Amor, casamento e família.** 3ª edição – São Paulo: DICESP, 1980.

¹²⁴ NALINI, José Renato. **A família brasileira no século XXI.** In **Revista de Direito Privado**, ano 1, n. 1, janeiro a março de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

Esse esvaziamento, ou enfraquecimento da família, se deu, também, em razão da negação, intrínseca à necessidade de afirmação da pós-modernidade como distinta dos ideais da Modernidade, de toda e qualquer remissão a paradigmas tradicionais. Esse ângulo é vislumbrado, com propriedade, por Cynthia Sarti:

No mundo contemporâneo, as mudanças ocorridas na família relacionam-se com a perda do sentido da tradição. Vivemos numa sociedade onde a tradição vem sendo abandonada como em nenhuma outra época da História. Assim, o amor, o casamento, a família, a sexualidade e o trabalho, antes vividos a partir de papéis preestabelecidos, passam a ser concebidos como parte de um projeto em que a individualidade conta decisivamente e adquire cada vez maior importância social.

*A afirmação da individualidade sintetiza o sentido das mudanças atuais, o que tem implicações evidentes nas relações familiares, fundadas no princípio da reciprocidade e da hierarquia.*¹²⁵

De fato, pode-se afirmar que a própria massificação dos meios de comunicação, traço marcante da sociedade contemporânea, incita a desestruturação da unidade familiar, uma vez que eleva a individualidade a tal ponto que destitui as próprias figuras parentais de sua importância no processo de formação e socialização dos filhos.

Um reflexo claro da relação entre aumento do individualismo e queda na constituição de unidades familiares pode ser encontrado no sensível aumento de pessoas vivendo sozinhas nas grandes cidades. Eric Hobsbawm observa:

*O número de pessoas vivendo sós (isto é, não como membro de algum casal ou família maior) também começou a disparar para cima. Na Grã-Bretanha, permaneceu em grande parte o mesmo durante o primeiro terço do século, cerca de 6% de todas as casas, subindo muito suavemente daí em diante. Contudo, entre 1960 e 1980, a porcentagem quase duplicou de 12% para 22% de todas as casas, e em 1991 era mais de um quarto.*¹²⁶

O psicólogo e professor Hamilton Ayres Freire de Andrade observa, argutamente, a perda de significado que a figura paterna sofre diante dos ataques da mídia atual:

¹²⁵ SARTI, Cynthia A. **Família e individualidade: um problema moderno.** In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (organizadora). **A família contemporânea em debate.** 3ª edição – São Paulo: EDUC, 2000, p. 43.

¹²⁶ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991).** Tradução de Marcos Santarrita. 2ª edição – São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 316.

Em primeiro lugar, a figura do pai enquanto representante primeiro da socialização decai quando a mídia de massa passa a dirigir diretamente os egos em formação. Em vez da família como entidade onde acontece a socialização primária, estariam, na sociedade industrial, outras formas de agrupamentos aos quais se tem acesso fácil fora do ambiente familiar, além da presença cada vez mais marcante das diversas formas de comunicação.¹²⁷

E, a própria emancipação do sexo feminino, fenômeno ocorrido a partir da década de 1960, contribuiu para aprofundar a aparência de crise que ronda a instituição familiar, já que, uma vez emancipadas e trazidas à condição de plena igualdade com o sexo masculino (fato já há muito necessário), as mulheres ingressaram também no espírito individualista até aqui comentado. Ana Maria Szapiro discorre:

A maximização dos valores de liberdade e de igualdade – extensivos e consolidados também para as mulheres –, no interior dos relacionamentos familiares, produziu e vem produzindo mudanças importantes que problematizam o modo de funcionamento relacional e hierárquico entre os gêneros. Esta é, a meu ver, uma das causas do sentimento de “crise” da família, de “mal-estar” na família, tal como tem sido insistentemente colocado na atualidade.¹²⁸

Logo, as relações entre pais e filhos, bem entre cônjuges, têm se tornado impessoais, vazias. Em síntese, perdeu-se o foco no amor como fundamento das relações familiares, como observa Gabriel Chalita:

Na família moderna, em numerosos casos, falta o amor. Pode-se afirmar que todos fingem não saber que o prazer é apenas um artifício criado pela natureza para obter dos seres vivos a preservação da vida.¹²⁹

Contudo, as modificações e os problemas decorrentes do advento da pós-modernidade forçaram o Direito, e, em especial, o Direito Civil, a oferecer novas soluções, adaptadas ao contexto contemporâneo. É o que sustenta o doutrinador Bruno Naves:

¹²⁷ ANDRADE, Hamilton Ayres Freire de. **Sigmund Freud e Herbert Marcuse: do mal-estar da civilização na satisfação administrada na sociedade industrial.** Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.cchla.ufpb.br/paraiwa/03-hamilton.html>, acessado em 06/05/2006, às 19:08 horas.

¹²⁸ SZAPIRO, Ana Maria. **O indivíduo fora da cidade: questões à transmissão na sociedade contemporânea.** Documento disponível na internet, por meio do site <http://www2.uerj.br/~revispsi/v3n1/artigos/artigo3v3n1.html>, acessado em 01/04/2006, às 11:53 horas.

Enfim, no que a experiência jurídica privada possa oferecer como subsídio à disciplina dos conflitos que a pós-modernidade suscita, só podemos dizer que a criação de soluções jurídicas para tais problemas passa pela compreensão da complexidade da nova sociedade, que exige a superação dos modelos e paradigmas ainda vigentes, próprios da modernidade (sécs. XVIII e XIX).¹³⁰

Tal é a necessidade de se reformular o Direito Civil, com o objetivo de preservar a instituição familiar, que, segundo o espanhol Federico de Castro y Bravo¹³¹, isto já vem sendo efetivado nos ordenamentos jurídicos alienígenas:

Ello no obstante, los vínculos familiares siguen teniendo gran importancia social y consiguientemente son considerados por disposiciones de todas clases.¹³²

Em resumo, a tendência pós-moderna de elevar o indivíduo acima de todas as coisas provoca a necessidade de se rever todas as relações humanas, e, em especial, as familiares, que, como se verá em capítulo posterior, determina a essência da personalidade de cada um dos sujeitos que compõem a sociedade.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA COMO TENTATIVA DE SE MANTEREM VÍNCULOS AFETIVOS

Mesmo em face do já exposto, nem tudo deve ser visto com desesperança. Muitos autores têm visualizado, no seio das mesmas transformações já mencionadas, uma oportunidade única de se dar novo posicionamento à família, no qual a mesma retomaria o papel central da constituição social. Entre os autores assim alinhados, está João Carlos Petrini, que fundamenta sua visão otimista nos seguinte termos:

A investigação científica mais recente, no Brasil e no exterior, acumula dados que descrevem um enfraquecimento das relações familiares, mas identifica também indícios e evidências de uma surpreendente vitalidade do ideal familiar. Não são poucos os estudiosos que afirmam que, no meio das turbulências, a família empenha-se em reorganizar, na sociedade pós-moderna, aspectos

¹²⁹ CHALITA, Gabriel. **Educação: a solução está no afeto**. 6ª edição – São Paulo: Gente, 2001, p. 19.

¹³⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César & SÁ, Maria de Fátima Freire de (coordenadores). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 77.

¹³¹ BRAVO, Federico de Castro y. **Compendio de Derecho Civil**. I (Introducción al Derecho Civil) y II (Derecho de la persona). 4ª edición - Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 261.

¹³² Não obstante, os vínculos familiares seguem tendo grande importância social e conseqüentemente são considerados por disposições de todas as classes (tradução do autor).

*da sua realidade que o ambiente sociocultural vai desgastando. Reagindo aos condicionamentos externos e, ao mesmo tempo, adaptando-se a eles, a família encontra novas formas de estruturação que, de alguma maneira, a reconstituem, sendo reconhecida como uma estrutura básica permanente da experiência humana e social.*¹³³

Perspectivas dessa natureza atendem, de modo irrecorrível, aos anseios do próprio ser humano em si, uma vez que é, com efeito, no seio da família que é facultado ao indivíduo se desenvolver em todas as suas potencialidades.

No âmbito da sociologia, Caleb Cattegno identifica corrente coesa direcionada a sublinhar o papel a ser exercido pela unidade familiar na educação das novas gerações:

*Pretendem, com razão, os sociólogos que, no desenvolvimento dos hábitos mentais, das atitudes, dos ideais, a família, a Igreja, o clube, a rua, o cinema, o rádio, a imprensa e os livros representam um papel tão importante quanto a escola, sendo seu princípio que a educação da jovem geração deverá ser o resultado da união organizada de todas essas influências em vista de um ideal que eles deixam indefinido, mas que chamam de bem-estar da comunidade.*¹³⁴

De fato, há quem visualize, em dissonância com o modo pessimista como usualmente se tem enxergado a família, novas perspectivas, de transformações tendentes a rever o complexo humano basilar, em novos parâmetros. Ivone Coelho e Maria Berenice Dias expressam o lado positivo das mudanças contemporâneas:

*Há uma apreciação bipartida dessa família, que prefere “crise e decadência”, ao lado de outra que prefere perceber evolução e conquista. Na verdade, a família moderna, ao lado das aquisições que instalam a modernidade, educação mais liberal, papéis mais flexíveis etc., não logra isentar-se de profunda problemática, expressa, por exemplo, na ausência dos pais, na debilidade dos limites que se impõem aos filhos e nas dificuldades de reduzir os índices de conflitos por eles apresentados. É o mesmo para a confusão estabelecida nos papéis paternos, entre o autoritarismo ou simplesmente a tão necessária autoridade parental.*¹³⁵

¹³³ PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão**. Florianópolis: EDUSC, 2003, pp. 60-61.

¹³⁴ CATTEGNO, Caleb. **Educação para o amor**. Tradução de Maria Sofia Bulcão Viana. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1958, p. 163.

¹³⁵ COELHO, Ivone M. C. & DIAS, Maria Berenice. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 1, v. 4, outubro a dezembro de 2000. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 275.

Já, no domínio em que o estudo da sociedade encontra-se com a psicologia, o ilustre Burrhus Frederic Skinner observa com maestria a necessidade do equilíbrio familiar no devido crescimento integral do indivíduo, na medida em que dela depende para adaptar-se aos moldes da vida em sociedade. Em seus termos:

*“O homem nasce livre”, disse Rousseau, “e em toda parte está em cadeias”. Mas ninguém é menos livre do que um recém-nascido, e ele tampouco se tornará livre à medida que crescer. Sua única esperança está em vir a ser controlado por um ambiente natural e social no qual possa tirar o máximo proveito de sua dotação genética e, com faze-lo, perseguir com êxito a felicidade. Sua família e seus iguais fazem parte desse meio e ele será beneficiado se eles agirem de forma ética.*¹³⁶

A atitude ética e inclusiva nas relações de família, rumo à plenitude dos que por ela se unem ou em seu seio vêm ao mundo, é enfatizada também por Jung Mo Sung e Josué Cândido da Silva:

*A exigência da ética que vimos no campo da economia, da política e da ecologia também se faz presente nas relações de gênero. O que significa que as mudanças exigidas não se reduzem ao campo social e público, mas também chegam ao âmbito privado das relações interpessoais e de família.*¹³⁷

Este seria um caminho para se deixar de lado o patrimônio e a simples procriação, para se consolidar, na célula central da humanidade, uma série de valores existenciais dignos de serem protegidos contra eventual ruptura ou desintegração. Ouça-se Cristiano C. de Farias:

*Na medida em que a família deixa de ser encarada sob a ótica patrimonialista e como núcleo de reprodução e passa a ser tratada como instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, realçados seus componentes mais próximos à condição humana, tem-se, sem dúvida, uma democratização da estrutura familiar.*¹³⁸

¹³⁶ SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o Behaviorismo**. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 172.

¹³⁷ SUNG, Jung Mo & SILVA, Josué Cândido da. **Conversando sobre ética e sociedade**. 8ª edição – Petrópolis: Vozes, 2000, p. 105.

¹³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana**. In **Revista de Direito Privado**, ano 5, n. 19, julho a setembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 62.

Dessa forma, a guarda compartilhada, modelo em que se mantém a convivência entre os filhos de pais separados e ambos os seus genitores, e cujo conceito jurídico se verá mais à frente, pode contribuir para a melhoria das relações entre pais e filhos, e mesmo entre os cônjuges cujo matrimônio se desfez. Para se ilustrar tal afirmação, vislumbre-se explicação, em termos sociológicos, de como essa guarda ocorre na prática:

Com o novo casamento de sua mãe, o menino foi morar com ela e o "tio". Como sua guarda é a chamada "guarda compartilhada", além dos tradicionais fins de semana, férias, feriados, ele fica, ou "vai com o pai", de vez em quando, sem muita fixidez de dias. Com o casamento de seu pai (com moça de outro estado), o menino, se não ganhou uma "tia" – já que, ao que parece, no seu meio, as mulheres dos pais, se não viram "mães", são chamadas por seu próprio nome –, ganhou uma nova (assim chamada por ele) "avó" (além das duas que já tinha), na casa de quem ia passar todas as férias junto com o novo casal.¹³⁹

O benefício social dessa espécie de manutenção das relações entre pais separados e seus filhos não se restringe a amenizar a angústia e a solidão do ser humano individualista contemporâneo. Torna até mesmo mais fácil o relacionamento entre aqueles, num mundo em que o trabalho ocupa posição essencial na vida de todos os membros maiores da unidade familiar. Observa Cristiane Rogério:

A guarda compartilhada é também um reflexo da família moderna, com homens e mulheres inseridos no mercado de trabalho - e, portanto, com a mesma disponibilidade de horários para ficar com os filhos. Há muito se foi o tempo em que a ocupação feminina era apenas cuidar dos filhos. Nada mais justo, então, que os pais dividam igualmente todas as tarefas que lhes cabem. Sem falar no mais importante: conviver com o pai e a mãe.¹⁴⁰

A plena convivência com ambos os genitores, quer a guarda compartilhada propicia mesmo em casos de casais separados, promove a manutenção, e mesmo a intensificação, de vínculos afetivos essenciais ao desenvolvimento da criança.

¹³⁹ MOTTA-MAUÉS, Maria Angélica. **Na "casa da mãe" / na "casa do pai": anotações (de uma antropóloga e avó) em torno da "circulação" de crianças.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.scielo.br/pdf/ra/v47n2/a03v47n2.pdf>, acessado em 29/10/2005, às 11:04 horas.

¹⁴⁰ ROGÉRIO, Cristiane. **Três Projetos de Lei tramitam no Congresso para incluir a opção de guarda compartilhada no Código Civil.** Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.aleitamento.com/a_artigos.asp?id=7&id_artigo=829&id_subcategoria=13, acessado em 02 de janeiro, às 18/01/2006, às 18:31 horas.

Psicólogos e pedagogos apontam a necessidade de tais vínculos no aprendizado dos filhos, e mesmo na sua realização como ser social, visto que é na estrutura familiar que se inicia a formação da capacidade que o ser humano terá de se relacionar com os demais. Valdete Maria Ruiz e Marli Jorge de Oliveira explicam:

Desde que a criança nasce, o ambiente precisa satisfazer suas necessidades básicas de afeto, apego, desapego, segurança, disciplina e comunicação, pois é nele que se estrutura a mais importante forma de aprendizagem: a de estabelecer vínculos, isto é, a capacidade de se relacionar, tendo-se em conta que o ser humano é um ser social.¹⁴¹

Desse modo, afirma-se a guarda compartilhada como solução viável ao problema do agravamento do isolamento a que o indivíduo pós-moderno, em sua formação, está sujeito, ao se tentar manter em sua vida a saudável convivência familiar.

¹⁴¹ RUIZ, Valdete Maria & OLIVEIRA, Marli Jorge Vischi de. **A dimensão afetiva da ação pedagógica.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.unipinhal.edu.br/ojs/educacao/include/getdoc.php?id=138&article=34&mode=pdf>, acessado em 06/05/2006, às 19:01 horas.

4. DOS FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 DOS EFEITOS PSICOLÓGICOS, PARA OS CÔNJUGES, DA SEPARAÇÃO OU DO DIVÓRCIO

Quando se trata da constituição de uma família, entre um homem e uma mulher, esta há que ser considerada como o resultado de um processo emocional, que atingiu níveis de intensidade bastante intensos.

O psicólogo Viktor Frankl defende que o amor profundo e verdadeiro entre homem e mulher, pressuposto para a formação de uma nova unidade familiar, ultrapassa, em muito, as relações físicas ou de atração sexual entre ambos.

Passa-se, então, a uma tamanha conjugação de estruturas pessoais que se torna uma relação praticamente espiritualizada, que funde projetos de vida, num companheirismo muito peculiar. Nos termos daquele autor:

Nestes termos, a relação direta com o que há de espiritual na outra parte significa a mais alta forma possível de companheirismo. Quem ama neste sentido, também não se sente, por sua vez, excitado na sua corporalidade, nem comovido na sua emocionalidade; antes se acha tocado no mais fundo do seu espírito: tocado, sim, pelo portador espiritual da corporalidade e do anímico da outra parte, pelo seu cerne pessoal.¹⁴²

Como adverte o já citado Zygmunt Bauman, parte da intensidade com que esse sentimento domina cada uma das partes se deve ao fato de que, individualmente, muitas vezes se busca nessa “comunhão espiritualizada” com o outro uma forma de completar a si mesmo, buscando ver refletidas no ser amado as próprias qualidades. Pondera o autor:

Por vezes é difícil separar a adoração do ser amado da auto-adoração. Pode-se observar um traço de um ego expansivo e no entanto inseguro, desesperado por confirmar seus méritos incertos por meio de seu reflexo no espelho.¹⁴³

Assim, é de se compreender a torrente de tristeza, nervosismo, desilusões, que decorrem da ruptura de uma relação dessa natureza.

¹⁴² FRANKL, Viktor E. **Psicoterapia e sentido da vida**. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante, 1973, p. 175.

¹⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 33.

Eliana Riberti Nazareth observa que, mesmo após a separação formal, o casal encontra dificuldades para romper os vínculos.

Contudo, muitas vezes, essas dificuldades podem se manifestar, diz a psicóloga, num misto de alívio pelo fim de uma relação fracassada, com um tipo de “luto” por não se saber processar a decepção pelo fim de um projeto comum.

E, isso dá lugar à agressividade entre ambos, que perdem por completo a habilidade em se comunicarem, entre si e com os filhos. Para aquela profissional, essa animosidade pode se tornar grave, necessitando de trabalho multidisciplinar:

Tenho tido várias oportunidades de, em consultório, atender casais e famílias em situação de separação, enviados por seus advogados, que chegaram procurando ajuda por absoluta incapacidade de manterem entre si uma comunicação que não fosse constituída apenas de ataques e agressões. A experiência tem me mostrado o quanto pode ser útil e eficaz para todos um trabalho interdisciplinar; normalmente abrevia o tempo e o prejuízo moral e material que se seguem a longas disputas.¹⁴⁴

O desfazimento de um casamento pela separação judicial ou pelo divórcio, ou a dissolução de uma união estável não formalizada por meio do casamento, gera, como visto, efeitos psicológicos gravemente prejudiciais ao homem e à mulher.

Isso decorre, entre outros fatores, da própria situação da mulher, tradicionalmente relegada a um plano secundário, e inclusive em termos materiais e de realidade social, no contexto pós-moderno a que já nos remetemos, como salientam as estudiosas argentinas Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta¹⁴⁵:

Debemos tener presente que el proceso de individuación al cual aludimos y el fortalecimiento de la autonomía privada en las decisiones familiares que, aparentemente, beneficia a ambos integrantes de la pareja, dejan, con frecuencia, desguarnecida a la mujer y a los hijos. Si bien la mujer posee en la familia y en la sociedad derechos legales iguales al hombre, en la realidad social se encuentra en una situación de desventaja cuando se produce la ruptura conyugal, particularmente en los sectores de menores recursos.¹⁴⁶

¹⁴⁴ NAZARETH, Eliana Riberti. **Com quem fico, com papai ou com mamãe?** In NAZARETH, Eliana Riberti (coordenação geral). **Direito de Família e Ciências Humanas: Caderno de Estudos n. 1.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997, p. 80.

¹⁴⁵ GROSMAN, Cecilia P. & ALCORTA, Irene Martínez. **Familias Ensambladas: nuevas uniones después del divorcio.** Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 30.

¹⁴⁶ Devemos ter presente que o processo de individualização ao qual aludimos e o fortalecimento da autonomia privada nas decisões familiares que, aparentemente, beneficia a ambos os integrantes do casal, deixam, com frequência, desguarnecida a mulher e os filhos. Embora a mulher possua na

Em decorrência dos conflitos que antecedem essa ruptura, e que, muitas vezes, se seguem depois dela, podem surgir, também, conseqüências danosas no campo psicológico dos filhos. Assevera Lída Basset¹⁴⁷:

Más adelante, se insiste en que cuando sobreviene una crisis conyugal, ésta invade tan severamente la personalidad de los esposos, que no pueden dedicar tiempo y esfuerzos a contemplar la situación de terceros, aunque esos terceros sean los propios hijos. El hecho entorpece aun más el entendimiento de que éstos necesitan de ambos padres, aunque ello aparezca como una exigencia natural de su mismo "código cromossómico".¹⁴⁸

Os efeitos concretos da ruptura da vida entre os pais, bem como da ausência de qualquer deles, sobre a vida e o desenvolvimentos dos filhos, é o que se pretende demonstrar no tópico seguinte.

4.2 DA DISSOLUÇÃO DA FAMÍLIA E INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DOS FILHOS MENORES

As relações entre pais e filhos, como é sabido, são de fundamental importância na formação emocional, psicológica, ética, moral e social dos seres humanos.

Isso se deve, primordialmente, à circunstância de ser a família o primeiro agrupamento social através do qual o homem entra em contato com os padrões do mundo em que ingressa com seu nascimento. E, Luiz Fernando Rolin Bonin destaca com astúcia o conteúdo desse primeiro degrau da integração social:

Cada indivíduo ao nascer, encontra um sistema social criado através de gerações já existente, e que é assimilado por meio de interações sociais.¹⁴⁹

família e na sociedade direitos legais iguais aos do homem, na realidade social se encontra em uma situação de desvantagem quando se produz a ruptura conjugal, particularmente nos setores de menores recursos (tradução do autor).

¹⁴⁷ BASSET, Lidia N. Makianicho de. **Derecho de visitas: régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicacion entre padres e hijos**. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 25.

¹⁴⁸ Mais adiante se insiste que, quando sobrem uma crise conjugal, esta invade tão severamente a personalidade dos esposos, que não podem dedicar tempo e esforços para contemplar a situação de terceiros, ainda que esses terceiros sejam os próprios filhos. O fato entorpece ainda mais o entendimento de que estes necessitam de ambos os pais, ainda que isso apareça como uma exigência natural de seu próprio "código cromossômico" (tradução do autor).

¹⁴⁹ BONIN, Luiz Fernando Rolin. **Indivíduo, cultura e sociedade**. In JACQUES, Maria da Graça Corrêa et alli. **Psicologia social contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 59.

A família, na qualidade de espaço próprio para se começar a assimilar a sociedade, é exposta, com clareza e profundidade, por Sônia Grubits Gonçalves de Oliveira, nos seguintes termos:

*A família, portanto, converte-se no lugar da aprendizagem de papéis biológicos e funções sociais e, conseqüentemente, na base do desenvolvimento da Identidade.*¹⁵⁰

A inserção do indivíduo na sociedade, processo conhecido como socialização, tem seu início e seu fundamento na família, segundo Elaine Maria Braghirolli, Guy Paulo Bisi, Luiz Antônio Rizzon e Ugo Nicoletto:

*A socialização da criança inicia e tem seu fundamento na família, cresce através da interação com os companheiros, se desenvolve e cria corpo na escola, continua a se expandir na adolescência e juventude, para culminar na vida adulta. A base, porém, sempre estará na família. Lá acontece uma espécie de condicionamento. Se o relacionamento com os membros da família, particularmente com a mãe, for positivo, haverá uma generalização de resposta e a criança passará a perceber todos os demais como fonte de satisfação, com confiança, positivamente.*¹⁵¹

A convivência próxima e afetuosa tanto com o pai quanto com a mãe é que determina, em conjunto com outros fatores, o equilíbrio psíquico da pessoa. Vide manifestação de Cenise Monte Vicente:

*Nos primeiros anos de vida a criança depende destas ligações para crescer. Ela carece de cuidados com o corpo, com a alimentação e com a aprendizagem. Mas nada disso é possível se ela não encontrar um ambiente de acolhimento e afeto. Os bebês não sobrevivem ao desamor. Pais conflitados e instáveis produzem uma relação de ambivalência que pode prejudicar a criança. As doenças mentais infantis expressam, freqüentemente, as dificuldades afetivas das relações interpessoais familiares. Na área da saúde mental, o papel dos distúrbios familiares nos sintomas da criança tem sido cada vez mais reconhecido.*¹⁵²

¹⁵⁰ Oliveira, Sônia Grubits Gonçalves de. **A construção da identidade infantil (a sóciopsicomotricidade Romain-Thiers e a ampliação do espaço terapêutico)**. São Paulo: Casa do psicólogo, 1996, p. 34.

¹⁵¹ BRAGHIROLI, Elaine Maria; BISI, Guy Paulo; RIZZON, Luiz Antônio & NICOLETTO, Ugo. **Psicologia Geral**. 25ª edição – Petrópolis: Vozes, 2005, P. 156.

¹⁵² VICENTE, Cenise Monte. **O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo**. In KALOUSTIAN, Sílvio Manoug. **Família brasileira: a base de tudo**. São Paulo: Cortez, 1994, p. 48.

A contrário senso, a ausência de uma estrutura familiar sólida, que permita e incentive a convivência próxima e constante entre pais e filhos, traz conseqüências profundas, segundo Martin Juritsch:

*A fome psíquica, o empobrecimento dos sentimentos, a dissociação da vida afetiva, as doenças orgânicas psicicamente condicionadas, a incapacidade de contacto, eis os danos mais freqüentes causados às crianças sem família.*¹⁵³

Tanto que é considerada de grande monta a responsabilidade dos pais por qualquer aspecto da vida material ou psicológica dos filhos. Veja-se o que expõe, sobre essa responsabilidade, Jacques Leclercq:

*Mas o filho é uma pessoa humana. Os pais, ao gerá-lo, contraem com ele a obrigação de o educar, de o pôr em condições de enfrentar a vida a seu tempo. São responsáveis pelos seus filhos. E esta responsabilidade é de tal ordem – responsabilidade completa de um ser humano que se acha no mundo só porque seus pais o puseram nele –, a obra que empreendem ao darem ao mundo novos homens é tão grande, que toda a sua vida deve estar dominada pela preocupação de educarem os filhos.*¹⁵⁴

Em relação à mãe, a psicologia tem apontado para a importância dos laços criados desde o parto, passando por rotinas simples como a da amamentação, em direção ao pleno psíquico da criança, como já vislumbrou Ângela Biaggio:

*A formação das primeiras relações entre a mãe e o bebê, protótipos de todas as relações sociais futuras, têm sido objeto de interesse há muito tempo, especialmente por parte de psicanalistas e behavioristas.*¹⁵⁵

Arnold Gesell, por sua vez, considera que, apesar das dificuldades usualmente envolvidas na criação dos filhos, é notável a necessidade que o filho tem da mãe. O autor se expressa como segue:

¹⁵³ JURITSCH, Martin. **Sociologia da paternidade: o pai na família e no mundo (uma análise antropológica)**. Petrópolis: Vozes, 1970, p. 33.

¹⁵⁴ LECLERCQ, Jacques. **A família**. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 1972, p. 318.

¹⁵⁵ BIAGGIO, Ângela M Brasil. **Psicologia do desenvolvimento**. 17ª edição – Petrópolis: Vozes, 2003, p. 293.

*Criar filhos não é tarefa fácil e a necessidade que a criança tem dos pais, e sobretudo da mãe, é bem patente nestes primeiros anos de existência.*¹⁵⁶

E, a figura paterna, em sua importância na formação da personalidade da criança, tem sido frequentemente comentada por autores da área. É o caso de Spartaco Lucarini, que tece as seguintes considerações:

*Nos primeiros anos, sobretudo, a criança age por imitação. Tem uma idéia do pai através do modo como este se comporta, do tom de voz que emprega e da maneira como trata a mãe. As imagens que ela tiver do pai – e, portanto, da figura masculina – ficar-lhe-ão indelevelmente marcadas na alma, durante a vida inteira, e influenciarão até o seu caráter.*¹⁵⁷

Roger Mucchielli, em extensa obra sobre a formação psicológica de crianças e adolescentes, trata igualmente da importância de figura paterna:

*O pai, figura cuja importância na vida da criança vai aumentando progressivamente dos dois aos seis anos, torna-se onipotente na idade mágica. Ele está, juntamente com a mãe, no centro do universo da criança, e como tal não é o único que assegura a sua tranqüilidade. A sua força física, a sua voz, o seu poder misterioso, as suas chegadas e partidas súbitas, o seu poderio e o seu ascendente sobre a mãe fazem com que ele seja ao mesmo tempo o senhor e o representante do universo animista e mágico característico desta idade. A relação que a criança vai ter com o pai é, portanto, a relação essencial deste estágio.*¹⁵⁸

Além do aspecto puramente afetivo, o modelo representado pelo pai exerce influência decisiva na vida e na formação da criança e do jovem em virtude das relações de poder estabelecidas naturalmente no ambiente familiar.

Essas relações, presentes não só na família, mas em qualquer conjunto de relações humanas em sociedade, foi profundamente analisada, entre outros, por Michel Foucault, o qual salientou que, “na realidade, o poder é um feixe de relações

¹⁵⁶ GESELL, Arnold. **A criança dos 0 aos 5 anos**. Tradução de Cardico dos Reis. 4ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 218.

¹⁵⁷ LUCARINI, Spartaco. **A difícil tarefa do pai na educação dos filhos**. 4ª edição – São Paulo: Cidade Nova, 1979, p. 12.

¹⁵⁸ MUCCHIELLI, Roger. **A personalidade da criança – sua formação do nascimento até ao fim da adolescência**. Tradução de Raquel Pinto da Costa. 2ª edição – Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1963, p. 80.

mais ou menos organizado, mais ou menos piramidalizado, mais ou menos coordenado”.¹⁵⁹

Uma estrutura de relações de tal ordem, em que poder e afetividade se unem para formar relações indelévels na vida psicológica e social de seus integrantes, é também ressaltada por Coleta Rinaldi Althoff:

*Conectados à teia de relações estão os vínculos que se estabelecem entre os membros da família. Estes vínculos são formados pelas ligações afetivas e as relações de proximidade. As manifestações de afeto carregam o sentimento de amor, demonstrado pela vontade de estar junto, tocar carinhosamente, demonstrar admiração e respeito. No processo de viver das famílias, estas condutas, quando estão presentes, promovem um fortalecimento dos vínculos entre os membros, fazendo se sentirem mais ligados emocionalmente, e revelam uma sensação de bem-estar.*¹⁶⁰

A ausência da presença efetiva da figura paterna, mesmo tendo, muitas vezes, razões de ordem material, surte efeitos psicológicos, segundo Maurice Porot¹⁶¹:

*Lês difficultés matérielles qu’entraîne la disparition du chef de famille ne sont pas lês moindres et elles auront, à leur tour, dês graves répercussions sur lê plan psychologique.*¹⁶²

É certo que essa autoridade dos pais, cujo conjunto de características é conhecido juridicamente como pátrio poder, ou poder familiar, não retira a individualidade do filho, como bem recordava, em pleno século XIX, Lafayette Rodrigues Pereira:

*Não importa o pátrio poder a absorpção da individualidade do filho na Pessoa do pai; a sua personalidade, embora sujeita ao poder do pai, permanece inteira e distinta.*¹⁶³

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 16ª edição – Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001, p. 248.

¹⁶⁰ ALTHOFF, Coleta Rinaldi. **Delineando uma abordagem teórica sobre o processo de viver em família**. In ELSEN, Ingrid (organizadora). **O viver em família e sua interface com a saúde e a doença**. 2ª edição – Maringá: EDUEM, 2004, p. 31.

¹⁶¹ POROT, Maurice. **L’enfant et lês relations familiales**. 7ª edição – Paris – Presses Universitaires de France, 1973, p. 175.

¹⁶² As dificuldades que envolvem a ausência do chefe de família não são as menores e elas terão, por sua vez, graves repercussões sobre o plano psicológico (tradução do autor).

Contudo, para efeitos da correta compreensão do que aqui se defende, é justamente para que essa individualidade seja preservada em seu conteúdo e perfeito desenvolvimento, que a posição paterna deve ser definida com vistas à saúde psicológica da criança.

Vale destacar, ainda, a importância da convivência familiar, sobretudo nos primeiros anos de vida, para o estabelecimento dos critérios morais que nortearão o indivíduo no futuro. Nesse sentido é que se manifesta Adolfo Sanches Vázquez:

*Por ser a forma mais elementar e mais primitiva de comunidade humana, a família foi chamada de célula social. Nela se realiza o princípio da propagação da espécie e se desenrola, em grande parte, o processo de educação do indivíduo nos seus primeiros anos, assim como a formação da sua personalidade. Por tudo isto, assume grande importância do ponto de vista moral.*¹⁶⁴

Para a já citada Ângela Biaggio, a ausência do pai, bem como a convivência emocionalmente desequilibrada com o mesmo, dá lugar a três conseqüências psicológicas básicas para a criança, quais sejam a rejeição a padrões masculinos de atitude, comportamento excessivamente masculino ou feminino, e distinção radical entre manifestações de personalidade do pai e do filho.¹⁶⁵

Contudo, com a dissolução das relações conjugais entre homem e mulher, perde-se, em regra, a possibilidade de manutenção daquela convivência, pois, firmando-se circunstâncias de animosidade entre o casal, como é comum, procura-se deixar o filho sob a guarda de um dos genitores, cabendo ao outro tão-somente o direito a visitas esporádicas e de curta duração.

E, afastando-se qualquer dos pais do convívio direto com os filhos, seja por afastamento voluntário, seja pelos obstáculos impostos por quem lhe detenha a guarda física, pode resultar em distúrbios para os menores. Recorda Fábio Boschi:

*Essa atitude de afastamento voluntário dos pais, ausentando-se da vida do filho, privando-o de sua figura, pode dar causa a uma carência afetiva que venha a instalar no filho um complexo de rejeição ou outros problemas graves de ordem psicológica.*¹⁶⁶

¹⁶³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. 2ª tiragem – Rio de Janeiro: Tribuna Liberal, 1889, p. 219.

¹⁶⁴ VÁZQUEZ, Adolfo Sanches. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. 20ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 224.

¹⁶⁵ *Op. Cit.*, p. 281.

Tamanha é a negatividade trazida por tal conduta, que a doutrina jurídica, em geral, tem acompanhado o pensamento de Jefferson Baibert, quando este afirma que “*seria desumano privar-se os pais de visitar os filhos, como seria monstruoso tirar aos filhos o direito de ver seus pais*”.¹⁶⁷

Certamente, a reação a ser apresentada por cada criança diante da ausência de um dos pais, em virtude de separação ou divórcio, varia de acordo com uma série de fatores, mas regularmente se manifestam. Ensinam Olga Garcia Falceto e José Ovídio Copstein Waldemar:

*As reações da criança ao divórcio dependem da idade, do temperamento e da capacidade de lidar com a tensão. A maioria das crianças apresenta alguns sintomas nos dois primeiros anos após o divórcio, principalmente na escola.*¹⁶⁸

Assim, expõem-se os filhos menores a uma formação, no mínimo, incompleta, visto que a ausência de qualquer dos pais na vida da criança ou adolescente cria, obviamente, um vácuo em seu desenvolvimento pessoal e social. Tal situação levou o ilustre professor José Sebastião de Oliveira a externar o seguinte apelo:

*A família que tem fim com a separação judicial ou com o divórcio pode ter sido extinta quanto ao relacionamento entre os cônjuges. Porém, os laços afetivos que ligam os separados ou divorciados a seus filhos mantêm-se íntegros e muito consistentes. A afetividade que teve fim com o fracasso do relacionamento não pode ser esquecida quanto aos filhos.*¹⁶⁹

Ainda, no âmbito psicológico, Karl Menninger, ao avaliar a formação dos indivíduos e sua inserção na sociedade, conclui pela necessidade de se oferecer à criança um ambiente parental harmonioso. Manifesta-se como segue:

*Deve ter um pai e uma mãe de relações harmoniosas entre si para estabelecer um padrão consistente para seu desenvolvimento do amor.*¹⁷⁰

¹⁶⁶ BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 96.

¹⁶⁷ BAIBERT, Jefferson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 253.

¹⁶⁸ FALCETO, Olga Garcia & WALDEMAR, José Ovídio Copstein. **O ciclo vital da família**. In EIZIRIK, Cláudio Laks; KAPCZINSKI, Flávio & BASSOLS, Ana Margareth Siqueira. **O ciclo da vida humana: uma perspectiva psicodinâmica**. Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 68.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 303.

Içami Tiba também enfatiza a posição de um ambiente familiar completo e equilibrado na integração da pessoa, no sentido de se realizar plenamente:

Uma pessoa integrada relacionamente vive um equilíbrio dinâmico entre as satisfações física, psíquica, ecossistêmica e ética nos contextos familiar, profissional e social.¹⁷⁰

O próprio convívio social, mormente na atualidade, tem atribuído cada vez mais funções formativas das crianças e jovens ao ambiente familiar, que, ao lado de outras instituições, assumiu inclusive contornos anteriormente atinentes à política educacional. Novamente se recorre a Burrhus Frederic Skinner:

Preceitos úteis ao autogoverno foram, em algumas épocas, uma das partes explícitas da política educacional. Hoje tendem a ficar aos cuidados da família e das instituições religiosas e governamentais, especialmente quando tratam das conseqüências punitivas que podem advir dessas fontes.¹⁷¹

De fato, é tão essencial à criança o exercício constante da paternidade e da maternidade, que dele depende a constituição de sua própria capacidade futura de comunicação. Mais uma vez, é Skinner que esclarece a questão:

Qualquer operante, verbal ou de outro tipo, adquire força e continua a ser mantido quando as respostas costumam ser seguidas por um acontecimento chamado “reforço”. O processo de “condicionamento operante” é mais evidente quando o comportamento verbal é adquirido inicialmente. Os pais constroem um repertório de respostas na criança, reforçando muitos casos particulares de uma resposta.¹⁷²

Os resultados nefastos da ausência do pai ou da mãe na vida do menor podem se manifestar de diversos modos, desde timidez ou tristeza, como em atitudes de maior repercussão negativa na sociedade.

Isso se explica pela constatação de que medo, raiva, solidão, entre outros fatores, são captados pela criança no meio em que vive. Assevera Vigotski:

¹⁷⁰ MENNINGER, Karl. **Amor contra o ódio**. Tradução: Olga Laino. São Paulo: IBRASA, 1969, p. 48.

¹⁷¹ TIBA, Içami. **Ensinar aprendendo: como superar os desafios do relacionamento professor-aluno em tempos de globalização**. 5ª edição – São Paulo: Gente, 1998, p. 27.

¹⁷² SKINNER, Burrhus Frederic. **Tecnologia do ensino**. Tradução de Rodolpho Azzi. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 182.

*O pensamento infantil, como algo que pertence à criança, que constitui sua “propriedade privada” como ser biológico determinado, se vê deslocado, substituído por formas de pensamento impostas à criança pelo meio que a rodeia.*¹⁷⁴

Com efeito, todas as características verificadas pelo menor nas relações sociais ao seu redor são objeto do que o mesmo Vigotski chama de “internalização”, processo de reconstrução interna de uma operação externa. Aquele autor explica o termo utilizado do seguinte modo:

*Um processo interpessoal é transformado num processo intrapessoal. Todas as funções no desenvolvimento da criança aparecem duas vezes: primeiro no nível social, e, depois, no nível individual. Primeiro, entre pessoas (interpsicológica), e, depois, no interior da criança (intrapsicológica). Isso se aplica igualmente para a atenção voluntária, para a memória lógica e para a formação de conceitos. Todas as funções superiores originam-se das relações reais entre indivíduos humanos.*¹⁷⁵

As reações da criança à ausência da figura paterna (ou materna) é estudada por Rodrigo Pereira, que as relaciona inclusive, com os alarmantes índices de delinqüência infantil e juvenil, consumo de drogas, entre outros problemas, que atingem, em graus variados, todas as classes sociais, pois fundam-se em algumas das idéias constituintes do modo de vida atual. Assim se expressa o autor:

*Esta ausência paterna e o declínio do pater viril está acima da questão de estratificação social. É um fenômeno e conseqüência das transformações sociais iniciadas com a revolução feminista, a partir da redivisão sexual do trabalho e a conseqüente queda do patriarcalismo.*¹⁷⁶

Tanto se vinculam tais problemas às condições da sociedade contemporânea que Gustavo Bassini Schwartz, em interessante estudo, apresenta dados espantosos

¹⁷³ SKINNER, Burrhus Frederic. **O comportamento verbal**. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 46.

¹⁷⁴ VIGOTSKI, Lev Semenovich. **O desenvolvimento psicológico na infância**. Tradução de Cláudia Berviner. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 61.

¹⁷⁵ VIGOTSKI, Lev Semenovich. **A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos biológicos superiores**. Tradução de José Cipoula Neto, Luís Silveira Menna Barreto e Solange Castro Afeche. 6ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 75.

¹⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.rj.apase.org.br/14000-juridicos.htm>, acesso em 01/07/2005, às 19:11 horas.

sobre a situação dos Estados Unidos da América, onde mais de um quarto das crianças não vivem com ambos os pais.

No caso de crianças do sexo feminino, verifica-se 2 ½ vezes mais possibilidades de advir gravidez na adolescência, e uma probabilidade 53% maior de ocorrência de suicídio. E, para as de sexo masculino, aumentam em 63% as chances de fuga do lar, e em 37% as de uso de drogas. E, complementa:

Meninos e meninas sem pai tem duas vezes mais chance de abandonarem a escola, duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.¹⁷⁷

Patentes, logo, as dificuldades psicológicas e sociais que podem surgir da ruptura familiar em que um dos genitores deixe de conviver com o(s) filho(s). Assim, a guarda compartilhada seria instrumento hábil a minimizar tais dificuldades.

4.3 DA GUARDA COMPARTILHADA E MANUTENÇÃO DA ESTABILIDADE EMOCIONAL DOS ENVOLVIDOS

Desde os primeiros meses de vida, a criança inicia sua formação ética e psicossocial, necessitando, desde então, de um regime de convivência direta com os pais, mesmo que estes já não convivam entre si. Afirma Edna Mazia:

É na primeira infância que se forma o caráter do indivíduo. Do zero aos sete anos de idade, ocorre o período em que recebe noções de ética, moral, cidadania, respeito, etc., que vão nortear, quando adulto, os atos da sua vida, quer seja na comunidade em que vive, na família, ou trabalho, etc.

Considerando as necessidades da criança, em sua primeira infância, conclui-se que a continuidade do convívio com ambos os pais, quando estes se separam, é indispensável ao seu saudável desenvolvimento físico e emocional.¹⁷⁸

A separação dos pais em si, já ocasiona estresse, pelos conflitos que a envolvem. Além disso, os filhos perdem parte do relacionamento com ambos.

¹⁷⁷ SCHWARTZ, Gustavo Bassini. **Argumentos a favor da guarda compartilhada.** Documento disponível na internet, através do site http://www.pailegal.org/forum/viewtopic.php?t=5554&view=next&sid=0657d388dc7ba10b9ff8ce842ea_bfa33, acessado em 12/12/2005, às 12:17 horas.

Edivane Paixão e Fernanda Oltramari mostram que a separação do casal traz alguns aspectos positivos, pondo fim às brigas na presença dos filhos, e outros negativos, já que, em se diminuindo o convívio com um dos genitores, segue-se uma série de severas perdas afetivas e psicológicas para os menores. E, acrescentam:

O exercício compartilhado da guarda surge justamente para tentar amenizar tais perdas, beneficiando a criança na medida em que ambos os pais estão envolvidos em sua criação e educação. Tal modelo diminui o tempo de ausência dos pais, uma vez que independe do sistema de visitas.¹⁷⁹

Confirmam-se, assim, os benefícios da guarda compartilhada. Trata-se da manutenção da saúde psíquica do menor, segundo o psicólogo Evandro Luiz Silva:

Nesse sentido, a guarda compartilhada impõe-se como uma alternativa mais adequada à saúde psíquica da criança. Por diminuir o tempo de ausência tanto de um quanto do outro progenitor, esse tipo de guarda garante a presença de ambos os pais na sua vida, impedindo assim a sensação de abandono e o desapego na qual se originam os sintomas.¹⁸⁰

Manter a estrutura psicológica familiar, sustentando relações de afeto e amor entre pais e filhos, este é o objetivo máximo da guarda compartilhada, que evitaria, inclusive, que o genitor detentor da guarda se utilizasse dessa prerrogativa, para denegrir a imagem do outro junto ao menor. Destaca Nehemias Domingos de Melo:

Há sólidas opiniões no sentido de que a guarda compartilhada possa ser o remédio para uma melhor convivência dos filhos com os seus genitores, principalmente em face de separação do casal. Se a determinação judicial for no sentido de que ambos os pais continuem com os deveres e obrigações decorrentes da guarda, acredita-se que isso poderia contribuir para equilibrar a influência que os mesmos exercem sobre seus filhos, evitando-se que somente um deles possa

¹⁷⁸ MAZIA, Edna de Souza. **Guarda compartilhada: evolução e aspectos jurídicos no moderno Direito de Família.** In **Revista Jurídica CESUMAR Mestrado**, v. 4, n. 1 (julho de 2004). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2004, pp. 165-166.

¹⁷⁹ PAIXÃO, Edivane & OLTRAMARI, Fernanda. **Guarda compartilhada de filhos.** In **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VII, n. 32, outubro a novembro de 2005. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, 2005, pp. 59-60.

¹⁸⁰ SILVA, Evandro Luiz. **Guarda compartilhada: a importância de ambos os pais na vida dos filhos.** Documento disponível na internet, através do site <http://www.apase.org.br/91000-materiaspsicologicas.htm>, acessado em 23/01/2006, às 17:14 horas.

*influenciar a criança, principalmente no que diz respeito a despertar na mesma a rejeição pelo outro genitor.*¹⁸¹

Eduardo de Oliveira Leite leciona que a guarda compartilhada, apesar das dificuldades trazidas pela impossibilidade da presença física constante, pressupõe o exercício conjunto da autoridade parental, em todas as suas manifestações:

*O que a guarda conjunta quer é conservar - em princípio - os mesmos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura. A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir as relações destes com os filhos. A família desunida permanece biparental.*¹⁸²

É claro que a residência do menor num endereço físico definido deve ser mantida, como elemento de sua própria identificação com o mundo que o cerca. Veja-se a opinião de Peter Berger:

*Ao chegarem a uma certa idade, as crianças ficam profundamente admiradas com a possibilidade de se localizarem num mapa. (...) Uma pessoa participa do mundo real dos adultos por possuir um endereço.*¹⁸³

Porém, a guarda compartilhada, como se voltará afirmar, não pressupõe mudanças constantes de domicílio do menor, mas tão somente a oportunidade de convivência com o genitor com quem não reside. A guarda compartilhada pode, pois, ser considerada psicologicamente saudável a pais e filhos.

¹⁸¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/11/1911/>, acessado em 10/05/2006, às 19:42 horas.

¹⁸² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** 2ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 270.

¹⁸³ BERGER, Peter L. **Perspectivas sociológicas – uma visão humanística.** Tradução de Donaldson M. Garschagem. 3ª edição – Petrópolis: Vozes, 1976, p. 78.

5. DO DIREITO DA PERSONALIDADE DOS FILHOS À GUARDA COMPARTILHADA

5.1 DAS NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Em matéria jurídica, é bastante clara a definição de pessoa física, ou pessoa natural, englobando todos os seres humanos, individualmente considerados. Conceitua Marcel Laborde-Lacoste¹⁸⁴:

*Les personnes physiques, ce sont les êtres humains, les seuls êtres humains. Et, en principe, ce sont tous les êtres humains. Ce qui crée en eux la personnalité, c'est la raison, c'est-à-dire la faculté de comprendre et de vouloir.*¹⁸⁵

Tais pessoas, antes de mais nada, são dotadas, pelo Direito, do atributo da personalidade, estado jurídico que lhes confere toda proteção legal. Sobre o que venha a ser a personalidade, discorre Bryan Garner¹⁸⁶:

Personality. *The legal status of one regarded by the law as a person; the legal conception by which the law regards a human being or an artificial entity as a person.*¹⁸⁷

Essa personalidade, como seu próprio titular, está sujeita a permanente evolução, que reafirma a necessidade de sua proteção. Diz Mikel Dufrenne¹⁸⁸:

*En el plano mismo de la naturaleza la personalidad es una totalidad dinámica que tiene um crecimiento y se constituye por su duración; las edades no quiebran la unidad de la personalidad, la ratifican: la personalidad sólo es por su historia.*¹⁸⁹

¹⁸⁴ LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Précis Élémentaires de Droit Civil**. Paris: Recueil Sirey, 1948, p. 107.

¹⁸⁵ As pessoas físicas, são os seres humanos, somente os seres humanos. E, em princípio, são todos os seres humanos. O que cria em si a personalidade, é a razão, vale dizer a faculdade de compreender e querer (tradução do autor).

¹⁸⁶ GARNER, Bryan. **Black's Law Dictionary**. Seventh Edition. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1163.

¹⁸⁷ **Personalidade.** O *status* legal de alguém resguardado pelo direito como pessoa; a concepção legal pela qual o direito resguarda um ser humano ou uma entidade artificial como pessoa.

¹⁸⁸ DUFRENNE, Mikel. **La personalidad basica: um concepto sociológico**. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1973, p. 194.

¹⁸⁹ No plano mesmo da natureza a personalidade é uma totalidade dinâmica que tem um crescimento e se constitui por sua duração; as idades não quebram a unidade da personalidade, a ratificam: a personalidade só é por sua história (tradução do autor).

A personalidade, enquanto força mantenedora da integridade do homem em todos os seus aspectos, e em todos os momentos de sua existência, justifica especial proteção na seara jurídica, de acordo com o eminente Clayton Reis:

*Essa energia criadora, representada pela personalidade do homem em ação, deve ser preservada. O homem tem direito ao livre exercício da sua personalidade, e o Estado, o dever de defendê-la através do seu mecanismo judiciário. A preservação da personalidade e o direito ao seu exercício asseguram ao homem a sua realização enquanto ente racional, no mundo de massificação e padronização de valores.*¹⁹⁰

O conjunto de estatutos jurídicos que se destinam à defesa da personalidade é usualmente designado como a categoria dos direitos da personalidade, ou, simplesmente, direito da personalidade, como o denomina Rosa Maria Nery:

*Os direitos da personalidade seriam, por assim dizer, categorias das situações jurídicas de personalidade, não reduzida, apenas, a um somatório de direitos subjetivos, mas abrangendo diversos outros tipos de situações jurídicas, que poderiam, por fim, se identificar como uma disciplina específica: o direito da personalidade.*¹⁹¹

Logo, tais direitos visam proteger direitos sem os quais o indivíduo, enquanto sujeito de direitos e obrigações, jamais poderia realizar plenamente suas potencialidades, ou mesmo sustentar sua natureza humana. É o que defende Adriano de Cupis:

*Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.*¹⁹²

Não foi sem resistência que se reconheceram os direitos fundamentais do homem enquanto tal. Contudo, por serem cruciais à condição humana, atualmente

¹⁹⁰ REIS, Clayton. **Dano moral**. 4ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 79.

¹⁹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 142.

¹⁹² CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 17.

merecem efetivamente proteção destacada das demais, como lembra Susana Valéria Galhera Gonçalves:

*Alguns direitos, em especial, apesar de grande resistência, mesmo nos dias de hoje, passaram a ser reconhecidos como inatos ao homem, e dele derivados em virtude de sua própria condição humana. A estes, a doutrina passou a chamar de direitos da personalidade.*¹⁹³

Os direitos da personalidade, assim caracterizados, são dotados de características próprias, tais como a impossibilidade de serem mensurados patrimonialmente, a inviabilidade de sua transmissão de um sujeito a outro, e sua não submissão a institutos como a prescrição ou a penhora. Afirma Flávia Alves Medeiros:

*Sendo direitos ínsitos ao homem, têm caráter essencial, são inatos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, intangíveis, seja pelo Estado, seja pelo particular; indispensáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários, vitalícios e transcendem o próprio ordenamento jurídico.*¹⁹⁴

Diante dessas características, e por serem naturais à noção de ser humano, não resta alternativa ao Direito senão protege-los, conforme o jurista Domenico Barbero¹⁹⁵:

*Con estos caracteres, los derechos de la personalidad emergen como derechos naturales o innatos, que el ordenamiento positivo no puede hacer ni hace más que reconocer, y en nuestra opinión (véase Introducción), no podría negar o desconocer.*¹⁹⁶

E, é justamente sobre as linhas básicas da proteção oferecida aos direitos da personalidade, em geral, pelo ordenamento jurídico brasileiro que agora se passa a discorrer.

¹⁹³ GONÇALVES, Susana Valéria Galhera. **Aspectos jurídicos da clonagem humana terapêutica sob o prisma dos direitos da personalidade**. Maringá: UEM, 2003, p. 101.

¹⁹⁴ MEDEIROS, Flávia Alves. **Direitos da personalidade e orientação sexual**. In **INTERTEMAS**: Revista do Curso de Mestrado em Direito, v. 1. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2000, p. 261.

¹⁹⁵ BARBERO, Domenico. **Derecho Privado**. Buenos Aires: EJE, 1967, p. 4.

5.2 DAS LINHAS INTRODUTÓRIAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ATUAL DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Segundo Rabindranath Capelo de Sousa¹⁹⁷, o atual Código Civil português oferece proteção geral aos direitos da personalidade, através de seu artigo 70, cujo texto dispõe que “*a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*”.

Já, na França, os direitos da personalidade são também protegidos de modo amplo, mas a doutrina distingue com extrema clareza entre direitos materiais e não materiais da personalidade. É o que se depreende da seguinte constatação de Ambroise Colin e Henri Capitant¹⁹⁸:

*La personne a également droit, à l'égard des autres personnes, à la protection des différents aspects, non physiques, de sa personnalité, à la protection de ce qui moralement, intellectuellement, socialement, civiquement, la distingue des autres.*¹⁹⁹

No Brasil, advertem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que, pela exposição a que os direitos da personalidade são submetidos em decorrência das características da própria sociedade pós-moderna, tem se buscado uma proteção não apenas sob a ótica patrimonial, de reparação material dos danos causados, mas de resguardo preventivo e repressivo da personalidade em si. Dizem os autores:

*Porém, a sociedade pós-moderna contribuiu sobremaneira para o agravamento da condição humana. O avanço das ciências é angustiante, pois insere o ser humano em estado de instrumentalização e total perda de referência de valores. Os danos se proliferam e qualquer reparação se torna assimétrica diante do sacrifício aniquilador da personalidade. Muito mais importante que reparar o dano é a própria salvaguarda dos bens que integram a personalidade.*²⁰⁰

¹⁹⁶ Com essas características, os direitos da personalidade emergem como direitos naturais ou inatos, que o ordenamento positivo não poderia fazer, nem faz, mais do que reconhecer, e em nossa opinião (veja-se Introdução), não poderia negar ou desconhecer (tradução do autor).

¹⁹⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 104.

¹⁹⁸ COLIN, Ambroise & CAPITANT, Henri. **Traité de Droit Civil**. Tome Premier. Paris: Librairie Dalloz, 1953, p. 196.

¹⁹⁹ A pessoa tem igualmente direito, em paridade com as outras pessoas, à proteção dos diferentes aspectos, não físicos, de sua personalidade, à proteção daquilo que moralmente, intelectualmente, socialmente, civicamente, a distingue das demais (tradução do autor).

²⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 5ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152.

A orientação de não se limitar a proteção dos direitos da personalidade à mera reparação pecuniária há muito é seguida no Direito estrangeiro. O jurista argentino Santos Cifuentes²⁰¹ comenta:

*El relieve jurídico de los derechos personalísimos depende de los medios que, según el orden positivo, el sujeto puede hacer valer para su defensa, que se sancione la violación y se reparen las consecuencias. En grandes rasgos puede decirse que dichos medios civiles se dirigen por cuatro caminos centrales: la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios, la reposición in natura, la supresión o eliminación del ataque, y la prevención para que éste no se concrete.*²⁰²

Em conseqüência, o vigente Código Civil brasileiro dedica o primeiro capítulo do Título I, do Livro I, aos direitos da personalidade. Tratam-se dos artigos 11 a 21, em que se protege, expressamente a integridade física, o nome, a honra, a imagem, a vida privada e a manifestação intelectual do indivíduo.

Doutrinariamente, se tem alertado para a vinculação dos direitos da personalidade, como inscritos no Código Civil, à natureza jurídica de direitos subjetivos. Nessa direção, encontra-se a interpretação de Aparecida Amarante:

*A doutrina atual, e a que melhor atende ao enquadramento dos mencionados direitos como direitos subjetivos, é a que enfoca seu objeto como bens constituídos por certos atributos ou qualidades físicas ou morais do homem. Pelo fato de não poderem essas qualidades ou atributos separar-se do indivíduo, não significa que não possam constituir-se verdadeiros direitos subjetivos, já que as características existentes nos demais direitos também existem nestes ora estudados.*²⁰³

Pablo Stolze Gagliano reconhece nesse conjunto de dispositivos a ampla defesa, preventiva e repressiva, dos direitos de personalidade:

Em linhas gerais, a proteção dos direitos da personalidade poderá ser:

²⁰¹ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2ª edición – Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 615.

²⁰² O relevo jurídico dos direitos personalíssimos depende dos meios que, segundo a ordem jurídica positiva, o sujeito pode fazer valer para sua defesa, que se sancione a violação e se reparem as conseqüências. Em grandes traços se pode dizer que os ditos meios civis se dirigem por quatro caminhos centrais: a indenização pecuniária dos danos e prejuízos, a reposição *in natura*, a supressão ou eliminação do ataque, e a prevenção para que este não se concretize (tradução do autor).

²⁰³ AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 121.

- a) *preventiva – principalmente por meio do ajuizamento de ação cautelar, ou ordinária com multa cominatória, objetivando evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito da personalidade;*
- b) *repressiva – por meio da imposição de sanção civil (pagamento de indenização) ou penal (persecução criminal) em caso de a lesão já haver se efetivado.*²⁰⁴

Nos termos do artigo 11, esses direitos não são passíveis de transmissão ou renúncia, nem seu exercício pode sofrer qualquer limitação voluntária. E, no artigo 21, indica-se a possibilidade de que o Poder Judiciário venha a tomar quaisquer medidas necessárias à proteção desses direitos.

Apesar da enumeração efetuada pelos mencionados artigos, a proteção oferecida aos direitos da personalidades ali não se exaure, podendo abranger a esfera do Direito de Família, e mais especificamente da guarda compartilhada, como se pretende demonstrar a seguir.

5.3 GUARDA COMPARTILHADA E A PROTEÇÃO AO DIREITO À INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DOS FILHOS COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Inicialmente, é de se observar que a proteção à personalidade humana, nos moldes em que se conceituou anteriormente, vem a dar atendimento ao próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, elege a dignidade da pessoa humana como fundamento mesmo do Estado brasileiro, através do que dispõe em seu artigo 1º:

Art. 1º. *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana.

Pode-se definir a dignidade da pessoa humana, tal como protegida pela Carta Magna, como a qualidade da pessoa de merecer integral proteção como criatura vivente e pensante, em todos os seus atributos físicos, intelectuais, sociais, etc.

Implica na liberdade de viver e se desenvolver conforme lhe for mais construtivo, com vistas à sua realização plena. Comenta Alexandre de Moraes:

*A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.*²⁰⁵

O acatamento de tal ideologia pela Constituição representa avanço significativo no Direito brasileiro, na medida em que consolida, no respeito à pessoa, a base do Estado Democrático de Direito. Manifesta-se Fladimir Jerônimo Belinati Martins:

*De outro modo, diríamos que o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio nas Constituições contemporâneas, e também na brasileira, representa a passagem de um sistema axiomático-dedutivo, tipicamente positivista, para um sistema axiológico teleológico, que se propõe aberto aos valores, fins e às razões históricas. Trata-se, portanto, de um marco na evolução do constitucionalismo brasileiro e na efetiva democratização do Estado instituído pela Constituição de 1988.*²⁰⁶

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana na vigente ordem constitucional brasileira é bem exposto por Fernando Machado da Silva Lima, através do que ora se transcreve:

*A dignidade humana constitui valor fundamental da ordem jurídica para a ordem constitucional que pretenda se apresentar como Estado Democrático de Direito. É considerada como a razão de ser da própria existência do Estado. Ao lado do direito à vida, o princípio da dignidade constitui o núcleo essencial dos direitos humanos.*²⁰⁷

Willian Lofy, em estudo dedicado ao princípio da dignidade humana, afirma que, para sua proteção, é necessário que toda a ordem jurídica esteja voltada à

²⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. Volume I: *Parte Geral*. 8ª edição – São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 176-177.

²⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição – São Paulo: Atlas, 2002, p. 173.

²⁰⁶ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 110.

²⁰⁷ LIMA, Fernando Machado da Silva. **A proteção econômica do princípio da dignidade humana**. Documento disponível na *internet*, através do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3765>, acessado em 01/10/2006, às 23:14 horas.

defesa dos direitos básicos da personalidade, sem os quais não há dignidade humana possível. Assim se expressa o autor:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.²⁰⁸

Entende-se mesmo como missão do jurista, em geral, buscar a mais completa defesa da dignidade humana, em quaisquer atividades jurídicas ou ramos do Direito. É o compromisso proposto por Suely Ester Gitelman:

O jurista, assim entendido como o magistrado, o advogado, o estudante de Direito e o cientista, tem o compromisso com a parificação e com a pacificação social, uma vez que deve nortear suas ações com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, da igualdade social.²⁰⁹

A própria tarefa de adaptar o Direito de Família às exigências da era contemporânea, passa pelo reconhecimento e tutela cada vez maior da dignidade da pessoa humana. A visão voltada exclusivamente ao universo masculino e às questões patrimoniais, na esfera familiar, devem ser superadas para que a dignidade da pessoa humana tenha a devida implementação. Segundo Roger Raupp Rios:

Só a superação destas bases construirá as condições para um efetivo desenvolvimento do direito de família, em que a proteção da dignidade humana e os valores da igualdade, da solidariedade e do pluralismo, tão fundamentais para a Constituição e a vida da coletividade, possam florescer.²¹⁰

²⁰⁸ LOFY, Willian. **A Ação Afirmativa e o respeito aos princípios de Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana.** Documento disponível na *internet*, através do site <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/24/2024/>, acessado em 25/12/2006, às 17:44 horas.

²⁰⁹ GITEMAN, Suely Ester. **Compromisso científico do jurista com a dignidade do homem e com a parificação e pacificação social.** In NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenação). **Função do Direito Privado no atual momento histórico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 504.

²¹⁰ RIOS, Roger Raupp. **Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo.** In MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). **A reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 517.

A jurisprudência pátria, através de sua Corte Suprema, tem sustentado que, em questões atinentes à criança, o princípio da dignidade humana não pode ser considerado separadamente do especial que lhe é devido e da convivência familiar a que tem direito, nos termos do já citado artigo 227 da Constituição Federal.²¹¹

Definido, portanto, o conceito e a extensão da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, é válido conectá-lo aos chamados direitos da personalidade, através da constatação de que estes direitos, bem como a dignidade humana, englobam todos os aspectos necessários ao desenvolvimento amplo e irrestrito do ser humano. No que tange a essa questão, afirma Francisco Amaral:

*A personalidade é o conjunto de princípios e de regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações. A partir do art. 1º da Constituição Federal, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, compreende as prescrições constitucionais, civis, penais e administrativas que protegem os chamados direitos da personalidade, aqueles que têm como objeto os valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual.*²¹²

Reiterando o entendimento exposto, Luiz Régis Prado, já tecendo suas considerações sobre o princípio da dignidade humana no Direito Penal, assevera:

*A noção de dignidade humana, como dado inerente ao ser humano enquanto tal, encerra, também, a promoção do desenvolvimento livre e pleno da personalidade individual, projetando-se, assim, culturalmente.*²¹³

E, em se tratando de direitos da personalidade, a doutrina é unânime em decretar a necessidade de garantir o pleno acesso e exercício de todas as faculdades emocionais do ser humano. Na França, esclarecem Henri, Jean e Leon Mazeaud²¹⁴:

²¹¹ A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). Recurso Extraordinário 248869/SP, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal; Relator Ministro Maurício Corrêa; julgamento em 07/08/2003. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>, acessado em 06/01/2007, às 13:30 horas.

²¹² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 4ª edição – São Paulo: Renovar, 2002, p. 135-136.

²¹³ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral (arts. 1º a 120). 6ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

*Il ne suffit pas de protéger notre corps contre toute atteinte à son existence, à sa santé, à sa liberté. Notre pensée, nos sentiments, notre honneur, notre réputation doivent également être défendus.*²¹⁵

Danilo Doneda corrobora o direito à integridade psíquica como direito da personalidade distinto dos demais, principalmente do direito à integridade física, ao expor:

*Também há o direito à integridade psíquica, tratado por vários autores à parte do direito à integridade física, fruto de uma visão que dissocia o corpo humano de seu espírito ou o que o valha.*²¹⁶

Menção legislativa expressa ao direito da personalidade de menores à integridade psíquica encontra-se no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 17. *O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.*

Segundo Fredson Frailan, Joildo Souza, Ludmila Souza e Sílvia Maria, o direito à integridade psíquica, como direito da personalidade distinto dos demais, vem sendo reconhecido pelos tribunais brasileiros:

*Nota no caso citado a transgressão de direitos personalíssimos, como a integridade psíquica e moral. Esse é o entendimento que os tribunais das mais diversas regiões do Brasil tem adotado, como nos mostra exemplos de julgados.*²¹⁷

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em caso de violação de direitos de pessoa portadora de deficiência, que o desequilíbrio

²¹⁴ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon & MAZEAUD, Jean. **Leçons de Droit Civil. Tome Premier.** Paris: Éditions Montchrestien, 1955, p. 634.

²¹⁵ Não basta proteger nosso corpo contra toda ofensa à sua existência, à sua saúde, à sua liberdade. Nosso pensamento, nossos sentimentos, nossa honra, nossa reputação devem igualmente ser defendidas (tradução do autor).

²¹⁶ DONEDA, Danilo. **Direito à integridade física.** Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/direito_integridade_fisica.html, acessado em 25/12/2006, às 17:09 horas.

²¹⁷ FRAILAN, Fredson et alli. **Mudança de sexo: possibilidades e limites no ordenamento jurídico.** Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2006/discente/dis9.doc, acessado em 25/12/2006, às 17:24 horas.

emocional sofrido por seus familiares constituiu patente atentado à integridade psíquica destes:

*A corte considerou violado o direito à integridade psíquica e moral de alguns familiares da vítima em virtude do sofrimento adicional por que passaram, em consequência das circunstâncias especiais das violações praticadas contra seu ente querido e ainda em virtude das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos.*²¹⁸

E, se a integridade emocional e psicológica dos indivíduos é considerada direito da personalidade, torna-se quase óbvio que a inserção da criança e do jovem numa convivência familiar sólida e perene, nos termos já avaliados anteriormente, integra a proteção à personalidade. Nesse sentido, acompanha-se o pensamento de Antônio Cordeiro:

*Um reconhecimento da personalidade humana sem o da família não seria possível; impõe-se, pois, a conexão. As consequências dogmáticas desta aproximação estão, ainda, por explorar.*²¹⁹

Não basta, aqui, apenas a presença física dos pais junto ao menor. É necessária a real manutenção dos vínculos de afeto, bem como o concreto acompanhamento da evolução de todos os caracteres psicológicos e sociais do filho. Expõe Maria Helena Novaes:

*Sem dúvida, uma família estruturada, uma boa escola, a garantia de uma saudável alimentação e de assistência médica são fundamentais; entretanto, há outros indicadores igualmente importantes, tais como: a compreensão de seus desejos, a possibilidade de estabelecer vínculos afetivos estáveis, o fortalecimento da auto-estima e autoconfiança, o estímulo ao convívio social, à comunicação e ao diálogo aberto, nem sempre levados em consideração.*²²⁰

²¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Justiça de fora: reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes.** Documento disponível na internet, por meio do site <http://conjur.estadao.com.br/static/text/48118,1>, acessado em 25/12/2006, às 17:16 horas.

²¹⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português.** I – Parte Geral. Tomo I: introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 2ª edição – Coimbra: Almedina, 2000, p. 215.

²²⁰ NOVAES, Maria Helena. **O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica.** In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança – um debate interdisciplinar. São Paulo: Renovar, 1999, p. 526.

Poder-se-ia, portanto, admitir, dentro desse espírito jurídico, e com fundamento no que já se viu quanto à importância da convivência familiar para a integridade psicológica dos filhos, que a guarda compartilhada seria um meio de se proteger um direito da personalidade dos menores envolvidos.

Em auxílio à verificação acima exposta, é de se atentar às considerações de Carlos Alberto Bittar, que enumera entre os direitos da personalidade a manutenção da integridade psicológica, definida e explicitada de forma brilhante por aquele autor:

Assim, na dualidade de que se compõe o ser humano, esse direito protege os elementos integrantes do psiquismo humano (aspecto interior da pessoa). Completa, com o direito ao corpo, a defesa integral da personalidade humana.

Dotado dos caracteres básicos dos direitos da personalidade, em que avulta a indisponibilidade, compreende o zelo quanto à higidez psíquica da pessoa, sempre em função do princípio da dignidade do ser, que à ordem jurídica compete garantir.²²¹

E, prossegue argumentando que a proteção a essa ordem de direitos se manifesta pelo dever de respeito à ordem psíquica dos demais, e principalmente, no caso do tema aqui tratado, dos filhos.

Paulo Luiz Netto Lobo confirma a pertinência de se arrolar o direito à integridade psíquica, por meio do seguinte posicionamento:

Os direitos à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, são essencialmente tais pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los.²²²

Já, o seu conteúdo, nos mesmos termos emitidos por Carlos Alberto Bittar, é reiterado por José D'Amico Bauab:

O direito à integridade psíquica objetiva a preservação da higidez mental da pessoa. Por outros palavras, procura resguardar os

²²¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 119.

²²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Documento disponível na internet, por meio do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>, acessado em 29/11/2005, às 20:39 horas.

*elementos distintivos da estrutura interna do ser humano, os quais atuam como força motivadora de sua conduta.*²²³

A jurisprudência tem esposado entendimento próximo, como se verifica em decisão do Superior Tribunal de Justiça:

*Considera-se dano à pessoa toda ofensa dirigida contra sua integridade física ou incolumidade moral, a acarretar-lhe conseqüências desfavoráveis como entidade somática e psíquica.*²²⁴

Ora, sé é mister respeitar, por meio de ações diretas ou indiretas, a integridade psíquica dos indivíduos como um direito da personalidade, imperativo reconhecer que uma estruturação familiar saudável insere-se entre os direitos dessa espécie. Menciona-se, novamente, Sílvio de Salvo Venosa:

*Geralmente, os direitos da personalidade decompõem-se em direito à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade. Essa classificação, contudo, não é exaustiva. Os direitos de família puros, como, por exemplo, o direito ao reconhecimento da paternidade e o direito a alimentos, também se inserem nessa categoria.*²²⁵

A convivência de um menor com ambos os pais, para evitar os malefícios psicológicos da ausência de um deles, é um direito inerente à personalidade do filho. Gisele Câmara Groeninga, ao estudar o direito da personalidade à integridade psíquica, emite a seguinte opinião:

*Nossa constituição (a corpórea e a psíquica) é resultado de uma conjunção, quiçá uma comunhão material e espiritual, daqueles que nos dão origem e que de nós cuidam. A busca pela origem e a capacidade de reflexão, a respeito de si e dos relacionamentos, são eminentemente humanas e marcam nossa diferença com outras espécies.*²²⁶

²²³ BAUAB, José D'Amico. **Direito à honra: visão macroscópica do tema.** Documento disponível na internet, por meio do site http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev10_ze.html, acessado em 30/06/2005, às 19:44 horas.

²²⁴ Acórdão emitido no Recurso Especial número 1999/0061724-0, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça; Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro; julgamento em 19/05/2005. Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=integridade+e+ps%EDquica&&b=ACOR&p=tr ue&t=&l=10&i=2>, acessado em 10/07/2006, às 13:21 horas.

²²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Volume 1: *Parte Geral*. 6ª edição – São Paulo: Atlas, 2006, p. 173.

²²⁶ GROENINGA, Gisele Câmara. **O direito à integridade psíquica.** Documento disponível na internet, por meio do site <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=201>, acessado em 25/12/2006, às 17:31 horas.

Não se trata, com efeito, da solução absoluta para todos os problemas familiares advindos da separação de casais, mas, de acordo com o caso concreto, pode desempenhar papel importante frente a tais problemas. É justamente o que defende Waldyr Grisard Filho:

Tenha-se presente, entretanto, que a guarda compartilhada, assim como a guarda única (todas as decisões importantes sobre a vida dos filhos são tomadas exclusivamente pelo genitor guardador) ou a guarda dita alternada, não é nenhuma panacéia para os consideráveis problemas que a desunião suscita. Ela, como os outros modelos, pode não funcionar para muitas famílias e ser extremamente benéfica para os pais cooperativos, revelando-se exitosa mesmo quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de discriminar seus conflitos conjugais do exercício da parentalidade.²²⁷

Então, a guarda compartilhada, na condição de instrumento jurídico hábil a manter a participação de ambos os pais na vida dos filhos, atende à premente necessidade de proteger o direito da personalidade destes últimos a uma vida psicológica e afetivamente saudável.

²²⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Quem melhor para decidir a respeito?** Documento disponível na internet, através do site http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?CodInf=77&CodTema=78&Tipo1, acesso em 01/12/2004, às 20:10 horas.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, e tendo em vista as diversas questões que este trabalho se propôs a esclarecer desde sua introdução, acredita-se ter, neste momento, alcançado dados suficientes para delinear algumas conclusões.

Primeiramente, o estudo realizado permite conceituar a guarda, em geral, como o direito e o dever atribuído aos pais de ter seus filhos em sua companhia física, prestando-lhes a assistência material e formativa mais completa possível.

A guarda, portanto, não se confunde com o poder familiar, denominação atual dada ao pátrio poder previsto no Código Civil de 1916, e que consiste num complexo de atribuições específicas conferidas tanto ao pai quanto à mãe, em relação à criação e desenvolvimento dos filhos, vivam estes ou não na companhia de qualquer daqueles.

No Direito brasileiro atual, a guarda é regulada pelos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, devendo-se assinalar que a definição da guarda de filhos na separação ou divórcio deverá se dar, a princípio, por comum acordo entre os cônjuges (art. 1.583).

Não havendo acordo, é que se deverá atribuir a guarda àquele entre os genitores que revelar melhores condições materiais, sociais e psicológicas de exercê-la, nos termos do artigo 1.584.

Expuseram-se diversas espécies de guarda, dentre as quais se deve destacar a guarda unilateral, exercida só pelo pai ou só pela mãe, em caso de separação ou divórcio.

Destaquem-se, ainda, a guarda alternada, em que a criança vive períodos com o pai, e outros períodos com a mãe, acarretando as dificuldades operacionais e psicológicas da mudança constante de endereço; e o aninhamento, ou nidação, no qual são os pais que se revezam no domicílio do filho, não tendo sido esta modalidade indicada pela doutrina.

E, enfim, comparou-se a guarda compartilhada a essas outras modalidades, opinando-se pela sua maior eficácia no sentido de assegurar o cumprimento aos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º, da Constituição, que contemplam o princípio da igualdade dos cônjuges no tratamento das questões familiares.

Estudou-se, outrossim, o poder familiar no atual Direito pátrio, concluindo-se que os diversos deveres que o compõem, enumerados pelo artigo 1.634 do Código

Civil, devem ser praticados igualmente por ambos os cônjuges, mesmo após a separação ou divórcio (art. 1.579), em estrita obediência aos padrões indicados pelo art. 229 da Constituição e pelo art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante disso, a guarda compartilhada representaria meio de se manter o exercício comum do poder familiar, em consonância com o princípio constitucional que garante à criança e ao adolescente a plena e saudável convivência familiar (art. 227 da CF/88).

E, quanto à obrigação alimentar dos pais para com os filhos, regida pelos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, conclui-se ser a mesma voltada à manutenção de todos os aspectos necessários ao desenvolvimento material, educacional e psicológico dos filhos, de acordo com sua condição social.

Os alimentos, direito subjetivo dos filhos, não se restringem, portanto, às necessidades puramente físicas dos alimentados, e devem se pautar exclusivamente na igualdade entre os pais, na necessidade dos filhos e na possibilidade econômica de quem deva prestá-los.

Além disso, depreende-se do exposto nesta dissertação que, em paralelismo ao contido no artigo 1.583 do Código Civil, os pais que optem pela guarda compartilhada devem acordar, na separação, pelo estabelecimento de pensão ou pelo rateio das despesas com o filho, sendo esta última alternativa teoricamente mais apropriada àquela guarda, vez que tais despesas vão sendo constantemente realizadas em conjunto.

Somente quando, adotada a guarda compartilhada, não houver acordo quanto à questão, é que deve intervir o magistrado, fixando o padrão que melhor atenda às necessidades do menor e às obrigações e possibilidades de cada genitor.

No momento imediatamente posterior do estudo, constatou-se a guarda compartilhada como uma espécie de guarda em que os filhos de pais separados seguem sob a responsabilidade de ambos os genitores, de modo que tanto o pai quanto a mãe mantêm responsabilidade conjunta sobre toda e qualquer decisão que envolva a criação, educação, sustento e desenvolvimento dos menores.

Uma guarda assim estabelecida baseia-se no fato de que a separação jamais pode exonerar qualquer dos pais de suas responsabilidades para com a prole.

Tem-se, ainda, que a prática efetiva dessa modalidade de guarda teve início no Direito dos Estados Unidos da América, onde sua implantação ganhou relevo como resultado da adoção da mediação familiar.

Outro fator importante para que lá a guarda compartilhada ganhasse difusão foi a profunda modificação sofrida pelos papéis sociais de homens e mulheres.

Diversos Estados daquele país possuem legislação específica, e, em alguns deles, trata-se da alternativa preferencial nas separações, contando-se, para torná-la viável, com amplos serviços de psicólogos e assistentes sociais.

No Brasil, certamente, as vantagens desse sistema não seriam exatamente as mesmas, em virtude de não ser tão corrente, em território nacional, que os pais passem a viver, fisicamente, a grandes distâncias após a separação.

Contudo, mesmo a doutrina que reconhece tal diferença continua a defender a aplicação da guarda compartilhada no Direito pátrio, pelos benefícios que pode trazer aos menores envolvidos.

Entre os ordenamentos jurídicos de filiação romano-germânica, Portugal ostenta pioneirismo no sentido de positivar a guarda compartilhada de maneira clara, ainda que sem rígidas determinações expressas.

No Brasil, a doutrina civilista vem apontando inúmeras vantagens da guarda compartilhada, como a não confrontação do menor com a necessidade de escolher um dos pais, a igualdade de participação dos genitores na vida dos filhos, menos sentimentos negativos gerados pai pela distância física entre pais e filhos, e menor sobrecarga da mãe na responsabilidade pelos filhos.

Contudo, há várias décadas se tem apontado a ausência de previsão expressa para a guarda compartilhada como uma das lacunas do ordenamento civil pátrio.

Sob a égide do Código Civil de 1916, mesmo se reconhecendo essa falta, pugnava-se pela aplicação do instituto, não só como um direito dos filhos, mas também como dever dos pais.

A jurisprudência de Tribunais de Justiça como os do Mato Grosso, Santa Catarina e Rio Grande do Sul estiveram à frente no sentido de suprir tal ausência de previsão legal específica.

Nesse labor jurisprudencial, a doutrina ressaltava a necessidade de se tomar em consideração o paralelismo das vocações parentais envolvidas, determinando que um dos pais tivesse o filho em sua companhia e residência habitual, estabelecendo, assim, o domicílio principal do menor.

A partir de 1988, fundamentou-se a guarda compartilhada nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal. No primeiro dispositivo, enxergava-se como subsídio a

igualdade entre homens e mulheres, inclusive no que tange a suas obrigações entre si e quanto aos filhos.

E, no artigo seguinte, instituía-se, como direito inalienável da criança e do adolescente a convivência familiar, em sua concepção mais estendida, conforme se depreende do *caput* daquele preceito constitucional.

Na legislação ordinária, buscava-se respaldo na Lei número 6.515/77 (Lei do Divórcio), que valoriza a participação da vontade dos pais na determinação da guarda em separação judicial consensual.

Por outro lado, tanto a Lei do Divórcio quanto o Estatuto da Criança e do adolescente estabeleciam o caráter imperativo de se atender ao melhor interesse do menor, e de se primar pela manutenção do afeto na relação com os pais.

Portanto, devia toda a ordem jurídica assegurar a igualdade entre homem e mulher, a paternidade responsável, e garantir a dignidade e a convivência familiar harmônica da criança e do adolescente.

E, a guarda compartilhada seria uma via segura, já antes do Código Civil atualmente vigente, de se atender a tais exigências.

Com o advento da Lei número 10.406 de 2002, que instituiu o atual Código Civil brasileiro, ainda não se trouxe a guarda compartilhada de maneira expressa.

Porém, atendendo a reivindicações doutrinárias e jurisprudenciais anteriores, deu-se abertura à implementação dessa modalidade de guarda através dos artigos 1.583 e 1.584.

O melhor interesse do menor, a proteção constitucional à igualdade dos pais e à convivência familiar dos menores, e a autonomia dos cônjuges em separação para decidir sobre a guarda, continuaram a informar a interpretação desses artigos.

Desse modo, busca-se ver na nova legislação a superação de ideologia individualista e patrimonialista ultrapassada, que dava sustentação a parte considerável do Código anterior.

A jurisprudência dos Estados, então, passou a estabelecer critérios complementares à concessão da guarda compartilhada, tais como a ausência de forte animosidade entre os pais.

Certamente, se a separação cria entre os cônjuges um ambiente emocional tão negativo que inviabilize qualquer cooperação entre os mesmos, seria prejudicial ao menor forçar sua convivência direta com ambos.

Tanto que alguns doutrinadores visualizaram a possibilidade de, pacificando-se a situação entre os pais, alterar a guarda de única para compartilhada, realizando-se, assim, uma espécie de progresso no tratamento aos filhos.

Assim, atendidos os requisitos da convivência harmônica entre os requerentes e do consenso em torno da guarda, ainda se deveria atentar à adaptação da criança a tal modo de convivência com os pais.

Essa verificação não seria fácil no âmbito concreto, razão pela qual se recomendaria estudo social e acompanhamento por profissionais de diversas áreas, tais como psicólogos e pedagogos.

Vale lembrar que a guarda compartilhada apresenta natureza flexível, podendo variar sua configuração, mesmo atendidos, inicialmente, os requisitos anteriormente levantados.

Mas, alcançando-se as condições necessárias ao funcionamento da guarda compartilhada como proteção ao melhor interesse psicológico, social e jurídico da criança ou adolescente, afirma-se a possibilidade de acatamento dessa espécie de guarda, com fundamento nos artigos 1.583 e 1.584 do novo Código Civil brasileiro.

Mesmo diante dessa possibilidade, já tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei número 6.350/2002, enviado, em 31 de maio de 2006, ao Senado Federal, por meio do Ofício OS/GSE 363/06.

Seu texto traz alterações aos artigos 1.583 e 1.584 do novo Código Civil brasileiro, a fim de incorporar, expressamente, a guarda compartilhada. No artigo 1.583, inclui-se, por meio do artigo 2º do Projeto, dois parágrafos, conceituando a guarda compartilhada e outorgando ao juiz a obrigação de, antes de homologar a separação judicial consensual, evidenciar às partes as vantagens da guarda compartilhada.

Por outro lado, o artigo 3º do mencionado Projeto dá nova redação ao artigo 1.584 do vigente Código Civil, que passaria a estabelecer que, na falta de acordo entre os cônjuges sobre a guarda, o juiz decretaria a guarda compartilhada.

Diante disso, o Projeto de Lei número 6.350/2002 representa uma possibilidade de avanço na legislação nacional, vez que torna expressa uma figura jurídica que, como se tentou demonstrar, traz inúmeros aspectos positivos, em diferentes esferas do desenvolvimento dos seres humanos.

Estabelecida, portanto, a atual posição jurídica da guarda compartilhada, o estudo se voltou aos aspectos sociológicos que poderiam indicar a necessidade

daquela guarda para fazer frente a dificuldades enfrentadas, hodiernamente, pelo indivíduo em sociedade.

Em relação a esses caracteres sociais, conclui-se que a sociedade contemporânea, comumente denominada pós-moderna, se caracteriza por severo individualismo, dentro do qual o ser humano deixa de lado valores comunitários e familiares, em nome de fundamentos exclusivamente econômicos e de consumo.

Nesse contexto, o ser humano, rompendo laços de afeto, amizade e solidariedade, adquire profunda angústia, pelo próprio fato de, atendendo ao individualismo dominante, negar sua própria natureza de ente social.

Cresce, então, a dificuldade na consolidação de relações sólidas do indivíduo com os demais, na mesma velocidade em que evolui a tecnologia. E, individualista e servil aos valores do capital e do consumo, o indivíduo perde a perspectiva de concretização de um projeto de vida, inclusive familiar.

Em função disso, a família tornou-se tão volátil quanto a política ou a economia. O crescimento desenfreado das separações e divórcios é um sinal desses novos tempos.

A família institucionalizada se enfraqueceu, inclusive como decorrência da negação, natural à pós-modernidade, de toda e qualquer remissão a paradigmas tradicionais.

A própria massificação dos meios de comunicação incita a desestruturação da unidade familiar, elevando a individualidade a ponto de destituir os pais de sua importância na formação e socialização dos filhos.

A emancipação do sexo feminino, a partir da década de 1960, também contribuiu para aprofundar a aparência de crise que ronda a instituição familiar, já que, trazidas à condição de plena igualdade com o sexo masculino (fato já há muito necessário), as mulheres ingressaram também no espírito individualista comentado.

Logo, as relações entre pais e filhos, bem entre cônjuges, têm se tornado impessoais, vazias. Em síntese, perdeu-se o foco no amor como fundamento das relações familiares.

Contudo, as modificações e os problemas decorrentes do advento da pós-modernidade forçaram o Direito, e, em especial, o Direito Civil, a oferecer novas soluções, adaptadas ao contexto contemporâneo.

Em resumo, a tendência pós-moderna de elevar o indivíduo acima de todas as coisas provoca a necessidade de se rever todas as relações humanas, e, em

especial, as familiares, que determinam a personalidade de cada um dos sujeitos que compõem a sociedade.

Logo, a guarda compartilhada, modelo em que se mantém a convivência entre os filhos de pais separados e ambos os seus genitores, e cujo conceito jurídico se verá mais à frente, pode contribuir para a melhoria das relações entre pais e filhos, e mesmo entre os cônjuges cujo matrimônio se desfez.

Desse modo, afirma-se a guarda compartilhada como solução viável ao problema do agravamento do isolamento a que o indivíduo pós-moderno, em sua formação, está sujeito, ao se tentar manter em sua vida a saudável convivência familiar.

Em seguida às considerações sociológicas, o trabalho seguiu pela vereda da psicologia, avaliando, inicialmente, as circunstâncias que envolvem a ruptura de uma unidade familiar.

A partir daí, se conclui que, ao se tratar da constituição de uma família, entre um homem e uma mulher, esta há que ser considerada como o resultado de um processo emocional, que atingiu níveis de intensidade bastante intensos.

Assim, o desfazimento dessa relação representa a falência de projetos de vida em comum, gerando profunda frustração, tristeza, desilusão, e, muitas vezes, sentimentos negativos e agressividade entre o casal.

Em decorrência dos conflitos que antecedem essa ruptura, e que, muitas vezes, se seguem depois dela, surgem danos psicológicos aos filhos, decorrentes da vital importância das relações entre pais e filhos na formação emocional, psicológica, ética, moral e social destes.

Sendo a família o primeiro agrupamento social através do qual o homem entra em contato com a sociedade, a convivência próxima e afetuosa tanto com o pai quanto com a mãe é que determina, em conjunto com outros fatores, o equilíbrio psíquico da pessoa.

De outro lado, a ausência de uma estrutura familiar sólida, que permita e incentive a convivência próxima e constante entre pais e filhos, traz conseqüências profundas.

Em relação à mãe, a psicologia aponta a importância dos laços criados desde o parto, passando por rotinas simples como a da amamentação, em direção ao pleno psíquico da criança. E, a figura paterna, em sua importância na formação da personalidade da criança, também tem sido comentada por autores da área.

As próprias relações de poder e influência dentro da entidade familiar têm papel decisivo no desenvolvimento dos menores. É certo que essa autoridade dos pais não retira a individualidade do filho, mas define trechos de sua personalidade.

Assim, a convivência familiar, sobretudo nos primeiros anos de vida, é essencial para o estabelecimento dos critérios morais que nortearão o indivíduo no futuro. Portanto, afastando-se qualquer dos pais do convívio direto com os filhos, pode haver distúrbios para os menores.

Tornaram-se patentes, durante a realização deste estudo, as dificuldades psicológicas e sociais que podem surgir da ruptura familiar em que um dos genitores deixe de conviver com o(s) filho(s).

A guarda compartilhada, cuja adoção manteria intacta a convivência familiar para os filhos menores de pais separados, seria, desse modo, instrumento hábil a minimizar tais dificuldades.

Concluído o setor desta dissertação voltado às questões psicológicas em torno da guarda compartilhada, tomou-se o rumo dos direitos da personalidade, onde se pretendeu inserir aquela espécie de guarda.

Nessa parte final do estudo, concluiu-se que os direitos da personalidade são os que visam proteger atributos sem os quais o indivíduo, enquanto sujeito de direitos e obrigações, jamais poderia realizar plenamente suas potencialidades.

Tais direitos não são passíveis de serem mensuração patrimonial, não podem ser transmitidos de um sujeito a outro, e não se submetem a institutos como a prescrição ou a penhora.

Em diversos países desenvolvidos, como França e Portugal, a proteção geral aos direitos da personalidade é plenamente institucionalizada através de diplomas legais, codificados ou esparsos.

No Brasil, os direitos da personalidade têm sido protegidos não apenas sob a ótica patrimonial, de reparação material dos danos causados, mas também se tem procurado prevenir danos a tais direitos, e tratá-los de acordo com sua natureza personalíssima.

E, no que tange à relação entre guarda compartilhada e os direitos à personalidade, conclui-se que a proteção ao desenvolvimento psicológico, emocional, social e intelectual dos filhos, facilitado pela guarda compartilhada, atende, primeiramente, à exigência constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, tratando especificamente dos direitos da personalidade, previstos na Parte Geral do Código Civil vigente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se manifestado no sentido de que a relação legal não exaure os direitos da personalidade, devendo-se inserir, entre esses, o direito à integridade psíquica e emocional do ser humano.

Autores respeitados como Carlos Alberto Bittar expõem de maneira magistral o conteúdo do direito da personalidade à integridade psíquica, defendendo sua proteção em igualdade com os direitos da personalidade enumerados expressamente na Lei número 10.406/2002.

E, se a integridade emocional e psicológica dos indivíduos é considerada direito da personalidade, torna-se quase óbvio que a inserção dos filhos de casais separados numa convivência familiar sólida integra a proteção à personalidade.

Não bastaria a presença física dos pais junto ao menor. Dever-se-ia manter os vínculos de afeto, bem como o concreto acompanhamento da evolução de todos os caracteres psicológicos e sociais do filho.

Poder-se-ia, portanto, admitir, dentro desse espírito jurídico, e com fundamento na importância da convivência familiar para a integridade psicológica dos filhos, que a guarda compartilhada seria um meio de se proteger um direito da personalidade dos menores envolvidos.

Devendo-se respeitar a integridade psíquica dos indivíduos como um direito da personalidade, não se pode deixar de reconhecer que manter a convivência de um menor com ambos os pais, para evitar os malefícios psicológicos da ausência de um deles, é um direito inerente à personalidade do filho.

Apesar de não se apresentar como solução total e definitiva a todos os problemas verificados na desintegração de uma família, a guarda compartilhada pode representar instrumento jurídico hábil a manter a participação de ambos os pais na vida dos filhos, atendendo ao direito da personalidade dos filhos a uma vida psicológica e afetivamente saudável.

REFERÊNCIAS

ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada: priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.apase.org.br/91007-priorizando.htm>, acessado em 21/01/2006, às 14:12 horas.

ADUA, Maria de Betânia Lacerda Ferreira & SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos. **Guarda compartilhada: o compartilhamento da presença dos filhos por pais separados.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20Especialistas/df-12-03.htm>, acesso em 29/05/2005, às 14:12 horas.

ALBUQUERQUE. Fabíola Santos. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa.** In **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 31, agosto / setembro de 2005. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, 2005.

ALENCAR, Raquel Alcântara de. **Aspectos destacados na guarda compartilhada.** Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=275&CodTema=78&Tipo=1, acesso em 29/05/2005, às 14:28 horas.

ALTHOFF, Coleta Rinaldi. **Delineando uma abordagem teórica sobre o processo de viver em família.** In ELSEN, Ingrid (organizadora). **O viver em família e sua interface com a saúde e a doença.** 2ª edição – Maringá: EDUEM, 2004.

ALVES, J. A. Lindgren. **A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade.** Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html, acessado em 21/01/2006, às 09:14 horas.

ALVES, Jones Figueiredo. **Algumas questões controvertidas no novo Direito de Família.** In DELGADO, Mário Luiz & ALVES Jones Figueiredo (coordenação). **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2003, pp. 311-329.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 4ª edição – São Paulo: Renovar, 2002.

AMARAL, Sylvia Mendonça do. **Guarda compartilhada: casal deve assumir compromisso no processo judicial.** Documento disponível na *internet*, através do site

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/35415,1>, acessado em 30/12/2006, às 22:34 horas.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. São Paulo: Jorge Zahar, 1998.

ANDRADE, Hamilton Ayres Freire de. **Sigmund Freud e Herbert Marcuse: do mal-estar da civilização na satisfação administrada na sociedade industrial**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.cchla.ufpb.br/paraiwa/03-hamilton.html>, acessado em 06/05/2006, às 19:08 horas.

ARANTES, Geraldo Claret de. **A criança e o direito à convivência familiar**. Documento disponível na *internet*, através do site <http://www.juizgeraldoclalet.adv.br/acrianca.doc>, acessado em 30/12/2006, às 15:24 horas.

ARNAUD, André-Jean & JUNQUEIRA, Eliane Botelho (organizadores). **Dicionário da globalização: Direito, Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

AZEVEDO, Maria Raimunda Teixeira de. **A guarda compartilhada: um enfoque jurídico / social do instituto da guarda compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.rj.apase.org.br/1400-juridicos.htm>, acesso em 29/05/2005, às 14:41 horas.

BAIBERT, Jefferson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BARBERO, Domenico. **Derecho Privado**. Buenos Aires: EJEJA, 1967.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>, acesso em 29/05/2005, às 15:09 horas.

BARRETTO, Vicente. **A natureza ética do liberalismo e do capitalismo**. Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_4.html, acessado em 06/05/2006, às 18:42 horas.

BASSET, Lidia N. Makianicho de. **Derecho de visitas: régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicacion entre padres e hijos**. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

BAUAB, José D'Amico. **Direito à honra: visão macroscópica do tema.** Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev10_ze.html, acessado em 30/06/2005, às 19:44 horas.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de Derecho de Família.** Tomo 2. 7ª edición – Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

BERGER, Peter L. **Perspectivas sociológicas – uma visão humanística.** Tradução de Donaldson M. Garschagem. 3ª edição – Petrópolis: Vozes, 1976.

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BIAGGIO, Ângela M Brasil. **Psicologia do desenvolvimento.** 17ª edição – Petrópolis: Vozes, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 6ª edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos.** 2ª edição – São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1981.

BONIN, Luiz Fernando Rolin. **Indivíduo, cultura e sociedade.** In JACQUES, Maria da Graça Corrêa *et alli*. **Psicologia social contemporânea.** Petrópolis: Vozes, 1998.

BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de visita.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGHIROLI, Elaine Maria; BISI, Guy Paulo; RIZZON, Luiz Antônio & NICOLETTO, Ugo. **Psicologia Geral.** 25ª edição – Petrópolis: Vozes, 2005.

BRANDÃO, Débora. **Guarda compartilhada: só depende de nós.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto.436.htm>, acesso em 02/12/2004, às 12:34 horas.

BRASA, Teresa M. Esteves. **Derecho Civil Musulmán.** Buenos Aires: Depalma, 1981.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.** Documento disponível na *internet*, por meio do site

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 03/12/2005, às 13:26 horas.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002, p. 74.

BRASIL. **Projeto de Lei 6.350**, de 2002. *Define a Guarda Compartilhada*. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 10 de abril de 2002, p. 14792.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Reinventando o Direito de Família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade**. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano V, v. 18, abril a junho de 2004. Rio de Janeiro: PADMA, 2004, pp. 79-107.

BRAVO, Federico de Castro y. **Compendio de Derecho Civil**. I (Introducción al Derecho Civil) y II (Derecho de la persona). 4ª edición - Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenação). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 355-367.

CAMARGO, Joecy. **Guarda e responsabilidade**. In WAMBIER, Tereza Arruda Alvim & LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenadores). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 244-275.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. In *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 6, n. 28, fevereiro a março de 2005. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In FACHIN, Luiz Edson (coordenador). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CARCERERI, Pedro Augusto Lemes. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Documento disponível na *internet*, através do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=526>, acessado em 21/12/2006, às 03:36 horas.

CARDELLA, Beatriz Helena Paranhos. **O amor na relação terapêutica: uma visão gestáltica**. 2ª edição – São Paulo: Summus, 1994.

- CARRIL, Júlio J. López del. **Derecho de Familia**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.
- CARVALHO, Olavo de. **O imbecil coletivo: atualidades inculturais brasileiras**. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade.
- CATTEGNO, Caleb. **Educação para o amor**. Tradução de Maria Sofia Bulcão Viana. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1958.
- CHALITA, Gabriel. **Educação: a solução está no afeto**. 6ª edição – São Paulo: Gente, 2001.
- CICCO, Cláudio de. **Direito: tradição e modernidade**. 2ª edição – São Paulo: Ícone, 2005.
- CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2ª edición – Buenos Aires: Astrea, 1995.
- CIMADON, Aristides. **As relações jurídicas na pós-modernidade**. In MEZZARROBA, Orides (organização). **Direito, Estado e Pós-modernidade**. Florianópolis: UNOESC / CPGD-UFSC, 1996.
- COELHO, Ivone M. C. & DIAS, Maria Berenice. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 1, v. 4, outubro a dezembro de 2000. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, pp. 273-280.
- COELHO, Rômulo. **Direito de Família**. 2ª edição – São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1992.
- COLIN, Ambroise & CAPITANT, Henri. **Traité de Droit Civil**. Tome Premier. Paris: Librairie Dalloz, 1953.
- COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. I – Parte Geral. Tomo I: introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 2ª edição – Coimbra: Almedina, 2000.
- CÓRDOBA, Marcos (director). **Derecho de Familia: parte general**. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- COSTA, Sueli Alves da. **Guarda Compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.rj.apase/14000-juridicos.htm>, acesso em 30/05/2005, às 9:15 horas.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DANTAS, Marília Antunes. **Resenha**: “*Les temps hypermodernes*”. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www2.uerj.br/~revispsi/v4n1/artigos/Resenha%20-%20V4N1.htm>, acessado em 18/05/2006, às 13:52 horas.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DONEDA, Danilo. **Direito à integridade física**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/direito_integridade_fisica.html, acessado em 25/12/2006, às 17:09 horas.

DUARTE, Alicia Pérez. **Derecho de Familia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

DUARTE, Luiz Fernando Dias. **Horizontes do indivíduo e da ética no crepúsculo da família**. In RIBEIRO, Ivete & RIBEIRO, Ana Clara T. (organização). **Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995.

DUFRENNE, Mikel. **La personalidad basica: um concepto sociológico**. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1973.

EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. São Paulo: Jorge Zahar, 1998.

EUCKEN, Rudolf. **O sentido e o valor da vida**. Tradução de João Távora. Rio de Janeiro: Opera Mundi, 1971.

FACHIN, Luiz Edson & RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. In AZEVEDO, Álvaro Vilaça (coordenador). **Código Civil Comentado**. Volume XV: *Direito de Família. Casamento*. São Paulo: Atlas, 2003.

FALCETO, Olga Garcia & WALDEMAR, José Ovídio Copstein. **O ciclo vital da família**. In EIZIRIK, Cláudio Laks; KAPCZINSKI, Flávio & BASSOLS, Ana Margareth Siqueira. **O ciclo da vida humana: uma perspectiva psicodinâmica**. Porto Alegre: Artmed, 2001, pp. 59-72.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana.** In **Revista de Direito Privado**, ano 5, n. 19, julho a setembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 56-68.

_____. **Direito Constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional).** In Farias, Cristiano Chaves de (coordenador). **Temas atuais de Direito e Processo de Família.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, pp. 19-34.

_____. & ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral.** 5ª edição – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

FIDOMANZO, Marie Claire. **Guarda Compartilhada e Justiça.** Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.aabc.org.br/infor_4_agosto03/guarda_comp5.htm, acesso em 12/06/2005, às 12:13 horas.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Organização e tradução de Roberto Machado. 16ª edição – Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

FRAILAN, Fredson et alli. **Mudança de sexo: possibilidades e limites no ordenamento jurídico.** Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2006/discente/dis9.doc, acessado em 25/12/2006, às 17:24 horas.

FRANKL, Viktor E. **Psicoterapia e sentido da vida: fundamentos de logoterapia e análise existencial.** Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante, 1973.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil.** Volume I: *Parte Geral.* 8ª edição – São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípio da paternidade responsável.** In **Revista de Direito Privado**, ano 5, n. 18, abril a junho de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 21-41.

GANDHI, Mohandas Karamchand. **O pensamento vivo de Gandhi.** São Paulo: Martin Claret, 1983.

GARNER, Bryan. **Black's Law Dictionary.** Seventh Edition. Saint Paul: West Group, 1999

GESELL, Arnold. **A criança dos 0 aos 5 anos.** Tradução de Cardico dos Reis. 4ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GITELMAN, Suely Ester. **Compromisso científico do jurista com a dignidade do homem e com a parificação e pacificação social.** In NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenação). **Função do Direito Privado no atual momento histórico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, PP. 490-505..

GOBBI, Shaienne Mattar. **Plausibilidade da guarda compartilhada face ao ordenamento jurídico brasileiro.** Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www.rj.apase.org.br/14000-juridicos.htm>, acesso em 11/06/2005, às 21:52 horas.

GOERGEN, Pedro. **Pós-modernidade, ética e educação.** 2ª edição - Campinas - SP: Autores Associados, 2005.

GOLDSTEIN, Joseph I. **¿Em el interés superior de quién?** In BELOFF, Mary (compiladora). **Derecho, infancia y familia.** Barcelona: Gedisa, 2000.

GOMES, Daniela de Mendonça Tapajós. **Guarda compartilhada.** Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www.emerj.rj.gov.br/biblioteca/resenhas/2000/danielam.htm>, acessado em 01/01/2007, às 21:38 horas.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Marino Elígio. **Alimentos entre parentes: uma reflexão aos arts. 396, 397 e 398 do Código Civil brasileiro.** Documento disponível na *internet*, através do *site* <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/art15.htm>, acessado em 31/12/2006, às 02:46 horas.

GONÇALVES, Susana Valéria Galhera. **Aspectos jurídicos da clonagem humana terapêutica sob o prisma dos direitos da personalidade.** Maringá: UEM, 2003.

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

_____. **Quem melhor para decidir a respeito?** Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?CodInf=77&CodTema=78&Tipo1, acesso em 01/12/2004, às 20:10 horas.

GROENINGA, Gisele Câmara. **O direito à integridade psíquica.** Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=201>, acessado em 25/12/2006, às 17:31 horas.

- GROSMAN, Cecilia P. & ALCORTA, Irene Martínez. **Famílias Ensambladas: nuevas uniones después del divorcio**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HAYNES, John M. & MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Tradução de Eni Assumpção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª edição – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 19ª edição – Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.
- IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- ISHIDA, Valter Kenji. **Direito de Família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JANUZZI, Déa. **Pais lutam pelo direito da guarda compartilhada dos filhos**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.saudeplena.com.br/noticias//index_html?opcao=04-1010-pais, acesso em 12/12/2004, às 23:23 horas.
- JUNG, Carl Gustav. **Civilização em transição**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1993.
- JURITSCH, Martin. **Sociologia da paternidade: o pai na família e no mundo (uma análise antropológica)**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- KICH, Bruno Canísio. **Direito de Família: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. Campinas: Agá Júris, 1999.
- LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Précis Élémentaires de Droit Civil**. Paris: Recueil Sirey, 1948.
- LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- LECLERCQ, Jacques. **A família**. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 1972.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **A monografia jurídica**. 5ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **A proteção econômica do princípio da dignidade humana**. Documento disponível na *internet*, através do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3765>, acessado em 01/10/2006, às 23:14 horas.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>, acessado em 29/11/2005, às 20:39 horas.

LOFY, Willian. **A Ação Afirmativa e o respeito aos princípios de Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana**. Documento disponível na *internet*, através do site <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/24/2024/>, acessado em 25/12/2006, às 17:44 horas.

LOLUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de Direito Civil**. Volume 5: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOUGON, Maurício. **A saúde mental e o direito à convivência familiar em face do melhor interesse**. In PEREIRA, Tânia da Silva (coordenação). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 433-466.

LOURENÇO, Eduardo. **A Nau de Ícaro e Miragem da Lusofonia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LUCARINI, Spartaco. **A difícil tarefa do pai na educação dos filhos**. 4ª edição – São Paulo: Cidade Nova, 1979.

LYON, David. **Pós-modernidade**. Tradução de Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 1998.

MALHEIROS FILHO, Fernando. **Os princípios e a casuística na guarda dos filhos**. In **Revista de Direito Privado**, ano 3, n. 10, abril a junho de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 107-127.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. São Paulo: LTr, 2003.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon & MAZEAUD, Jean. **Leçons de Droit Civil. Tome Premier**. Paris: Éditions Montchrestien, 1955.

MAZIA, Edna de Souza. **Guarda compartilhada: evolução e aspectos jurídicos no moderno Direito de Família.** In **Revista Jurídica CESUMAR Mestrado**, v. 4, n. 1 (julho de 2004). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2004.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. **Derecho de Familia.** Tomo 4. 3ª edición – Buenos Aires: Editorial Ábaco, s/d.

MEDEIROS, Flávia Alves. **Direitos da personalidade e orientação sexual.** In **INTERTEMAS: Revista do Curso de Mestrado em Direito**, v. 1. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2000.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil.** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/11/1911/>, acessado em 10/05/2006, às 19:42 horas.

MENNINGER, Karl. **Amor contra o ódio.** Tradução de Olga Biar Laino. São Paulo: IBRASA, 1969.

MIGUEL, Luís Felipe. **Teoria política feminista e liberalismo: o caso das cotas de representação.** Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000300005, acessado em 06/05/2006, às 18: 48 horas.

MIZRAHI, Mauricio Luís. **Familia, matrimonio y divorcio.** 1ª reimpressão – Buenos Aires: Astrea, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 11ª edição – São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos.** In CATTANI, Aloysio Raphael *et alli*. **Direito de Família e Ciências Humanas: Caderno de Estudos n. 3.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, pp. 79-96.

MOTTA-MAUÉS, Maria Angélica. **Na "casa da mãe" / na "casa do pai": anotações (de uma antropóloga e avó) em torno da "circulação" de crianças.** Documento disponível na *internet*, através do site <http://www.scielo.br/pdf/ra/v47n2/a03v47n2.pdf>, acessado em 29/10/2005, às 11:04 horas.

MUCCHIELLI, Roger. **A personalidade da criança – sua formação do nascimento até ao fim da adolescência.** Tradução de Raquel Pinto da Costa. 2ª edição – Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1963.

NALINI, José Renato. **A família brasileira no século XXI**. In **Revista de Direito Privado**, ano 1, n. 1, janeiro a março de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 09-27.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César & SÁ, Maria de Fátima Freire de (coordenadores). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Com quem fico, com papai ou com mamãe?** In NAZARETH, Eliana Riberti (coordenação geral). **Direito de Família e Ciências Humanas: Caderno de Estudos n. 1**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997, pp. 77-85.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis comentadas, atualizadas até 20.07.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.apase.org.br/81001-umnovoenfoque.htm>, acesso em 10/07/2005, às 11:33 horas.

NOVAES, Maria Helena. **O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica**. In PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança – um debate interdisciplinar**. São Paulo: Renovar, 1999, pp. 525 a 536.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Sônia Grubits Gonçalves de. **A construção da identidade infantil (a sóciopsicomotricidade Romain-Thiers e a ampliação do espaço terapêutico)**. São Paulo: Casa do psicólogo, 1996.

PAIXÃO, Edivane & OLTRAMARI, Fernanda. **Guarda Compartilhada de filhos**. In **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VII, n. 32, outubro a novembro de 2005. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, 2005, pp. 50-71.

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel. **Crianças em jogo: guarda compartilhada é o modelo ideal em separação**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.conjur.uol.com.br/textos/15106/>, acesso em 05/04/2004, às 9:07 horas.

PATIÑO, Ana Paula Corrêa. **Direito Civil: direitos de família**. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. 2ª tiragem – Rio de Janeiro: Tribuna Liberal, 1889.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.rj.apase.org.br/14000-juridicos.htm>, acesso em 01/07/2005, às 19:11 horas.

PEREIRA, Tânia da Silva & MELO, Carolina de Campos. **Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988**. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 1, v. 3, julho a setembro de 2000. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, pp. 89-109.

PERES, Luiz Felipe Liryo. **Guarda Compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>, acesso em 01/07/2005, às 19:43 horas.

PEREZ, Suellen da Costa. **Guarda compartilhada: sob o enfoque do melhor interesse do menor**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.apase.org.br/81012-soboenfoque.htm>, acessado em 29/12/2006, às 23:02 horas.

PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão**. Florianópolis: EDUSC, 2003.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no Direito Romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

POROT, Maurice. **L'enfant et les relations familiales**. 7ª edição – Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral (arts. 1º a 120). 6ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RABELO, Sofia Miranda. **Definição de guarda compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.rj.apase.org.br/14000.htm>, acesso em 01/07/2005, às 20:55 horas.

RAMOS, André de Carvalho. **Justiça de fora: reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://conjur.estadao.com.br/static/text/48118,1>, acessado em 25/12/2006, às 17:16 horas.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

RÉGIS, Jaci. **Amor, casamento e família**. 3ª edição – São Paulo: DICESP, 1980.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4º edição – Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REIS, Luís Eduardo Bittencourt dos. **A guarda dos filhos**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.rj.apase.org.br/14000-juridicos.htm>, acesso em 17/06/2005, às 11:32 horas.

RIOS, Roger Raupp. **Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo**. In MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 483-517.

ROCHA, Artur Antônio da. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Volume 6: *Direito de Família*. 28ª edição – São Paulo: Saraiva, 2004.

ROGÉRIO, Cristiane. **Três Projetos de Lei tramitam no Congresso para incluir a opção de guarda compartilhada no Código Civil**. Documento disponível na *internet*, por meio do site http://www.aleitamento.com/a_artigos.asp?id=7&id_artigo=829&id_subcategoria=13, acessado em 02 de janeiro, às 18/01/2006, às 18:31 horas.

ROSA, José Manuel Cipriano de Ramos. **Para um utópico direito da criança: uma visão jurídico social dos problemas relacionados com a guarda monoparental, e as possibilidades de solução que a guarda compartilhada ou conjunta pode oferecer**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.rj.apase.org.br/14000-juridicos.htm>, acesso em 21/06/2005, às 21:11 horas.

RUIZ, Valdete Maria & OLIVEIRA, Marli Jorge Vischi de. **A dimensão afetiva da ação pedagógica**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://www.unipinhal.edu.br/ojs/educacao/include/getdoc.php?id=138&article=34&mode=pdf>, acessado em 06/05/2006, às 19:01 horas.

SAFATLE, Vladimir. **Pós-modernidade: utopia do capitalismo**. Documento disponível na *internet*, por meio do site <http://p.php.uol.com.br/tropico/html/textos/2446,1.shl>, acessado em 06/05/2006, às 20:13 horas.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. 2ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9ª edição – São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Novos aspectos da obrigação alimentar**. In DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARTI, Cynthia. **Família e individualidade: um problema moderno**. In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. **A família contemporânea em debate**. 3ª edição – São Paulo: EDUC, 2000.

SAVATIER, René. **Cours de Droit Civil**. Tome Premier. Deuxième Édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**. In **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 8, n. 35, abril-maio de 2006. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, 2006, pp. 53-77.

SCHWARTZ, Gustavo Bassini. **Argumentos a favor da guarda compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www.pailegal.org/forum/viewtopic.php?t=5554&view=next&sid=0657d388dc7ba10b9ff8ce842eabfa33>, acessado em 12/12/2005, às 12:17 horas.

SCHWERTNER, Vera Maria. **Guarda Compartilhada**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www.rj.apase.org.br/14000-juridicos.htm>, acesso em 19/06/2005, às 22:57 horas.

SCORSIM, Jeanete. **Guarda compartilhada: um efetivo exercício da autoridade parental**. Documento disponível na *internet*, através do *site* <http://www.apase.org.br/81014-umefetivo.htm>, acessado em 30/12/2006, às 20:22 horas.

SEVCENKO, Nicolau. **O enigma pós-moderno**. In Oliveira, Roberto Cardoso de *et alli*. **Pós-modernidade**. Campinas: UNICAMP, 1987.

SHINE, Sidney. **A espada de Salomão: a psicologia e a disputa de guarda de filhos**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos das relações entre pais e filhos**. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 64-65.

Site da **Câmara dos Deputados**, na internet: <http://www.camara.gov.br>.

Site do **Superior Tribunal de Justiça**, na internet: <http://www.stj.gov.br>.

Site do **Supremo Tribunal Federal**, na internet: <http://www.stf.gov.br>.

Site do **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, na internet: <http://www.tjmg.gov.br>.

Site do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na internet: <http://www.tj.sp.gov.br>.

Site do **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**, na internet: <http://www.tj.mt.gov.br>.

Site do **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, na internet: <http://www.tj.sc.gov.br>.

Site do **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, na internet: <http://www.tj.rs.gov.br>.

SKINNER, Burrhus Frederic. **O comportamento verbal**. Tradução de Maria de Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 1978.

_____. **Tecnologia do ensino**. Tradução de Rodolpho Azzi. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

_____. **Sobre o Behaviorismo**. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 1974.

SOARES, Orlando. **Direito de Família: de acordo com o novo Código Civil (lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

SUNG, Jung Mo & SILVA, Josué Cândido da. **Conversando sobre ética e sociedade**. 8ª edição – Petrópolis: Vozes, 2000.

SZAPIRO, Ana Maria. **O indivíduo fora da cidade: questões à transmissão na sociedade contemporânea**. Documento disponível na internet, por meio do site <http://www2.uerj.br/~revispsi/v3n1/artigos/artigo3v3n1.html>, acessado em 01/04/2006, às 11:53 horas.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc, acessado em 29/12/2006, às 19:33 horas.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/a_guarda_lianemariabusnellothome.html, acessado em 06/01/2006, às 11:45 horas.

THOMÉ, Nilson. **Considerações sobre modernidade, pós-modernidade e globalização nos fundamentos históricos da educação no Contestado**. Documento disponível na *internet*, por meio do *site* http://www.achegas.net/numero/quatorze/nilson_thome_14.htm, acessado em 21/01/2006, às 11:06 horas.

TIBA, Içami. **Ensinar aprendendo: como superar os desafios do relacionamento professor-aluno em tempos de globalização**. 5ª edição – São Paulo: Gente, 1998.

VARELA, Antunes. **Direito da Família**. 1º volume. 5ª edição – Lisboa: Livraria Petrony, 1999.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanches. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. 20ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 224.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Volume 1: *Parte Geral*. 6ª edição – São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil**. Volume 6: *Direito de Família*. 6ª edição – São Paulo: Atlas, 2004.

VICENTE, Cenise Monte. **O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo**. In KALOUSTIAN, Sílvio Manoug. **Família brasileira: a base de tudo**. São Paulo: Cortez, 1994.

VIGOTSKI, Lev Semenovich. **O desenvolvimento psicológico na infância**. Tradução de Cláudia Berviner. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos biológicos superiores**. Tradução de José Cipoula Neto, Luís Silveira Menna Barreto e Solange Castro Afeche. 6ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: questões controvertidas**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Renovar, 2001.

ANEXOS

ANEXO I – Projeto de Lei número 6.350, de 20 de março de 2002.

PROJETO DE LEI NÚMERO 6.350, DE 2002.

(Do Sr. Tilden Santiago)

Define a guarda compartilhada.

(Aperse-se ao PL 6.315/2002)

O Congresso Nacional decreta:

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

Art. 2º. Acrescente-se ao Art. 1.583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

“Art. 1.583.....

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

Parágrafo 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. 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto a 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.

Parágrafo 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.

JUSTIFICAÇÃO

O novo Código Civil Brasileiro, tão recentemente aprovado, no ano de sua vacância, merece ser aperfeiçoado em tudo o que for possível. No que tange ao Direito de Família, deixou de contemplar o sistema de guarda compartilhada, que ora propomos, que já bem há tempos sendo apontado como a melhor solução prática em prol das crianças e adolescentes, quando do divórcio ou separação dos pais.

Segundo o magistério da Dra. Sofia Miranda Rabelo, da UFMG e da Associação “Pais para Sempre”, a guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade.

A justificativa para a adoção desse sistema está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

A continuidade do convívio da criança com os ambos pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável. Por isso, não se pode manter sem questionamentos, formas de solucionar problemas tão ultrapassados.

É preciso diferenciar os tipos de guarda para evitarem-se confusões na determinação daquela que parece mais adequada. São quatro modelos de guarda dos filhos: guarda alternada, guarda dividida, aninhamento ou nidação e guarda compartilhada.

A Guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de

mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. A jurisprudência a desabona, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

A Guarda dividida apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais, que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

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

Finalmente, a Guarda Compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação com o pai e mãe, havendo com a co-participação em igualdade de direitos e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem estar dos filhos, são benefícios grandiosos que a nova proposta traz às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes.

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo a guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelo Estado, para proteção integral dos menores.

Enquanto a família permanece unida, o menor desfruta dos dois genitores. A ruptura cria uma nova estrutura e a responsabilidade parental se concentra em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. Na realidade social surgem cada vez mais conflitos envolvendo relações paterno-filiais, porém são escassas as normas legais a respeito. Cumpre a doutrina e jurisprudência estabelecer soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com o Texto Constitucional.

Timidamente, alguns tribunais brasileiros passaram a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, a definição e o estudo específico do tema é de extrema importância para que os juizes possam se orientar e decidir respeitando o interesse do menor.

É o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores. O equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família.

Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreça a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo do Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procuram-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição eqüitativa da autoridade parental.

A guarda “exclusiva”, “única” cede lugar às novas modalidades de guarda alternada, dividida e finalmente compartilhada ou conjunta.

Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre guarda compartilhada (joint custody). A idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda a América do Norte. O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos. A American Bar Association – ABA criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores (Child Custody Committee). Há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Na França, em 1.976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987, a nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

Nosso Projeto é simples, apenas definindo a guarda compartilhada e tornando-a o sistema recomendável, sempre que possível, por avaliação do juiz.

Ao propor este Projeto, louvo a iniciativa da Associação Pais para Sempre, da Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil, movimentos de cidadania para o reconhecimento dos direitos-deveres daqueles pais e mães, que mesmo após o rompimento conjugal, querem manter o relacionamento com os filhos, além de poderem exercer suas responsabilidades e obrigações. A separação e o divórcio devem acontecer somente entre os pais, não entre pais e filhos.

Por ser inegável avanço, que protegerá a família brasileira, conclamo meus ilustres Pares a aprovarem esta proposição.

Documento disponível na *internet*, através do site <http://www.camara.gov.br>, acessado em 31/12/2006, às 19:15 horas.

ANEXO II – Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, acerca do Projeto de Lei número 6.350, de 20 de março de 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS
COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA
PROJETO DE LEI NÚMERO 6.350-A, DE 2002.
III - PARECER DA COMISSÃO

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em reunião ordinária realizada hoje, opinou unanimemente pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei número 6.350/2002, do de número 6.315/2002, apensado, e do Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família, com substitutivo, nos termos do Parecer do Relator, Deputado Sérgio Miranda.

Estiveram presentes os Senhores Deputados:

Sigmaringa Seixas - Presidente, José Eduardo Cardozo e Mendonça Prado - Vice-Presidentes, André de Paula, Antonio Carlos Biscaia, Antonio Carlos Magalhães Neto, Bosco Costa, Carlos Mota, Colbert Martins, Darci Coelho, Jamil Murad, Jefferson Campos, João Almeida, José Divino, Luiz Carlos Santos, Luiz Couto, Marcelo Ortiz, Mendes Ribeiro Filho, Nelson Pellegrino, Nelson Trad, Ney Lopes, Odair Cunha, Paes Landim, Professor Irapuan Teixeira, Roberto Magalhães, Rubens Otoni, Sérgio Miranda, Vilmar Rocha, Zenaldo Coutinho, Almir Moura, Coronel Alves, Fátima Bezerra, Fernando Coruja, Jaime Martins, João Paulo Gomes da Silva, Luciano Zica, Luiz Antonio Fleury, Mauro Benevides, Moroni Torgan, Pastor Francisco Olímpio, Paulo Afonso e Severiano Alves.

Sala da Comissão, em 11 de abril de 2006.

DEPUTADO SIGMARINGA SEIXAS
PRESIDENTE

Documento disponível na *internet*, por meio do *site* <http://www.camara.gov.br>, acessado em 05/01/2007, às 21:46 horas.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)