



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA
NEVES

MARCILEIA APARECIDA DA SILVA RESENDE

**GUARDA COMPARTILHADA: ATUAL REGULAMENTAÇÃO DO PODER
FAMILIAR**

SÃO JOÃO DEL REI
2014

MARCILEIA APARECIDA DA SILVA RESENDE

**GUARDA COMPARTILHADA: ATUAL REGULAMENTAÇÃO DO PODER
FAMILIAR**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Chaves – IPTAN, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Karin Magnan Miyahira.

SÃO JOÃO DEL REI

2014

MARCILEIA APARECIDA DA SILVA RESENDE

**GUARDA COMPARTILHADA: ATUAL REGULAMENTAÇÃO DO PODER
FAMILIAR**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Chaves – IPTAN, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Karin Magnan Miyahira (Orientadora)

Prof. Dra. Carla Leila Oliveira Campos

Prof. Paulo César Oliveira do Carmo

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela vida, e por ter permitido que tudo isso acontecesse.

Agradeço também a Nossa Senhora Aparecida pelas bênçãos.

A S.C., J.P., M.L. pelo apoio, força e incentivo nos momentos de dificuldades, e não somente nestes anos como universitária, mas em todos os momentos da minha vida.

À Universidade IPTAN, pela oportunidade de me graduar neste curso.

À minha orientadora Karin Magnan, pelas suas correções e incentivos e pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

À minha família.

Agradeço, enfim, a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação.

RESUMO

Este trabalho tem como propósito o estudo da guarda compartilhada e sua atual regulamentação do Poder Familiar. Como objetivo geral, pretende-se analisar o instituto da guarda compartilhada, sua disposição legal, seus efeitos e influências na vida dos filhos, unindo-os às perspectivas psicológicas que revestem as relações familiares. Especificamente, pretende-se compreender a guarda compartilhada e como esta deve ser tomada como uma postura, analisar a necessidade deste tipo de guarda como uma das soluções para atendimento ao melhor interesse da criança e para a harmonia e equilíbrio da família e estudar os dados teóricos que norteiam sua aplicabilidade e seu funcionamento. A lei da Guarda Compartilhada reforça, positivamente, a responsabilidade de ambos os pais pelo cuidado dos filhos, garantindo o propósito constitucional de proteção à família. A guarda compartilhada traz equilíbrio aos conflitos familiares e ameniza os problemas, em especial, das crianças que enfrentam o processo de divórcio dos genitores. Os conflitos familiares advindos do divórcio não devem constituir obstáculos para a guarda compartilhada, ainda que esta decisão requeira um tempo para adaptação da nova configuração familiar e uma conscientização que tende a harmonizar a família e fortalecer os vínculos familiares. O judiciário deve intervir nessa conscientização, observando a adaptação da família, motivando os pais a refletirem sobre as vantagens do compartilhamento da guarda dos filhos, reforçando a parentalidade e a noção do vínculo familiar que se preserva após a ruptura da conjugalidade e, finalmente, zelando pela preservação dos interesses do menor e o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Parentalidade; Direitos da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A RUPTURA DO NÚCLEO FAMILIAR E SEUS EFEITOS.....	9
1.1 O casamento e sua eficácia	9
1.2 A Dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial	10
1.3 Tipos de Guarda	12
2 A GUARDA COMPARTILHADA NO ATUAL ESTÁGIO DO DIREITO DE FAMÍLIA	17
2.1 O conceito de poder familiar	17
2.2 A Guarda Compartilhada: um grande avanço	20
2.3 Os Direitos da Criança e do Adolescente	26
3 ESTUDO DOS FUNDAMENTOS DA GUARDA COMPARTILHADA	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

A atualidade tem mostrado mudanças drásticas na instituição denominada “família”, tanto na sua formação quanto na sua dissolução. As relações humanas se intensificaram, gerando novas possibilidades de conjugalidade, o que alterou também as relações familiares. É indispensável que todas as áreas de conhecimento se dediquem a compreender e analisar as novas configurações familiares e seus valores. No caso da ciência jurídica, em específico no direito de família, essa compreensão e análise são imprescindíveis, com base nos meandros legais que regem a família, atentando-se para o dimensionamento dos direitos que cabem a cada um dos seus integrantes.

Há que se buscar o equilíbrio entre esses direitos e entre os interesses de cada um dos entes familiares, para fins de harmonização, principalmente em casos de conflito pela guarda dos filhos.

Nessa compreensão e análise da atual configuração do conceito de família, devem ser observados diversos fatores, sendo o principal deles os direitos da criança e do adolescente. É preciso considerar ainda o poder familiar e a idéia de parentalidade.

Sabe-se que, intermediando essas considerações, a ciência jurídica vale-se de outras ciências, como a pedagogia, a psicologia, a psiquiatria, para que sejam encontrados pontos de equilíbrio na resolução de conflitos familiares em torno da guarda de filhos: este não é o foco deste trabalho, mas é preciso mencionar que a ciência jurídica o faz.

A mediação familiar, sistema jurídico formal que trata da harmonização nos casos de confrontos entre ex-cônjuges por guarda de filhos, observa fatores como a idade das crianças, capacidades individuais dos pais, distância da moradia do pai e da mãe e ainda a disposição de ambos os pais em garantir o superior interesse do filho.

O trabalho que se desenvolve nas próximas páginas tem como objetivo geral analisar o instituto da guarda compartilhada através da sua disposição legal, seus efeitos e influências no cotidiano e na vida das crianças e adolescentes, unindo às perspectivas psicológicas que revestem as relações familiares.

Especificamente, pretende-se compreender a guarda compartilhada e como esta deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como reflexo de uma mentalidade segundo a qual o pai e a mãe são igualmente importantes para os filhos; analisar a necessidade da guarda compartilhada como uma das soluções possíveis para atendimento ao melhor interesse da criança, para reconfigurar harmoniosamente ou equilibradamente as dinâmicas familiares; estudar os dados teóricos sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada e seu funcionamento na prática.

Assim, este trabalho se dedica a estudar essa nova fórmula de guarda, analisando sua capacidade de assegurar o princípio constitucional, que garante aos pais, embora desunidos, o exercício do pleno dever de assistir, criar e educar os filhos, fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

A tarefa de assegurar a cada criança a oportunidade de se desenvolver como membro de uma família, que embora modificada continue sendo um lugar de acolhimento e proteção, torna-se o objetivo dos operadores do direito de família, bem como de outras ciências em prol do bem-estar do ser humano. Sabemos, de antemão, que o divórcio e o rompimento conjugal dos pais podem representar sérios danos emocionais às crianças, levando, inclusive a riscos de saúde, passando por sentimentos de culpa, medo de perder as ligações afetivas e vínculos de lealdade, vergonha e fantasias de reunificação. Isso leva a conseqüências na formação da personalidade da criança.

A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe: era normal então que o papel de cuidador/guardião se concentrasse em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização), ou seja, um dos genitores exerce a guarda no âmbito da atuação prática, no cuidado diário, e outro conserva as faculdades potenciais de atuação.

O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada, que constitui o foco deste trabalho.

O trabalho será direcionado aos conceitos já existentes e quais as melhores maneiras de direcionar aos pais e filhos para terem uma convivência melhor depois

da ruptura. O leitor técnico ou leigo irá se situar melhor ao contexto a que pretendemos nos aprofundar.

Busca-se uma dialética entre diferentes autores a respeito das dinâmicas familiares e a respeito da aplicabilidade da guarda compartilhada, abordando-se diferentes aportes teóricos que forneçam uma visão qualitativa sobre o tema.

O primeiro capítulo traz a concepção do casamento, a ruptura do núcleo familiar, a dissolução do casamento e os tipos de guarda familiar.

O segundo capítulo apresenta a guarda compartilhada de forma teorizada, seguindo preceitos legais do Código Civil e da legislação em vigor: busca-se analisar esta modalidade de guarda sob o viés jurídico.

O terceiro e último capítulo traz observações de ordem prática a respeito da guarda compartilhada, observando-se sua eficácia e seus benefícios, bem como críticas referentes à mesma.

A intenção é analisar a guarda compartilhada sob o viés da ciência jurídica, passando pelos conceitos operacionais de conjugalidade, parentalidade, poder familiar, Estatuto da Criança e do Adolescente, direito à convivência familiar e mediação familiar.

1 A RUPTURA DO NÚCLEO FAMILIAR E SEUS EFEITOS

1.1 O casamento e sua eficácia

De acordo com Gonçalves (2013, p. 134), a união conjugal a partir do casamento é uma relação jurídica e moral. A partir da vida conjugal cria-se uma vida íntima que exige a afeição recíproca: o estudo dessa teia não pode ser atribuído aos estudos de Direito. Mas o Direito ou poder jurídico podem e devem intervir para regular os efeitos do casamento, os direitos e deveres advindos deste e decorrentes da convivência entre os cônjuges. Quando se inobserva algum desses direitos e deveres dá-se perturbações e conflitos que levam ao fim do casamento.

O casamento produz interferências no ambiente social e nas relações dos cônjuges, inclusive entre estes e seus filhos. Com isso, geram-se direitos e deveres disciplinados por normas jurídicas. Existem os efeitos sociais, os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais do casamento. Dentre esses efeitos, destacamos os efeitos pessoais e sociais, que dizem respeito à conjugalidade, à vida íntima, à privacidade e à constituição da família legítima ou matrimonial. É claro que tudo isso também por resultar não somente do casamento, mas também pela união estável, já reconhecida juridicamente.

De acordo com Gonçalves (2013), a família, que é a base da sociedade e que goza da proteção do Estado, constituída pelo casamento, é considerada legítima para se distingui da família que é formada pela união estável ou por qualquer dos pais e seus descendentes. Mas essa consideração já não pode ser aceita por razões meramente morais. Existe a distinção em termos jurídicos, mas consideramos a mesma defasa. A família desfruta de uma privacidade, que assegura, por lei, a proibição da interferência de qualquer pessoa, de direito público ou privado, na vida em comum instituída pela família.

O casamento estabelece a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. A sociedade conjugal diz respeito, de acordo com Gonçalves (2013), ao:

[...] complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao status de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e

econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes. (GONÇALVES, 2013, p. 202).

De acordo com Diniz (2010):

O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para a com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Daí não se pode confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal. (DINIZ, 2010, p. 249).

Assim, na comunhão plena de vida, com igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o primeiro dever imposto é a fidelidade recíproca. É dever dos cônjuges também, a vida em comum, em domicílio conjugal. Além disso, os cônjuges devem dar-se mútua assistência, prover o sustento, a guarda e a educação dos filhos e ter respeito e consideração mútuos. Quando acontece a infração a qualquer um desses deveres ou quando a vida em comum se torna insuportável, os cônjuges buscam a dissolução do vínculo conjugal.

1.2 A Dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial

As causas terminativas da sociedade conjugal eram enumeradas pelo Código Civil como: morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio. A novidade da lei número 11.221, de 4 de janeiro de 2007 (BRASIL, 2007), trouxe a determinação de que, em substituição à separação judicial ou divórcio, a causa terminativa que fundamenta a dissolução da sociedade conjugal voluntária consiste em separação consensual e o divórcio consensual. Foi acrescentado ao Código de Processo Civil o artigo 1.124-A:

A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (BRASIL, 2007).

Farias (2007) trata da nova lei do divórcio e afirma as inovações que esta trouxe ao Brasil, já que a partir da mesma foi possibilitada a dissolução do casamento sem intervenção judicial, bastando a simples manifestação de vontade de qualquer um dos cônjuges, desde que os dois sejam capazes mentalmente. A dissolução pode ser realizada em escritura pública e isso evidencia a natureza negocial do casamento e se adequa à disciplina do negócio jurídico, em conformidade com os artigos de 104 a 184 do Código Civil.

Há que se relevar também a emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010 (BRASIL, 2010), que afirma o requisito exigido por lei para esse ato como o de que o casamento seja de, no mínimo, um ano, no caso da separação consensual, e dois anos, para o divórcio consensual e direto. O divórcio-conversão, também chamado de divórcio indireto, tem origem na prévia separação judicial há mais de um ano.

A escritura pública que formaliza a dissolução conjugal é considerada instrumento público, prova documental que deve ser lavrada com a presença de advogado, sem a necessidade de testemunhas. Tudo isso se aplica à união estável reconhecida oficialmente. Farias (2010) afirma, então, que houve uma adequação do Código do Processo Civil à liberdade de autodeterminação da pessoa humana:

Assim como as pessoas podem casar mediante simples declaração de vontade, podem agora por igual, descasar pelo mesmo procedimento, dispensada a intervenção judicial que não houvera outrora, quando contraíram as núpcias.

Avança o ordenamento jurídico brasileiro, passando a figurar ao lado de outros, como o japonês, que admitem a ruptura consensual por via administrativa e onde cerca de 90% das dissoluções conjugais são consensuais, pouco se utilizando a via judicial. (...) O futuro (...) é promissor para a facilitação do exercício de direitos! (FARIAS, 2007, p. 35-36).

Mas deve-se considerar que o divórcio tem influências marcantes quando se trata de família. Assim, em muitos casos, é necessária, sim, a intervenção jurídica para a guarda dos filhos e para a proteção de seus bens materiais e a garantia de seus direitos.

1.3 Tipos de guarda

Após o divórcio, um dever/direito subsiste. Trata-se do dever que interessa ao nosso trabalho, que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos, tendo em vista que o divórcio não altera o vínculo da filiação. Os filhos vêm a atribuir a cada um dos cônjuges, em igualdade de deveres e direitos, o poder familiar e o vínculo da parentalidade:

O sustento e a educação dos filhos constituem deveres de ambos os cônjuges. A guarda é, ao mesmo tempo, dever e direito dos pais. A infração (...) sujeita o infrator à perda do poder familiar e constitui fundamento para ação de alimentos.

Subsiste a obrigação de sustentar os filhos menores e dar-lhes orientação moral e educacional mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, até eles atingirem a maioridade. A jurisprudência, no entanto, tem estendido essa obrigação até a obtenção do diploma universitário, no caso de filhos estudantes que não dispõem de meios para pagar as mensalidades.

O dever de sustento ou prover à subsistência material dos filhos compreende o fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo mais que seja necessário à sua sobrevivência; o de fornecer educação abrange a instrução básica e complementar, na conformidade das condições sociais e econômicas dos pais; e o de guarda obriga à assistência material, moral e espiritual, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais. (GONÇALVES, 2013, p. 195-196).

O juiz poderá passar os filhos menores ou incapazes à guarda e companhia de um dos cônjuges e, se houver motivos que agravam essa decisão, poderá passar a guarda a terceiros. Quando o divórcio é consensual, os pais deliberam que o exercício da guarda dos filhos fique com apenas um deles ou seja distribuída entre os dois ex-cônjuges de forma compartilhada. Para o juiz homologar esse acordo, essa deliberação não pode contrariar a ordem pública, tampouco o interesse dos filhos, considerando que a Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, referente ao Estatuto

da Criança e do Adolescente, garante direitos fundamentais a esses entes: direito à vida e à saúde, direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, direito à profissionalização e à proteção no trabalho. (BRASIL, 1990). Os direitos da criança e do adolescente são considerados acima de tudo na decisão da guarda dos filhos.

Deve-se considerar, no entanto, que o acordo entre os genitores pode ser transitório, assim como a guarda dos filhos menores, pois, se no decorrer desta, observar-se que há perigo à moral dos filhos, a guarda poderá ser conferida a outro genitor ou terceiro.

No divórcio litigioso, a guarda, seja ela unilateral – quando fica com apenas um dos genitores, ou compartilhada – quando fica sob a responsabilidade de ambos os genitores, poderá ser requerida por qualquer um dos genitores e deverá ser decretada pelo juiz, que deverá dar atenção às necessidades específicas do filho menor. Poderá também ser feita em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai ou a mãe.

Se for decidida a guarda compartilhada, o juiz deverá, na audiência de conciliação, esclarecer aos genitores o seu significado e sua importância, inclusive ressaltando a igualdade de direitos e deveres no exercício do poder familiar. O juiz também deverá explicar, inclusive, que o descumprimento das obrigações acarretará em sanções que podem até reduzir as horas de convivência com o filho.

Se houver a ruptura da vida em comum com o divórcio, ou seja, se os genitores não manifestarem possibilidade de diálogo ou harmonia e consenso, será conveniente que a prole fique com o genitor que apresentar mais condições de exercer sua guarda. De acordo com Diniz (2010):

O juiz, ao deferir a guarda unilateral, não podendo não podendo ser ela compartilhada, deverá ter como única diretriz o superior interesse do menor, que é norma cogente, em razão da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU pelo Decreto n. 99.710/90. Princípio norteador de controle do exercício do poder familiar e da fixação do direito de guarda e de visita, em caso de separação e divórcio, por conter elementos voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade, à boa formação educacional, à integridade moral, física e psíquica da prole. (DINIZ, 2010, p. 321).

Diniz (2010) observa que há três referenciais de continuidade que marcam a guarda: o primeiro refere-se à afetividade, ou seja, pressupõe que o filho deve ficar com o genitor com o qual se sente mais feliz, mais seguro. Assim, o afeto tem valor jurídico e deve-se observar com qual dos genitores o filho apresenta mais apego, segurança, cuidado adequado e confiança, o que é altamente necessário para o bom desenvolvimento de suas potencialidades, para o seu caráter e sua personalidade.

Há ainda o referencial de continuidade referente ao social, no qual se considera o ambiente no qual o menor vive durante o processo de divórcio dos pais. Por último, tem-se o referencial de continuidade espacial, que trata da preservação do espaço do menor, onde a personalidade do menor se desenvolveu e se construiu: se ocorrem mudanças advindas do local onde vive, da escola onde estuda, da igreja que frequenta, a criança perde seu referencial de espaço, que representa para ela sua segurança; assim, essa mudança espacial pode acarretar desequilíbrio em seus relacionamentos sociais, por causa da alteração na sua rotina. (DINIZ, 2010, p. 322).

Portanto, o princípio que orienta as decisões sobre a guarda de filhos deve preservar o interesse da criança, pois esta deve ser criada onde há mais segurança para o seu bem-estar físico, emocional e espiritual, seja com a mãe, com o pai ou com terceiro. (DINIZ, 2010, p. 322).

Quando se estabelece a guarda unilateral, o juiz poderá determinar o direito de visita do genitor não-guardião, observando o cumprimento desta: o genitor não-guardião terá assegurado a efetividade do direito de visita, ainda que haja inobservância do que foi estipulado, podendo recorrer ao magistrado. (DINIZ, 2010, p. 324).

O genitor não-guardião ainda terá direito de ter os filhos temporariamente em sua companhia no período de férias ou dias festivos, de acordo com a convenção dos pais ou orientação do juiz, que organizará o exercício dessa companhia de forma segura, preservando a saúde e a moralidade da prole. (DINIZ, 2010, p. 325).

O juiz poderá estabelecer a fiscalização da manutenção da guarda e a educação do filho, supervisionando o interesse dos filhos. O cônjuge-guardião não pode recusar ao outro o exercício do direito de visita, pois estas fortalecem os laços

de amizade entre pais e filhos, laços que ficam enfraquecidos com o divórcio do casal. A visita, que também pode acontecer do filho ao genitor, não é uma mera presença física: ela fortalece os laços afetivos e de amizade entre o genitor e o filho, e é proveitosa para a criança. De acordo com Diniz (2010):

(...) entendemos que o genitor, destituído da guarda, tem, em relação ao direito à visita do menor, o poder-dever de cumpri-lo, por estar diante de um direito da personalidade e por decorrência da obrigação de assistência imaterial e do poder familiar de que é detentor, e do direito de visita, ou seja, o de ir visitar seu filho, que não lhe pode ser negado injustamente. Se houver conflito de interesses entre o direito à visita e o direito de visita, o magistrado deverá atender ao superior interesse da criança e estabelecer alternativas para o exercício do direito do visitante, que não pode interferir na formação que o guardião vem dando à prole, nem embaraçar suas atividades habituais. Só pode haver suspensão ou perda do direito de visita por ato atentatório à moral ou aos bons costumes, por prejuízo à integridade física e psíquica da criança ou até mesmo do genitor guardião, por abuso de direito etc. Em casos graves o magistrado poderá reduzir a visita a algumas horas no próprio lar do menor ou durante o horário de funcionamento do visitório público (...). O direito de visita poderá ser alterado a qualquer tempo, pois (...) a decisão não faz coisa julgada material, mas apenas formal (...). Havendo justo motivo, o juiz poderá modificar as regras de visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos. (DINIZ, 2010, p. 326).

O processo de guarda unilateral, pelo que se pode aferir, é complexo e tende a haver muitas mudanças, o que desestabiliza a rotina dos genitores e, sobretudo, a dos filhos destes.

É preciso reconhecer que, numa audiência conciliatória, o juiz se mostra praticamente incapaz de perceber os reais fatores que determinam os conflitos dos genitores no que tange a capacidade de atendimento das necessidades dos filhos. Para sua decisão, conta com o apoio ou aparato de outros profissionais que podem influenciar sua decisão segundo observações da família: isso se faz por meio de observações de profissionais como pedagogos, psicólogos, assistentes sociais etc. O juiz pode requerer da escola ou do Estado algum laudo que ressalte informações e observações que lhe sirvam em sua decisão. (DINIZ, 2010, p. 326).

Não havendo consenso para que se adote a guarda compartilhada, podemos afirmar que, mediante os casos de falta de diálogo, distanciamento ou esfriamento das relações de parentalidade perante a situação da guarda unilateral,

que tende a sofrer mudanças por parte do juiz, os genitores terão dificuldades na administração dos cuidados e responsabilidades que os filhos requerem no dia-a-dia, envolvendo aspectos da educação, saúde e do lazer. Isso faz com que o Estado possa intervir mais vezes nos vínculos familiares e de parentalidade, gerando mais conflitos por causa de pensão familiar, gerando a necessidade da intervenção de assistentes sociais, de psicólogos ou profissionais de saúde mental para os filhos. (DINIZ, 2010, p. 327).

Esses profissionais podem ser oferecidos pelo Estado, podem já fazer parte da rotina escolar dos filhos, ou podem ser profissionais que oferecem serviços particulares, custeados pelos genitores. Ousa-se afirmar que, então, a guarda unilateral tende a ser mais trabalhosa e pode até mesmo gerar mais conflitos. O interesse imprescindível que deve permear a decisão do juiz é a do bem-estar dos filhos, que vêem suas vidas completamente alteradas com a situação da guarda unilateral. (DINIZ, 2010, p. 327).

Isso não quer dizer que os pais irão seguir à risca a unilateralidade: os pais podem, aos poucos, compartilharem a guarda, ainda que de maneira informal. Os genitores, aos poucos, observando seus filhos na escola, no comportamento, podem perceber os benefícios que suscitam da relação dos filhos com ambos os pais, e podem relevar os vínculos familiares e perceber o quão importante e considerável deve ser a parentalidade, podem perceber as necessidades de seus filhos, a fim de que se estabeleça um desenvolvimento familiar saudável para os filhos.

Por isso, ressalta-se aqui a importância da guarda compartilhada como a decisão mais razoável para o fortalecimento dos vínculos parentais: esta pode não ser decidida em primeira instância, mas pode ser acordada à medida que é possível uma harmonia entre os genitores, uma estabilização da rotina familiar e uma adaptação à nova organização familiar.

2 A GUARDA COMPARTILHADA NO ATUAL ESTÁGIO DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 O conceito de poder familiar

O que antes era chamado de *pátrio poder* foi recebido pelo código civil como poder familiar, que constitui uma soma de direitos e obrigações dos pais para com seus filhos menores.

Maria Berenice Dias salienta muito bem a “conotação machista do vocábulo pátrio poder”:

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393). O Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça. A Constituição Federal concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher (CF 5º I). Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5º), outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. O ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter sentido de denominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direito em relação a eles. (DIAS, 2013, p. 434 - 435).

Assim, conforme Dias (2013), podemos perceber a mudança que sofreu o significado do poder familiar, mas sem perder a denominação. O que antes só poderia ser exercido pelo pai, em direito absoluto e ilimitado, hoje passou a ser resguardado para os pais, entendendo-se assim, homem e mulher (pai e mãe).

Lobo (2011, p. 295) argumenta que a denominação “poder familiar” ainda não é a mais adequada para tratar sobre este instituto, porque ainda mantém ênfase no poder, mas assegura que melhorou em relação à antiga denominação utilizada, o

“pátrio poder”. Sabe-se que, mesmo após constantes debates e modificação no Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), sobre o qual ainda discorreremos neste trabalho, continua a adotar tal denominação.

A expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Tal expressão destaca que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo responsabilidade parental. (DIAS, 2013, p. 435).

A expressão “poder familiar” também traz um certo incômodo ao Direito de Família, mas salienta-se que o poder familiar, independente de qual nome seja adotado, trata-se do direito-dever ou poder-função que é exercido pelos pais e que serve ao interesse dos filhos.

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da sócio-afetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245). (DIAS, 2013, p. 436).

Há deveres, quanto à proteção dos filhos, que não são exclusivamente dos pais, ou seja, os pais não podendo prestá-los e, sim, somente direcionar os filhos ao cumprimento dos mesmos: ficam a cargo do Estado. É o caso da saúde, da educação, dos programas de assistência integral de prevenção e de atendimento especializado aos dependentes de entorpecentes e outros tipos de droga, dentre outros e, o não cumprimento destes deveres pode acarretar o uso da via judicial. Aos pais cabe o dever de educar, criar e manter seus filhos em sua guarda e companhia, representando-os até os 16 anos de idade, e assistindo-os até os 18 anos de idade, idade em que cessa o poder familiar, assim como estabelece o art. 1.630 do Código Civil: “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” (BRASIL, 2002)

Sabemos que a educação incumbida aos pais vai além da educação escolar, devendo estes educarem seus filhos no âmbito familiar para viver em sociedade, com formação moral, religiosa e política. É no âmbito familiar que os menores absorvem maior parte de seu caráter. A família o influenciará para sempre em suas escolhas.

Com relação aos pais divorciados, a situação do poder familiar não muda, visto que o poder familiar não separa e não se divorcia junto com os pais, trata-se de evento distinto. Ainda que a guarda esteja com apenas um dos pais, o poder familiar é de titularidade de ambos. O poder familiar advém da filiação e não do casamento ou da união estável. Assim, aferimos que a situação entre pais e filhos refere-se ao vínculo parental e os pais não podem confundi-lo com o vínculo conjugal.

Havendo divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. Determina a lei que o pai ou a mãe que não for o guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas os ter em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. (LOBO, 2011, p. 301).

A legislação civil, em seus artigos 1.631 e 1.632, estabelece que:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

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

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. (BRASIL, 2002).

A lei preocupou-se não só com os deveres do pai no poder familiar, mas com os direitos dos filhos de ter a presença dos pais, para que possa então ter sua completa formação no âmbito familiar. Preocupa-se, para que em um lar que haja pais divorciados, não se perca o sentido de família, que é união, afeto, companheirismo, entre outros.

O genitor que não está com a guarda do filho, além dos direitos de visita que podem lhe ser assegurados, tem também o dever de fiscalizar se o interesse do menor está sendo assegurado.

Divergências são frequentes em famílias e o convívio familiar consiste na convivência íntima entre pessoas distintas, ou seja, pessoas de idades, hábitos e personalidades diferentes, e, em caso de divergência entre os genitores, qualquer um deles poderá recorrer ao poder judiciário para a sua solução. O judiciário passará então a discutir qual é o melhor para o interesse da criança.

Os pais divorciados que conceberem novo casamento ou união estável não perdem o poder familiar, pois o vínculo do poder familiar não está na convivência, mas na filiação, como comentado anteriormente. Na falta de um dos pais, ou estando este impedido de exercer o poder familiar, o outro o exercerá de maneira exclusiva.

2.2 A Guarda Compartilhada: um grande avanço

De acordo com Dias (2008), historicamente, observa-se que constituía tradição que os filhos ficassem sob a guarda materna, tendo em vista que os homens demonstravam grande incompetência em desempenhar as mesmas funções “maternais” que as mães desempenhavam. As brincadeiras de criança sempre demonstraram uma segregação entre as funções dos homens e das mulheres: aos meninos, sempre foi proibido brincar de boneca ou entrar na cozinha. Assim, durante um tempo a geração de homens demonstrou inabilidade em cuidar dos filhos.

Agora houve uma profunda alteração. Em boa hora vem nova normatização legal que assegura a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não-guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (Código Civil, artigo 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente. (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 249) (DIAS, 2008, p. 26).

O Código Civil define os tipos de guarda, mas expressa a preferência pelo compartilhamento da mesma.

A Guarda Compartilhada garante que ambos os pais participem de forma mais efetiva do crescimento e do desenvolvimento dos filhos, estabelecendo um grande avanço na co-responsabilidade pelos filhos e favorecendo a proteção dos direitos da criança.

Para Dias (2008), isso permite à criança filha de pais divorciados um crescimento com menos traumas e uma continuidade dos seus vínculos parentais com seus genitores, com uma relação efetiva e concreta com os pais. Além disso, a guarda compartilhada retira, segundo Dias (2008), a idéia de posse da guarda.

A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (DIAS, 2008, p. 26).

Parizatto (2005), já antes da guarda compartilhada ser regulamentada em lei, já afirmava-a como tendência mundial, ressaltando seu benefício:

A figura da guarda compartilhada, onde o menor, apesar de residir com um dos pais, pode ficar com o outro também, tem seus benefícios, cabendo nesse caso as responsabilidades a ambos os cônjuges, que exercitarão o poder familiar conjuntamente. (PARIZATTO, 2005, p. 76).

Akel (2010) dá conta de que a guarda compartilhada tornou-se uma inovação do Direito de Família brasileiro em 15 de agosto de 2008, quando entrou em vigor a Lei número 11.698 (BRASIL, 2008) que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, legalizando a guarda compartilhada. De acordo com a referida lei:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2008)

Em seu artigo 1584, parágrafo primeiro, a mesma lei afirma:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (BRASIL, 2008).

Akel (2010) afirma:

Certo é que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento. (...) a guarda conjunta é fruto de atribuição bilateral do, hoje denominado, poder parental, revelando-se perfeitamente viável no casamento civil, na separação ou no divórcio. No entanto, (...) sobre ela deverão ser observados aspectos de cunho mental, físico, econômico, cultural e sociológico. (AKEL, 2010, p. 103-104).

Assim, afirma-se que devem ser consideradas certas particularidades que interferem favoravelmente na decisão da guarda compartilhada e que também influenciam a aproximação dos entes familiares conflituosos – no caso, os genitores – a fim de que os mesmos se adéquem nos seus deveres de pais e na sua parentalidade, em prol dos interesses de sua família. Essas particularidades, observadas juridicamente, devem ser demonstradas e esclarecidas aos genitores, para que estes se desvinculem da ideia de conjugalidade e se adaptem à parentalidade: com o fim do casamento, há que ser conscientizado que só restou a

eles o vínculo parental, tendo em vista a presença dos filhos. Como a parentalidade só existe em função dos filhos, o jurídico deve visar sempre ao interesse do filho menor e prezar, acima de tudo, pela ideia de família.

A propósito, há que se considerar que a família é a primeira forma de sociedade que a criança tem contato. A família, portanto, prepara os indivíduos para a vida em sociedade. Com as constantes mudanças sociais, os núcleos familiares também sofreram alterações: a família que se reunia conceitualmente em torno da figura do pai, que detinha poder sobre seus entes, ou mesmo a família que admite como única guardiã possível a figura da mãe, perdeu espaço ao longo dos anos.

Como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, o que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos – sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa a estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um *LAR* no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2013, p.27).

Por isso, nessa família atualmente reconhecida, em que se preza o afeto, o vínculo parental, a guarda compartilhada é a melhor solução após o divórcio. De acordo com Akel (2010), a família sofre as influências culturais de sua época, que torna necessário que o ordenamento jurídico se adapte a novas realidades, correspondendo aos anseios sociais atuais.

Para esta autora, “a guarda “exclusiva” ou uniparental que, naturalmente, afasta os menores do genitor que detém o direito de visitas.” Isso, segundo a autora, promove mais desunião e conflito. Assim, a autora coloca a guarda compartilhada como a solução ideal para a família que abre mão da conjugalidade, de forma conflituosa, tendo em vista que a parentalidade, o vínculo familiar, permanecem.

Na medida em que se valoriza o convívio do menor com seus dois pais, esse novo modelo de exercício de guarda assume relevada importância, pois “mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança, ou seja, a guarda conjunta não se limita apenas à noção de guarda, mas

a um conjunto de prerrogativas que são exercidas pelos pais em relação aos filhos.

O pressuposto maior desse novo modelo é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal. A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que é preciso e sadio que estes sejam educados por ambos os pais e não só por um deles, conforme ocorre em milhares de relações familiares. (AKEL, 2010, p. 104).

Akel (2010) afirma que, quando acaba uma relação conjugal, diante do desamor e da incompatibilidade dos cônjuges, fica impossibilitado que a situação frágil da relação conjugal se estabeleça na relação entre pai e filho ou mãe e filho, pois nesta relação, os vínculos emocionais são mais fortes e não são transitórios.

Dessa forma, a família desunida deverá permanecer biparental e não monoparental como sempre acaba por ocorrer quando de uma separação. Almeja-se, portanto, a manutenção do casal parental (comunidade dos pais) apesar do desaparecimento do casal conjugal. (AKEL, 2010, p. 105)

Mesmo que haja conflitos na partilha de bens do casal, no que diz respeito à guarda dos filhos, deve-se firmar a guarda compartilhada como uma sugestão de anulação da maioria dos conflitos, sendo esclarecido que o vínculo parental agora os une, não sendo mais cabíveis as mágoas, os ressentimentos e nem o envolvimento dos filhos nas discussões a respeito dos bens. Se esses empecilhos forem constatados, tem-se um agravante que dificulta a guarda compartilhada. Se houver controvérsias, estas devem se referir unicamente ao patrimônio do casal a ser partilhado, de forma a não envolver os filhos. (AKEL, 2010).

Além disso, há que se mencionar, de acordo com Akel (2010), que a guarda compartilhada tira, de forma significativa, a ideia ou conotação de posse na guarda. Ressalta-se que a guarda compartilhada preza pelo vínculo parental e pelo interesse e segurança do filho menor. O exercício da guarda compartilhada preserva os vínculos afetivos e fortalece a parentalidade. Devem ser analisadas, de forma imprescindível, as possibilidades de guarda compartilhada, bem como a falta de obstáculos que possam atrapalhar sua estabilidade. A guarda compartilhada afasta o sentimento de culpa e frustração do genitor que não é o guardião, pois este mantém uma co-responsabilidade com o outro genitor e ambos comportam-se de

forma solidária na educação do filho e até passam a compartilhar sentimentos diferentes daqueles que tinham quando eram um casal conjugal. Some-se ainda a isso o fato de que a relação com os filhos fica melhorada na guarda compartilhada: os filhos percebem que seus genitores estão mantendo vínculos muito mais fortes e efetivos como pais. (AKEL, 2010).

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutam do convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade. Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e educação, preservando, assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção. (AKEL, 2010, p. 113).

É claro que existem casos em que não é possível a guarda compartilhada: estes são os que apresentam altos conflitos entre os genitores. A guarda compartilhada só pode ser recomendada se é constatada a possibilidade de harmonia e convivência parental entre os pais, de forma que estes reconheçam que deve ser livre a movimentação do filho entre as duas residências – a do pai ou a da mãe. Ainda podem acontecer casos em que as desavenças e o desrespeito impossibilitam a convivência entre os genitores: nesses casos, deve-se optar pela guarda unilateral ou monoparental e esta deverá ser deferida ao genitor ao genitor que apresentar melhores condições de guarda, conferindo, ao outro genitor, o direito de visitas. As melhores condições de guarda não dizem respeito somente aos aspectos financeiros que envolvem os guardiões, mas também à disposição de tempo maior de um guardião para assistência ao filho ou à proximidade de um dos guardiões dos vínculos sociais já estabelecidos pelo filho na escola, com colegas de seu círculo social ou com parentes.

Reconhece-se que a guarda compartilhada atenua os conflitos em torno da conjugalidade e faz sobressair o sentimento e o vínculo da parentalidade, fortalecendo os vínculos afetivos que devem acontecer entre pai e filho, entre mãe e filho. A decisão judicial deve priorizar o interesse e a proteção do filho menor, pois considera-se, paralelo a tudo isso, os direitos da criança e do adolescente.

2.3 Os Direitos da Criança e do Adolescente

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 227, a proteção integral, o dever da família, da sociedade e do Estado, de zelarem com prioridade absoluta sobre os direitos da criança e do adolescente. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF/88 – houve um longo período de omissão a respeito da regularização e reconhecimento de direitos dessas crianças e adolescentes.

Buscando resguardar o direito da criança e do adolescente, instituiu-se o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, pela lei 8.069, de 19 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), que apesar de tardio, passando a vigorar apenas no início da década de 90, é até hoje a carta mais importante que visa à proteção integral da criança e do adolescente, reforçando o artigo 227 da Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente divide-se em dois livros. No primeiro livro, tem-se os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o que será de primordial importância para o presente estudo. No segundo livro, trata-se dos órgãos e procedimentos protetivos.

O ECA rompe com as concepções dos códigos menoristas anteriormente utilizados, os quais estabeleciam que se a criança foi vítima de abandono e/ou maus-tratos, ela mesma era o culpado desta situação, ela era culpada pela situação em que se encontrava. O ECA, em sua preocupação constante de buscar o melhor interesse da criança e do adolescente, vê estes como vítimas e não merecedores de uma situação deplorável, como o abandono e maus-tratos, estabelecendo medidas cabíveis para estas situações.

O destinatário primário do ECA é o Estado, que deve resguardar a proteção integral da criança e do adolescente. Em seu artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) afirma: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. (BRASIL, 1990).

A busca pelo melhor interesse da criança, arcabouço do ECA, hoje também possui resquícios em outros diplomas legais, como é o caso da Lei nº 12.004 de 2009 (BRASIL, 2009) que estabelece a presunção de paternidade, no caso de negatória do homem em fazer o exame de DNA. Antes de sancionada tal Lei, esta

presunção de paternidade encontrava-se sumulada pelo STJ (Súmula 301): “A busca do atendimento ao melhor interesse da criança acarretou aprimoramento na legislação e desenvolvimento de diversos institutos de Direito de Família.” (Hatem, 2013, p.146).

Considera-se criança, nos termos legais, a pessoa até os 12 anos de idade incompletos, e adolescente, a pessoa entre 12 e 18 anos de idade.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são: direito à vida e à saúde, direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, direito à profissionalização e à proteção no trabalho. (BRASIL, 1990).

Do direito à vida e à saúde, ressalta-se:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (BRASIL, 1990).

Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, ressalta-se:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990).

A criança e o adolescente não são diferentes dos “adultos”, eles também gozam de liberdade, liberdade esta que deve estar presente em sua opinião e liberdade de expressão, a liberdade de crença e religião, a liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se, em suma, a liberdade de ser criança! E principalmente, ressalta-se a liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.

Configuram-se formas de privação da liberdade o confinamento de qualquer espécie, o sequestro, a detenção ilegal temporária, a prisão ilegal e o tráfico de crianças. Essas ações podem ser praticadas pela própria família, terceiros ou até mesmo pelo Estado.

E o seu *direito ao respeito* consistirá na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (art.17). E além disso será dever de todos velar pela *dignidade da criança e do adolescente* (CF, art. 1º, III), pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18). (DINIZ, 2010, p. 694).

Tem-se ainda o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, atribuído principalmente ao Estado e cerceado principalmente pelo fornecimento de escolas públicas: O ECA, em seu artigo 55, estabelece que: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (BRASIL, 1990). O não cumprimento desta obrigação configura crime de abandono intelectual, imputado aos pais ou responsáveis pelo menor. A “falta de educação” não priva só a criança e o adolescente de novos conhecimentos, mas também de convivência com outras pessoas que não a do seu meio familiar. Seria então a escola a segunda sociedade.

Outro direito da criança e do adolescente diz respeito à profissionalização e à proteção no trabalho. O artigo 60 do ECA afirma: “Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.” (BRASIL, 1990) O trabalho atribuído a menores de quatorze anos compromete o desenvolvimento físico e psíquico da criança e do adolescente, além de atrapalhar nas funções escolares. Permite a lei que o adolescente de idade entre 12 e 14 anos pode trabalhar na condição de aprendiz, que visa futura profissionalização no trabalho, além de ajudar em sua educação. O ECA preocupou-se, sobretudo, em proibir o trabalho noturno, penoso ou insalubre aos menores de 18 anos. A exploração de trabalho infantil configura crime.

Ressalta-se que o dever de proteção à liberdade, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, dentre outros, não pertence apenas ao Estado, mas principalmente à família e também a toda a sociedade.

Saliente-se agora o direito à convivência familiar e comunitária, que é fundamental quando o assunto é guarda familiar:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família

substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.(BRASIL, 1990).

A família é a primeira sociedade que a criança conhece. É nela que ela vai se desenvolver mental e emocionalmente. Por isso, é conveniente salientar que é de fundamental importância a convivência, e de preferência harmoniosa, com todos os membros da família, seja esta família natural ou substituta.

Os atritos são comuns em toda forma de sociedade, e na família não seria diferente: a convivência é difícil, mas se torna necessária para o completo discernimento da criança.

A convivência ajuda a criança a se sentir segura, tanto a seu respeito como a respeito do amparo que sempre espera receber da família. A criança e o adolescente amados no seio familiar se tornam jovens com melhores perspectivas para o futuro. A vida se inicia na família e nela se tece os princípios que nortearão a criança e o adolescente ao longo de sua jornada.

Neste sentido, nos ensina Claudete Carvalho Canezin:

A falta de convivência dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e para introdução do filho no mundo transpessoal dos irmãos, dos parentes e da sociedade. [...] Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes. (CANEZIN *apud* MACHADO, 2014).

O direito à convivência familiar não se diferencia entre os filhos naturais, os havidos fora da união ou os adotados: todos devem ser tratados de maneira igual, sendo defeso qualquer tipo de discriminação.

A privação do convívio familiar pode acarretar danos sérios à criança e ao adolescente. Nada justifica esta privação, nem sequer a perda do poder familiar, que mesmo ocorrendo, não faz com que o pai não possa ter de maneira alguma contato com o filho. Sendo aplicado o afastamento da família nuclear em casos em que não há mais outra alternativa, e antes de encaminhar o menor para adoção ou tutela de família diversa que com este não possui parentesco, deve-se averiguar se o menor

não possui outros parentes biológicos (tios, avós, irmãos), com exceção dos pais que perderam o poder familiar. Pois, prima-se que o menor continue em família biológica, e só no caso de isto não ser possível é que deve encaminhá-lo para família substituta sem parentesco. A pobreza não configura perda do poder familiar. Há casos em que as famílias que necessitam de assistência devem ser inseridas em programas de auxílio.

3 ESTUDO DOS FUNDAMENTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

De acordo com Gonçalves (2013, p. 306), o artigo 1.583, parágrafo 10, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 11.698/2008, mostra a guarda compartilhada como “responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” (BRASIL, 2008).

Para Mota (2000),

[...] a guarda compartilhada deve ser tomada antes de tudo como um conceito, uma postura diante dos filhos de pais separados, reconhecendo sua necessidade de um relacionamento ininterrupto com ambos os pais que se encontram numa posição central e igualitária para o desenvolvimento da saúde física e psicológica de seus filhos. (MOTA, 2000, s/p)

O fundamento psicológico da guarda compartilhada parte da convicção de que o divórcio acarreta uma série de perdas para a criança. Assim, a guarda conjunta viria para amenizar este sentimento. Quando as crianças se beneficiam na medida em que reconhecem que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação.

A guarda compartilhada apresenta múltiplas vantagens: além de manter os pais como guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas referentes ao destino dos filhos, compartilhando, assim, o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, ainda minimiza, pois, o conflito parental e diminui o sentimento de culpa e frustração que pode acometer a algum dos genitores por não cuidar de seus filhos. A guarda compartilhada oferece aos genitores a oportunidade de reconstruírem suas vidas, adaptando sua rotina pessoal, profissional e suas determinantes sociais e psicológicas à nova reconfiguração de sua família.

Existe a vantagem da divisão de tarefas por parte dos pais no cotidiano da criança, mas o maior benefício da guarda compartilhada está na possibilidade de garantir “duplo vínculo de filiação apesar da inexistência de um casal”, Constituindo-se “um sólido suporte, uma ancoragem social para o exercício da paternidade”,

conforme Hurstel (2001, *apud* BRITO, p. 364)¹.

Milano Silva (2012) diz que a guarda compartilhada melhor se enquadra nos ditames constitucionais da igualdade entre os pais para a criação e educação dos filhos, bem como atende à preocupação do Estatuto da Criança e do Adolescente que os erige em prioridade nas decisões judiciais.

Galvão (2012) afirma que basicamente as vantagens da Guarda Compartilhada dizem respeito não somente ao relacionamento condicionado e por força da situação do divórcio entre os genitores e seus filhos, mas também porque se trata de uma solução que para a justiça é mais rápida e tende a ser perene.

As desvantagens, segundo essa mesma autora, dizem respeito à dificuldade de uma convivência harmônica entre os genitores, ao fato do pai não querer assumir a paternidade ou ao fato de haver a alternância de residência. (GALVÃO, 2012).

Sabe-se que a ênfase para a necessidade da guarda compartilhada está na proteção à criança e ao adolescente, amparados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente já referenciado neste trabalho.

Mas uma vantagem muito bem apontada por Galvão (2012) refere-se à prevenção da SAP, Síndrome da Alienação Parental. A Síndrome da Alienação Parental é, de acordo com Farias e Rosenvald (2012), também conhecida como síndrome das falsas memórias ou também Síndrome de Medeia. Ocorre quando acontece a interferência, por parte de um dos genitores ou por avós ou por quem seja o guardião do menor, na formação psicológica da criança ou adolescente. A intenção dessa interferência é repudiar um dos genitores, prejudicando o vínculo existente entre pai e filho ou mãe e filho. Pode acontecer, ainda que involuntariamente, que um dos genitores busque implantar na criança ou no adolescente uma falsa versão sobre a verdade do relacionamento que fracassou, atribuindo ao outro genitor responsabilidades graves e especiais e denegrindo sua imagem de forma alheia, tornando-se, para a criança, uma vítima do relacionamento que não deu certo. Isso perturba a relação afetiva que existe entre a criança ou adolescente e um, ou até ambos, de seus genitores ou familiares.

¹ BRITO faz referência ao autor francês Hurstel, que não foi referenciado neste trabalho. HURSTEL, F. Qu'est devenue l'autorité des parents ? In: *Comprendre le lien familial*. 2, Paris : PUF, 2001.

Gonçalves (2013) menciona a lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, que visa coibir a alienação parental. Segundo Gonçalves (2013), a expressão alienação parental foi pioneiramente:

[...] utilizada por Richard Gardner no ano de 1985 ao se referir às ações de guarda de filhos nos tribunais norte-americanos em que se constatava que a mãe ou o pai de uma criança a induzia a romper os laços afetivos com o outro cônjuge. ("*Parental Alienation Syndrome*"). O vocábulo inglês *alienation* significa "criar antipatia", e *parental* que dizer "paterna". (GONÇALVES, 2013, p. 306. Grifo do autor)

Nota-se que a situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se divorciam, quando, um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Na conceituação dada por Gonçalves (2013), nota-se que inicialmente o problema do SAP tende a ser visto como uma alienação da figura do pai, ou seja, parece ser uma situação em que majoritariamente as mulheres praticam contra seus ex-cônjuges. Mas o termo já é tratado como algo que pode acontecer tanto com a figura paterna quanto com a figura materna como vítimas. (GONÇALVES, 2013).

Farias e Rosenvald (2012) explicam:

São exemplos típicos de alienação parental a propagação de notícias desqualificadoras da conduta do outro genitor, o empecilho para o exercício da visitação pelo genitor não guardião, a omissão de informações relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, dentre outras variadas hipóteses.

Consubstanciada a alienação parental (com o auxílio imprescindível de equipe interdisciplinar, com perícia psicológica ou biopsicossocial), o juiz, ouvido o Ministério Público, deverá adotar providências assecuratórias da proteção da integridade física e psíquica infanto-juvenil, como exemplificativamente, a alteração do regime de guarda, suspensão preventiva da visitação, acompanhamento psicológico, imposição de multa inibitória (*astreintes*), visitação assistida por profissional, etc. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 136-137)

Para Galvão (2012), a guarda compartilhada possibilita a prevenção da Síndrome da Alienação Parental, tendo em vista que quando esta surgiu, nos Estados Unidos, teve ponto de partida na permissão do divórcio sem culpa, o que

teve como consequência um grande número de divórcios sem precedentes. Segundo a autora, a guarda compartilhada é uma solução pacificadora, que ressalta o vínculo parental que ainda existe entre os genitores. Ainda que haja uma intensificação das estruturas de convivência familiar na atualidade e que estas sejam abaladas pelo divórcio, é preciso ainda levar em conta que a guarda compartilhada traz vantagens psicológicas às crianças filhas de pais divorciados. A autora cita um estudo realizado pelo psicólogo Robert Bauserman (*apud* QUINTAS, 2009, p. 297), entre 1982 a 1999, através do qual foram examinadas 1.849 crianças sob o sistema da guarda exclusiva e 814 em guarda compartilhada. Foi observado que as crianças que viviam sob o regime da guarda compartilhada apresentaram menos problemas emocionais e de comportamento, maior autoestima, melhor desempenho escolar e melhor relacionamento familiar do que as crianças em regime de guarda exclusiva. O referido estudo afirmou a não-necessidade de se compartilhar a guarda física: seria suficiente que a criança se dispusesse a ter um tempo significativo com cada um dos genitores. O estudo também ressaltou a diminuição de conflitos entre os genitores no caso da guarda compartilhada.

Podemos afirmar que a ausência de um dos genitores pode significar uma grande perda para a criança. A guarda compartilhada permite que os pais participem ativamente da vida dos filhos: isso permite que eles se sintam amados, cuidados e parte importante da vida de seus pais.

Galvão (2012) menciona que a guarda compartilhada diminui os sintomas de ansiedade dos filhos diante do divórcio dos pais. As crianças também deixam de se sentir culpadas por seus pais terem se divorciado, pois deixam de ser centro de discussão judicial. A autora também afirma as vantagens para os pais, primeiramente porque a guarda compartilhada atribui aos genitores igualdade de direitos e obrigações, garantindo o livre contato com os filhos e a tomada de decisões em conjunto.

No que diz respeito às obrigações, a guarda compartilhada é mais justa, pois atribui a ambos os genitores, não sobrecarregando somente um genitor, possibilitando uma maior flexibilidade em sua vida pessoal, bem como a profissional. Sendo a guarda atribuída a ambos os genitores, evita a discussão entre eles sobre quem se mostra em melhores condições, evitando também agressões e ataques inúteis. Diminuindo, assim, os conflitos e mágoas. (GALVÃO, 2012, p. 92).

Galvão (2012) também ressalta que a guarda compartilhada traz vantagens para a Justiça, pois agiliza os processos e não prolonga conflitos.

No entanto, a autora também ressalta as desvantagens ou pontos críticos da guarda compartilhada. Há a impossibilidade de pais que nunca conviveram ou que romperam uma relação, em compartilhar as decisões a respeito da educação e criação dos filhos: a guarda compartilhada exige entendimento entre os genitores, o que não é aqui entendido como desvantagem, pois a guarda compartilhada estimula a harmonia, ainda que de forma compelida. Por outro lado, há que se considerar que forçar a convivência parental entre genitores que não se entendem, que vivem em conflito constante, pode trazer mais conflitos e prejuízos psicológicos à criança. As críticas, de acordo com Galvão (2012), apontam que a guarda compartilhada é mais propensa ao desentendimento.

O que se percebe, porém, é que a possibilidade hoje disponibilizada pelo Código Civil do exercício da guarda, de forma compartilhada, mesmo que não adotada no primeiro momento após o divórcio, pode, quando os ânimos não estiverem tão acirrados, vir a ser praticada, o que, ao certo, beneficiará, não só aos filhos, mas aos pais também. Isto porque, em meio a tantas modificações sociais e econômicas advindas do divórcio, aliadas à possibilidade de novas configurações familiares, inúmeros conflitos podem emergir.

Pode até ser que a guarda compartilhada não se mostre favorável à criança de início, quando ela possivelmente estiver suscetível às animosidades dos pais, mas essa situação tende a melhorar, quando fica fortalecida a parentalidade e deixada de lado a conjugalidade.

Uma nova organização familiar é estabelecida após o divórcio, mas a guarda pode ser revista, evoluindo para o sistema do compartilhamento, mesmo que judicialmente tenha sido estabelecida a forma unilateral. O divórcio conduz à reorganização da vida afetiva, social, profissional e sexual dos pais, modificando, às vezes de forma dramática, a rede de convivência e apoio das crianças e dos adolescentes, o que pode refletir na relação entre pais e filhos.

À proporção que cada integrante da família vai reajustando sua vida, as relações familiares vão se modificando, podendo um ou ambos os genitores iniciarem novos relacionamentos conjugais, residirem em outra cidade ou mesmo

retornarem a residir na casa dos pais. Da mesma forma, a criança também experimenta alterações na sua rotina, podendo envolver mudança de escola, classe social, moradia e possibilidade de convivência com os amigos: isso interfere em sua vida e requer um tempo para adaptação.

Para Lobo (2008), a lei da guarda compartilhada traz mais do que uma solução. Segundo este autor, a lei da guarda compartilhada pode representar uma ilusão, tendo em vista que pode passar a idéia de que se trata de instrumento hábil a diminuir o litígio e a impulsionar a responsabilidade paterna. Isso faz com que se deixe de dar ênfase à verdadeira origem das dificuldades enfrentadas pelos filhos, à incapacidade de os pais priorizarem os seus interesses, pois os filhos se encontram perdidos no sentimento e abandono que os atinge após o divórcio dos pais.

Teixeira e Rodrigues (2010) afirmam a desnecessidade da guarda compartilhada, apontando-a como conteúdo da autoridade parental e, portanto, já legitimada por este. Os pais devem educar seus filhos e têm deveres que advêm naturalmente de sua autoridade parental. Para as autoras, é preciso considerar que:

[...] a criança e o adolescente não são, a priori, detentores de autonomia. Essa é a razão maior da autoridade parental: conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem. Por estarem construindo sua maturidade e discernimento, não podem usufruir completamente de seus direito fundamental à liberdade, pois ainda não têm condições de exercê-la. (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2010, p. 222).

Assim, as autoras afirmam que os deveres devem ser exercidos de forma conjunta entre os pais, independente de sua situação conjugal, pois isso já está previsto no artigo 1.632 do Código Civil (BRASIL, 2002), que diz que as relações entre pais e filhos não se alteram com o divórcio. A única mudança é o direito de um dos genitores ter os filhos em sua companhia permanente.

Mas a criança tal como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) tem o direito fundamental à convivência familiar. Assim, os autores qualificam a lei da guarda compartilhada como desnecessária, visto que já é instituído legalmente, pela autoridade parental, a obrigatoriedade dos genitores em exercer seus deveres na guarda e proteção dos seus filhos.

O mais importante é que os deveres de criar, educar e assistir, previstos no art. 229 da Constituição federal, possam se efetivar por ambos os pais, independentemente da modalidade de guarda fixada para o caso, para que se garanta, na maior medida possível, os interesses do filho, bem como sua emancipação responsável, através do processo educacional. Sobretudo, é fundamental que nenhum genitor, de maneira arbitrária e injustificada, impeça o outro de cumprir os seus deveres parentais, de modo a garantir que o processo educacional possa ser efetivado por ambos os pais. (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2010, p. 236-237).

Ainda que naturalmente, é dever dos pais assegurar a criação e educação de seus filhos visando o resguardo aos seus interesses, a guarda compartilhada é tomada aqui como decisão judicial, como aparato jurídico que norteia as relações familiares após o divórcio.

Considera-se, neste trabalho, que as críticas à guarda compartilhada não são sustentáveis porque a mesma até permite que haja conflitos ou desacordos entre os pais: os conflitos ou desacordos tendem a evoluir para um acordo ou concessão ou equilíbrio e consenso. Não se pretende que os filhos sejam criados livremente, sem nenhum desacordo: é preciso que a tomada de decisões e as responsabilidades sejam negociadas e que a guarda promova o fortalecimento do vínculo parental. Os genitores já não têm mais vínculos conjugais, mas devem entender que há um forte vínculo parental que deve permanecer entre eles para a felicidade de seus filhos.

Quintas (2009, *apud* Galvão, 2012) ressalta:

A criança alternar a casa dos pais é uma possibilidade dentro da guarda compartilhada e não uma característica desta, que impeça a sua aplicação, podendo a mesma ser adotada com uma residência fixa para os filhos. A guarda compartilhada é flexível, podendo se adaptar às necessidades e mudanças dos membros da família. Essa flexibilidade é que faz a guarda compartilhada preferível frente à guarda alternada quando há alternância de residências. (Quintas *apud* GALVÃO, 2012, p.97)

Jordão e Rubin (2011), em reportagem na revista Istoé, tratam da guarda compartilhada e relatam que aumentou, no Brasil, o número de casais que optam por ela. Os autores consideram que essas combinações familiares advêm das transformações que ocorrem nas sociedades ocidentais desde a emancipação feminina. A reportagem cita bons exemplos de guarda compartilhada, nos quais os

casais encontraram pontos de equilíbrio para manterem seus vínculos parentais em harmonia. Há também relatos de Síndrome de Alienação parental que acometem casais quando há a guarda unilateral. Os autores finalizam a reportagem, afirmando que para que sejam compartilhados os direitos e deveres sobre os filhos e para que esse compartilhamento dê certo, torna-se imprescindível que pai e mãe priorizem o bem-estar dos filhos. É preciso, segundo os autores, “manter a família feliz, mesmo com outra configuração.” (JORDÃO e GURIN, 2011, p. 74).

Gonçalves (2013) afirma que o lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos e que cabe a ambos os cônjuges o sustento e a educação dos filhos: por isso, tem maior peso na avaliação para a proteção da criança e do adolescente a guarda compartilhada.

Reconhece-se que o divórcio afeta a vida dos filhos, em maior ou menor grau, dependendo da qualidade dos relacionamentos e dos vínculos que unem e desunem pais e filhos. A convivência familiar sofre abalo nas rotinas até então estabelecidas, clamando por novas combinações, em especial, no que diz respeito ao atendimento das necessidades da prole. As dificuldades costumam ser grandes para pais e filhos, gerando angústia e insegurança. Mas a solução, aponta-se aqui, é a guarda compartilhada.

Assim, com relação à lei que disciplina a guarda compartilhada, em consonância com Gonçalves (2013), podemos considerar:

A Lei n. 11.698/2008 chega em boa hora, assegurando ‘a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC, art. 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA, art. 249)’. (GONÇALVES, 2013, p. 296).

Com Groeninga (2008), podemos acrescentar algumas considerações interdisciplinares que são importantes para que enxerguemos a guarda compartilhada num contexto jurídico que considera outras formas de conhecimento como complementares à ciência jurídica, inclusive para atuar nos casos de mediação familiar. A mediação familiar é um importante mecanismo jurídico que

busca a pacificação de conflitos entre os cônjuges, promovendo o diálogo entre as partes.

Sem qualquer dúvida, a mediação é um instrumento indicado para os conflitos do Direito das Famílias, servindo para arrefecer os ânimos das partes e, ao mesmo tempo, auxiliar à deliberação de decisões mais justas e consentâneas com os valores personalíssimos de cada um dos interessados.

A mediação apresenta-se, destarte, como mecanismo auxiliar relevante para o julgamento das causas de família, em especial no primeiro grau de jurisdição, aproximando a ciência do Direito da realidade viva da vida. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 69).

Diniz (2010) afirma:

Os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação, por isso a mediação familiar tem por escopo primordial estabelecer uma comunicação, conducente ao conhecimento do outro e à intercompreensão, partindo de explicações, buscando informações e permitindo a intersubjetividade entre os mediandos, para que cada um possa compreender o que o outro diz ou quer. Daí o papel do mediador, profissional qualificado que busca o diálogo entre os envolvidos, para que eles, após uma reflexão, venham a firmar acordos que atendam às necessidades de todos e conduzam à corresponsabilidade parental, levando o filho menor a ter um igual relacionamento com ambos os pais, que deverão exercer igualmente o poder parental; com isso, consagrado estará o direito da criança e do adolescente de conservar o convívio com seus dois genitores, que assegurarão em conjunto a sua educação, apesar de não mais serem um casal conjugal, pois passarão a ser um casal parental, com responsabilidade por seus papéis de pai e mãe. (DINIZ, 2010, p. 360).

A mediação familiar intervém com sensibilidade e conhecimento para ajudar a família e se vale de observações interdisciplinares, multirreferenciais, a fim de que se diminuam os conflitos de forma efetiva e eficaz. Causas de família precisam de sensibilidade e de conhecimentos específicos. Para a mediação familiar acontecer com eficiência, resguardando a decisão judicial, a ciência jurídica deve considerar outras disciplinas ou áreas do saber humano: pedagogia, sociologia, psicologia, antropologia e até mesmo à medicina. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 67).

Groeninga (2008) afirma:

[...] seja aonde for, a Lei da Guarda Compartilhada representa importante mudança de paradigma. Tal mudança baseia-se no conhecimento legitimado por várias disciplinas e na compreensão mais ampla do ser humano. Esta modificação de ótica que o paradigma traz também contempla as importantes transformações na forma de organização da família e da sociedade, atendendo a anseios que visam aproximar a lei da realidade das relações, que, é verdade, estão se modificando de forma muito rápida, e mesmo difícil de acompanhar, o que pode causar compreensíveis resistências. (GROENINGA, 2008, p. 31).

A autora lembra que a família é anterior ao direito e é um sistema que tem plena capacidade de se auto-regenerar e encontrar o equilíbrio que lhe é próprio, independente de leis que tentam defender essa instituição – família- com leis e discursos jurídicos eloquentes. Para a autora, a lei da guarda compartilhada deu ênfase a responsabilidade e ao afeto nas relações familiares. Além disso, já era preciso rever a questão de colocar o filho como um prêmio na guarda unilateral. (GROENINGA, 2008).

A autora ressalta, no entanto, que não é necessário exagerar dando-se privilégio à guarda compartilhada e idealizando-se uma família à força jurídica. Muitos são os desafios ainda a serem vencidos tanto pela sociedade quanto pelo sistema jurídico na revisão de seus papéis, no que diz respeito ao Judiciário e à família. A autora lembra ainda que a lei da guarda compartilhada chegou num momento em que, no Brasil, grande parte dos lares é sustentada e chefiada por mulheres: ao mesmo tempo, famílias reivindicam a proteção do Estado e crianças e adolescentes demandam a atenção dos poderes superiores na proteção de seus direitos e na relevância de suas diferenças em relação aos adultos. (GROENINGA, 2008).

Neste contexto, é preciso que se tenha em conta que o direito à convivência familiar enseja o afeto e o desenvolvimento saudável da personalidade. Por isso, a autora afirma, em sua visão interdisciplinar:

[...] a Psicanálise mostra que os afetos têm nuances tanto de amor quanto de raiva, de aproximação e de afastamento, e que é na família, nas relações com os pais, que se aprende a balizá-los, de forma a que o amor prevaleça e que o afeto seja integrado ao pensamento. É inerente ao desenvolvimento saudável da personalidade a oscilação afetiva entre pai e mãe, a maior proximidade ou afastamento em relação a um e outro, movimento que é acompanhado dos afetos correlatos. E é esta oscilação e

aprendizado emocional que a convivência propicia, e que fica impedida no caso de litígio, sobretudo quando a lei anterior fazia eco à divisão entre os pais e dificultava o exercício da parentalidade e o convívio, fomentando a competição e a não a cooperação. (GROENINGA, 2008, p. 32).

Mediante os desafios de entendimento da importância da guarda compartilhada, do vínculo parental e da proteção à criança e ao adolescente, torna-se necessário que a mediação familiar, ao pautar-se pela interdisciplinaridade, pela sensibilidade, pelo afeto e pelo interesse e direitos do menor, alcance consensos na projeção de uma família que se deixa resistir, ainda que haja diferenças na conjugalidade, e que releve os laços afetivos entre pai e filho, entre mãe e filho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei que institui e regulamenta a Guarda Compartilhada reforça, positivamente, a responsabilidade de ambos os pais pelo cuidado dos filhos, afirmando a necessidade de compartilhar as atribuições decorrentes da guarda e reforçando a capacidade da família, em superar dificuldades que costumam se fazer presentes nas relações entre pais e filhos que passam pela experiência do fim do casamento. A guarda compartilhada traz equilíbrio aos conflitos familiares e ameniza os problemas, em especial, das crianças que enfrentam o processo de divórcio dos genitores.

Há casos em que os pais, após o divórcio, demonstram plenas condições de prosseguir com os cuidados de que os filhos necessitam – que já lhes eram dispensados durante a união, sem que as frustrações advindas do divórcio e do término da conjugalidade interfiram na relação com os filhos. É claro que nesses casos, o exercício da guarda compartilhada é plenamente indicado e favorável. No entanto, é preciso que o jurídico e a família tenham em mente que os conflitos que existem entre os genitores e ex-cônjuges não devem constituir obstáculos para que se aplique a guarda compartilhada, ainda que esta decisão requeira um esclarecimento maior dos genitores a respeito da parentalidade, ou que se requeira um tempo para adaptação da nova configuração familiar e uma conscientização que tende a harmonizar a família e fortalecer os vínculos familiares. O judiciário deve intervir nesse esclarecimento e nessa conscientização, observando a adaptação da família ao contexto da ruptura da conjugalidade.

O judiciário e a equipe incumbida por ele para acompanhar os casos específicos de crianças que se encontram no meio de conflitos pela sua guarda devem trabalhar no sentido de orientar a família a buscar a harmonia e a parentalidade, preservando os vínculos familiares. O judiciário deve motivar os pais a refletirem sobre as vantagens do compartilhamento da guarda dos filhos: é necessário evitar a postura dissociativa, é imprescindível reforçar a harmonia, a parentalidade e a noção do vínculo familiar que se preserva após a ruptura da conjugalidade. A lei que regulamenta a Guarda Compartilhada, acertadamente, valoriza a atuação de diversos profissionais, desempenhando, juntamente com o judiciário, uma atuação interdisciplinar que estabeleça as atribuições dos pais no

exercício da guarda compartilhada.

Cumpra à jurisprudência estabelecer soluções que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais. A ruptura afeta diretamente a vida dos menores, porque modifica a estrutura da família e atinge a organização de um de seus subsistemas, o parental.

Diante de tal situação, coloca-se a necessidade de se manter todos os personagens da família envolvidos, mesmo após a ruptura da vida em comum, valendo-se da ciência jurídica amparada por uma visão interdisciplinar que busca atenuar as consequências injustas que essa ruptura provoca.

Com a guarda compartilhada, a intenção é atenuar o impacto negativo que o divórcio traz, e enquanto o faz, mantém os dois pais envolvidos na criação dos filhos: isso valida o seu papel parental que é permanente, ininterrupto e conjunto. Nesse caminho, os filhos seguem sendo filhos e os pais seguem com sua função de pais: a família segue existindo, porém em nova configuração.

O menor necessita de condições de continuidade, de conservação e de estabilidade no momento do divórcio de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias. Na guarda compartilhada, não só as grandes opções sobre o programa geral de educação e orientação, mas também atitudes de rotina, usuais, se preservam no seio de uma família unida e pertencem a ambos os genitores.

A guarda compartilhada, ao manter os laços afetivos estreitos entre os pais e filhos, estimula, ainda, o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos, estimulando-o a participar de todo o desenvolvimento dos filhos, envolvendo-se estreitamente com sua vida. O novo modelo de guarda dá aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos: isso permite que eles conservem seus direitos e obrigações em relação a eles. Além disso, garante que haja uma adequada comunicação entre pais e filhos e o cumprimento do propósito constitucional de proteção à família.

Há que se lembrar que a guarda compartilhada evita a Síndrome da Alienação Parental: a criança tem proximidade com ambos os genitores, o que dificulta a ação do provável alienador.

A existência de conflitos entre os cônjuges não impede a guarda

compartilhada: esta estimulará a convivência e a harmonia entre os ex-cônjuges, fortalecendo seus vínculos parentais por causa do compartilhamento de obrigações e deveres, do acompanhamento do desenvolvimento dos filhos. A dissolução dos vínculos afetivos não significa ruptura com os direitos e os deveres para com os filhos. Os direitos e deveres permanecem. O divórcio rompe a conjugalidade, mas não os vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar não é afetado pelo divórcio. Portanto, é muito importante que os pais busquem manter os laços de afetividade, abrandando assim os efeitos do divórcio na vida dos filhos.

A Guarda Compartilhada significa a garantia de que o filho terá pais igualmente envolvidos no atendimento aos seus interesses e direitos, cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. (1990). *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

_____. (2002). *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

_____. (2007). *Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm> Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

_____. (2008). *Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008*. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

_____. (2010). *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010*. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm> Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda Conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 355-367.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Guarda Compartilhada: inovações da Lei Nº 11.698/08*. Revista Jurídica Consulex. Ano XII – Nº 275 – 30 de junho de 2008. p. 26

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Volume 5: Direito de Família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *O novo procedimento da Separação e do Divórcio* (de acordo com a Lei nº 11.441/07). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GALVÃO, Jaqueline dos Santos Gomes. *Guarda Compartilhada: uma análise de compatibilidade frente ao princípio da proteção integral*. SynThesis Revista Digital FAPAM, Pará de Minas, n. 3, abril de 2012, p. 86-98. Disponível em: <<http://www.fapam.edu.br/revista/volume3/8%20Jaqueline%2086%20-%2098.pdf>> Acesso em: 15 de junho de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Guarda Compartilhada: considerações interdisciplinares*. Revista Jurídica Consulex. Ano XII – Nº 275 – 30 de junho de 2008. p. 31-33.

JORDÃO, Cláudia; RUBIN, Débora. *Unidos na Separação: aumenta o número de ex-casais que optam pela guarda compartilhada no Brasil*. Revista Istoé. Ano 35, v. 31, n. 2193, novembro de 2011.

LOBO, Paulo et al. *Guarda e convivência dos filhos após a lei nº. 11.698/2008*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, p. 23-35, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao>> Acesso em: 13 de março de 2014.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada. Novas soluções para novos tempos*. Disponível em: <http://www.apase.org.br/91001-gc_novassolucoes.htm> Acesso: 10 de junho de 2014.

PARIZATTO, João Roberto. *Separação e Divórcio: alimentos*. 5 ed. São Paulo, Leme: Edipa, 2005.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Forense, 2009.

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *A dês(necessidade) da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.