

***A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL COM O
ADVENTO DA LEI Nº. 11.698/08***

***The Effectiveness of Shared Storage in Brazil with the
Advent of Law no. 11.698/08***

Élito Braz de Melo, Marli Aparecida Oliveira Melo

RESUMO

Este trabalho discute a eficácia da guarda compartilhada no Brasil com o advento da Lei nº. 11.698/08, tendo como ponto principal a ideia de que a guarda compartilhada surgiu para fazer prevalecer a justiça, garantindo ao menor o seu bem estar fundamentado nos princípios constitucionais que garantem a vida, a liberdade e igualdade para todos. Visa comprovar por meio de estudos através de uma análise jurídica do tema, focar a possibilidade de se aplicar a guarda compartilhada nos casos de divórcio.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

This work discuss effectiveness of shared custody in Brazil with the enactment of no. 11.698/08, taking as its focal point the idea that came to custody make use of the fair, ensuring the least their welfare based on constitutional principles that guarantee life, liberty and equality for all. .Aims to demonstrate through studies by making a separate legal analysis of the topic, focusing on the possibility of apply to custody in cases of litigation.

Keywords: Family's Power. Guard. Shared Guard.

INTRODUÇÃO

A Lei nº. 11.698/08, de 13 de junho de 2008, veio a consagrar expressamente no Código Civil brasileiro o instituto da guarda compartilhada, que é definido pelo Desembargador Sergio Gischkow, como “a situação em

que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor, pessoas residentes em locais separados".

Assim, após a promulgação da Lei nº. 11.698/08, a comunidade jurídica nacional se voltou para a análise dos aspectos positivos e negativos das novas regras estabelecidas pela lei ao instituto da guarda compartilhada, podendo-se afirmar que a novidade trazida pela lei, de um modo geral, vem sendo vista com bons olhos pelos operadores do Direito. Contudo, parcela da doutrina civilista vem apontando graves falhas na nova legislação, as quais implicariam na inviabilidade do uso dessa medida.

O presente trabalho se fundamentará no sentido contrário ao posicionamento acima referido, pois, pretende demonstrar que o advento da Lei nº. 11.698/08 foi uma conquista para os filhos brasileiros, não podendo se negar que a legislação possui falhas, mas elas são muito pequenas diante da amplitude e do êxito da aplicação da guarda compartilhada, que é a que melhor resguarda o interesse do menor, evitando-se os efeitos calamitosos da guarda unilateral, tais como a diminuição do contato do filho com o genitor não guardião e, principalmente, o conhecido fenômeno da alienação parental.

Em resumo, a alteração trazida pela Lei nº. 11.698/08 veio apenas legitimar um direito já existente de forma implícita no Brasil, sendo que a verdadeira finalidade do legislador foi a de conscientizar os pais sobre o bem estar que a guarda compartilhada poderá trazer a seus filhos, vindo a ter consciência de que a vida em comum acabou, mas a missão para com os filhos continua sendo de responsabilidade de ambos, os quais podem e devem compartilhar juntas a educação e criação dos mesmos.

Neste diapasão, este trabalho propõe uma análise jurídica sobre os pontos favoráveis e contrários à implementação da guarda compartilhada no Brasil após o advento da Lei nº. 11.698/08, tendo como ponto principal a ideia de que a guarda compartilhada surgiu para fazer prevalecer a justiça, garantindo ao menor o seu bem estar fundamentado nos princípios constitucionais que garantem a vida, a liberdade e igualdade para todos.

Pretende-se, portanto, com este trabalho, fazer uma reflexão acerca da eficácia da guarda compartilhada com o advento da Lei nº 11.698/08, que a reconhece expressamente e amplia os esforços para a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, haja vista os seus naturais benefícios.

Deste modo, o risco de insucesso do uso deste instituto no caso de não existir acordo entre os pais do menor a respeito dessa medida é apenas aparente, sendo absolutamente contornável pela prévia prática da mediação interdisciplinar, conforme permitido pelo art. 1.584, § 3º, do Código Civil.

Entre as falhas apontadas na Lei nº. 11.698/08 pode-se destacar que: a nova redação do artigo 1.583, parágrafo 1º, do Código Civil, conceitua a guarda unilateral e a guarda compartilhada. À primeira vista, a redação do dispositivo restringe aos genitores o exercício da guarda compartilhada, de modo que a lei poderia ter sido mais clara. Também a nova redação do artigo 1.584, incisos I, II e parágrafos 1º, 2º, reforçariam a opção de restringir aos pais o exercício da guarda compartilhada.

A leitura isolada do parágrafo 5º do referido artigo pode dar a entender que, em se tratando de guarda atribuída à pessoa diversa dos genitores, não seria possível o compartilhamento. Ao interpretar-se de maneira isolada o parágrafo 1º do artigo 1.583, a conclusão seria, de fato, no sentido de que o legislador quis restringir aos genitores o exercício da guarda compartilhada.

Nesse aspecto, estuda-se a eficácia e aplicabilidade da guarda compartilhada no Brasil após a promulgação da Lei nº. 11.698/08, considerando o instituto como um dos meios de exercício da autoridade parental aos pais que desejam continuar a relação com os filhos, quando fragmentada a família, visando propiciar a ambos essa igualdade constitucionalmente assegurada, reforçando a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homem e mulher na responsabilização dos filhos.

O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR

O pátrio poder surgiu a partir do momento em que os homens passaram a conviver em grupos, necessitando da existência de um "poder familiar" para conseguir garantir a harmonia da sociedade e, conseqüentemente, a paz social.

Deste modo, o pátrio poder é considerado como um direito natural, e os juristas colocam como ponto de partida para o estudo do instituto a Civilização Romana, que é considerada como o berço da sociedade.

Assim, no direito romano, o pátrio poder fundamentava-se numa relação de domínio quase ilimitado feito pelo *pater*, aonde todo cidadão romano era denominado *sui iuris* (indivíduo que não se submetia a ninguém) ou *alieni iuris* (indivíduo que tinha que se submeter às ordens).

Após este período, o instituto somente sofreu alterações consideráveis com a criação do Código de Napoleão, o qual teve a árdua tarefa de erradicar o despotismo romano e introduzir a regra que deve prevalecer sempre o interesse do menor. Esse instituto, no qual prevalece o interesse do menor, foi introduzido no direito brasileiro tardiamente através do Estatuto da Mulher Casada.

Observa AZEVEDO (2002), que:

A possibilidade de que os filhos de pais separados continuem assistidos por ambos os pais, após a separação, devendo ter efetiva e equivalente autoridade legal para tomarem decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos, e frequentemente, ter uma paridade maior no cuidado deles.

Depois, tal instituto foi ratificado com a criação do Código Civil, em 1916 e, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, datado de 1990, mas com uma visão totalmente diferente se comparada com a *pátria potestas* romana, tendo em vista que atualmente o poder familiar ou pátrio poder é interpretado no ordenamento jurídico brasileiro como direito e responsabilidades que envolvem na relação entre os filhos e os pais.

A civilista Maria Helena Diniz assevera que o pátrio poder "é o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não

emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho”.

Campos Júnior, possui o entendimento sobre o instituto como sendo um “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. “No Código Civil” vigente, o pátrio poder encontra respaldo nos Artigos 1630 e seguintes, e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, pela a Lei nº. 8.069/90.

Com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do novo Código Civil com o advento da Lei nº. 10.406/02, a terminologia pátrio poder foi substituída por poder familiar, extinguindo-se também o resquício da pátrio *potesta* romana, o qual a figura do pai (pátrio) obtinha mais ênfase em relação à figura materna.

A guarda sempre se revelou um ponto delicado no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro do menor. Com as mudanças cada vez mais aceleradas na estrutura familiar, procuram-se novas modalidades de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição equitativa da autoridade parental, bem como aos filhos servem para amenizar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

O novo Código, nos arts. 1.630 a 1.638 mantiveram a disciplina normativa do Código anterior, adaptando-a aos princípios determinantes na Constituição, notadamente quanto ao exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe, conforme já tinha antecipado o Estatuto da Criança e do Adolescente. O enunciado deficiente da Lei do Divórcio, que se referia ao exercício do pátrio poder pelo marido “com a colaboração da mulher”, apenas atenuando a desigualdade entre os gêneros, foi expurgado de vez, na linha do estabelecido pelo ECA.

Do confronto entre os dois textos (o antigo e o novo Códigos), chega-se à surpreendente conclusão de que a estrutura legal do antigo pátrio poder foi mantida intacta, com modificações tópicas de redação. A ordem, a sequência e o conteúdo dos artigos permaneceram, como se a mudança da denominação e

dos titulares (do pai para o pai e a mãe) e a exclusão das referências a filhos ilegítimos fossem suficientes.

Houve, apenas, duas inclusões ao texto de 1916: a) outro tipo de extinção do poder familiar (por decisão judicial); b) outro tipo de perda do poder familiar, por ato judicial (incidir, reiteradamente, em falta aos deveres inerentes aos pais).

Os casos de extinção e suspensão do poder familiar estão transcritos respectivamente nos arts. 1635 e 1637 *caput*, e parágrafo único do CC, enquanto o de perda no art. 1638 do CC. O pátrio poder extingue-se pela morte dos pais ou filhos (não existe mais a figura do titular do direito), pela emancipação, pela maioridade e adoção (regra do instituto).

A extinção do pátrio poder encontra-se enumerado no art. 1635 do CC. A destituição do pátrio poder ou poder familiar se aplica por meio de sentença judicial, sendo essa uma severa suspensão, visa à proteção do menor, o dispositivo legal está respaldado no art. 1.638 do Código Civil, traduzem que se o pai, ou a mãe, abusar de autoridade, faltando com os deveres a eles inerentes ou arruinar os bens dos filhos.

A perda se dará em ato judicial se o menor for alvo de castigos imoderados, ou seja, excessivos e exagerados; se for abandonado em sua subsistência; se for sujeito a prática de condutas imorais e de maus costumes sociais.

Na falta do poder familiar a fim de suprir o caráter assistencial ao menor, a lei confere a uma pessoa capaz para assistir o menor e seus bens. Essa nomeação é chamada tutela, ela só ocorre com a destruição do poder familiar.

A GUARDA DOS MENORES

A expressão guarda, instituto altamente ligado ao pátrio poder, conforme se vê pelos art. 1634 do Código Civil e 21 e 22 do Estatuto da Criança e Adolescente, remetem-nos a uma forte ideia de posse do menor, em virtude do art. 33, §1º do ECA.

Segundo a definição de José Antônio de Paula Santos Neto, a guarda trata-se de um "direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este."

A guarda pode ter caráter definitivo ou provisório. Quando apresenta-se com caráter definitivo, regulariza a posse de fato. Quando a guarda aparece com caráter cautelar, preparatório ou incidente, tem-se modalidades de guarda provisória.

Seu caráter cautelar impõe-se quando o menor encontra-se abandonado e sua situação depende de definição. A criança ou o adolescente são colocados sob a guarda de uma pessoa, provisoriamente, até que sejam tomadas medidas adequadas para a tutela de seus interesses.

Ela assume caráter preparatório quando pedida antes do processo principal. É o que se passa na adoção e na tutela. Aquele que pretende o menor, sob uma dessas formas, pede ao juiz a guarda provisória.

O estatuto ainda prevê uma forma diferenciada de guarda fora dos casos de tutela e adoção, a guarda excepcional para fins de representação dos pais biológicos ou responsável para determinado ato, observando-se não se tratar de representação plena, mas de atos a serem praticados por um guardião temporário como a autorização para o casamento em virtude de estarem os pais ausentes ou em local incerto e não sabido.

Ao longo das décadas, tanto a sociedade como o instituto da guarda vêm passando por inúmeras modificações. Voltando um pouco na história do Brasil, encontra-se mais precisamente na década de 30 e 40 uma sociedade que privilegiava a figura do homem, no qual no deferimento da guarda após a ruptura conjugal sempre tendenciava para esse grupo, já que este era o único que detinha um poder econômico na sociedade, estando assim, o deferimento da guarda sempre ligado ao interesse financeiro.

Atualmente, com todas essas mudanças de valores, a figura paterna começou a reassumir gradativamente uma responsabilidade diante do lar, tendo um desejo de se relacionar melhor e mais tempo com seus filhos,

almejando urgentemente por uma nova mudança no instituto da guarda, em que tanto a mãe quanto o pai possam se relacionar com o seu filho.

Com a opção da guarda compartilhada, tanto jurídica quanto física, os guardiões serão ambos os cônjuges, não existindo mais esse privilégio, uma vez que para fazer isso um cônjuge terá que ter a permissão do outro, senão quebrará a igualdade de direitos e deveres que eles possuem.

Ao deferir-se a guarda para um dos genitores, deixando o outro apenas como titular do direito de visitas, está-se retirando o poder de tomada de decisões do não-guardião em relação à educação de sua prole.

Apesar de o novo diploma legal regulamentar instituto que, já há algum tempo, fazia parte do cenário jurídico nacional, com alguma aceitação pelos tribunais brasileiros, reconhece-se que ainda havia acentuada resistência de juízes e de alguns tribunais na sua implementação. Tratando-se de tema sensível (guarda de filhos) e sendo a lei lacunosa, predominava a insegurança, motivando a não aplicação da guarda compartilhada.

A nova redação do artigo 1.583, parágrafo 1º, do Código Civil, conceitua a guarda unilateral e a guarda compartilhada, dizendo ser esta 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".

Em matéria de guarda de filhos, o critério dos critérios continua sendo o maior interesse do menor, que, no sistema atual, constitui tanto "critério de controle como critério de solução".

A depender da interpretação que os Tribunais farão do dispositivo, poderá haver profundas repercussões no campo da responsabilidade civil dos pais em relação aos atos dos filhos menores.

Registre-se ainda que a guarda compartilhada, em atendendo ao princípio do melhor interesse do menor, também atenderá a outro princípio deste decorrente, qual seja, o princípio do direito à convivência familiar, insculpido no art. 227 da Carta Magna Federal e nos artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acrescente-se que a guarda compartilhada vai também de encontro com outros princípios constitucionais essenciais, a saber, a igualdade entre cônjuges/companheiros (art. 226, § 5º, c/c art. 226, § 3º), a paternidade responsável (art. 226, § 7º) e o planejamento familiar (art. 226, § 7º), este último fruto do princípio da autonomia privada, o qual está consubstanciado no princípio da liberdade (art. 5º, *caput*).

Como se vê, portanto, pelos benefícios por ela proporcionados e pela realização de princípios constitucionais que ela promove notadamente o princípio do melhor interesse do menor, a guarda compartilhada deve ser tida como a regra geral na fixação do exercício do poder familiar com a dissolução do casamento/união estável, em prevalência sobre a guarda exclusiva ou unilateral.

Nesse trilhar, é bem verdade que não há sérias dificuldades na aplicação do instituto quando há acordo entre os cônjuges/companheiros a esse respeito, o que é mais comum na dissolução consensual do casamento/união estável.

Por sua vez, a doutrina de "melhor interesse da criança" colocou, em tese, os pais em igualdade na disputa de direitos em torno dos filhos, embora, observa Valente, tal isonomia permanecesse fundada ainda num plano de expectativas e obrigações diferenciadas.

O Estatuto da Criança e Adolescente em seu artigo 4º propaga o mesmo regramento do artigo 227 da Carta Magna, sendo dever da família assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Traz também a Lei nº. 9.278/96, em seu artigo 2º, *caput*, que observa os direitos e deveres iguais dos genitores, sendo a guarda, sustento e educação dos filhos comuns, e a Lei nº. 6.515/77, no seu artigo 9º ao 16 que, comina as regras estabelecida para imputar a guarda de filhos.

O artigo 16, do Decreto Lei nº.3.200/41, que se refere à guarda do filho menor, natural, contém em seu “*caput*” e parágrafos, o arbítrio do juiz de decidir em privilégio ao interesse da criança ou adolescente e da mãe do mesmo.

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo 5º, do artigo 226, contém o seguinte: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

A Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente, no “*caput*” de seu artigo 4º, transmite o que o “*caput*” do art. 227 da CF contém. O art. 5º assim se manifesta: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. Coloca o artigo 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

FORMAS ALTERNATIVAS DE GUARDA

Ab initio, cumpre fazer importante distinção entre os dois modelos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90) e aquela disciplinada no Código Civil.

A primeira é considerada como uma das espécies de colocação em família substituta, ao lado da tutela e da adoção, pressupondo, portanto, a perda do poder familiar, e deve ser aplicada como medida específica de proteção ao menor (art. 101, VIII, do ECA), estando disciplinada nos artigos 33 a 35 do ECA. Já a segunda decorre da separação (judicial ou de corpos), divórcio ou dissolução da união estável dos genitores do menor, integrando o poder familiar como especialização do seu exercício, tendo o seu regramento nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, no Capítulo da Proteção da Pessoa dos Filhos.

No que tange à guarda prevista no Código Civil, Lôbo afirma que “ela deve ser entendida como a atribuição conferida a um dos pais separados,

divorciados ou ex-conviventes de união estável ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho”.

A guarda unilateral, como regra geral, é aquela exercida exclusivamente por um dos genitores, decorrente de acordo estabelecido entre eles ou por determinação judicial, neste caso se não for recomendável o exercício da guarda compartilhada.

Atualmente, o critério norteador da fixação da guarda unilateral é o melhor interesse do menor, já que a medida deve ser aplicada sempre em seu benefício, por quem quer que seja. Contudo, em uma análise histórica da matéria, verifica-se que nem sempre foi assim. Nesse sentido, o Código Civil de 1916, como forma de valorizar a única forma de família, a família matrimonial, impunha freios, desestímulos aos cônjuges quanto à separação judicial, notadamente na separação-sanção, ao estabelecer graves sanções ao tido como culpado pelo fim do relacionamento conjugal.

Comentando sobre o princípio do melhor interesse do menor como finalidade precípua da guarda compartilhada, Rodrigo da Cunha Pereira pondera:

[...] É comum vermos os filhos se tornam ‘moeda de troca’ dos pais no processo judicial. A ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar a figura conjugal da figura parental [...]. Muito pertinente, por isso, a discussão acerca do cabimento da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. Este novo arranjo familiar atenderia aos Princípios do Melhor Interesse do Menor? A guarda compartilhada é um modelo novo, cuja proposta é a tomada conjunta de decisões mais importantes em relação à vida do filho, mesmo após o término da sociedade conjugal [...].

Desse modo, a legislação civil da época acabava estipulando uma verdadeira sanção aos filhos do casal, pois aquele genitor em tese com melhores condições para o exercício da guarda poderia ser dela privado se fosse tido como culpado pela separação judicial e, o que é pior, se ambos os pais fossem considerados culpados, os menores seriam privados da convivência diária com os mesmos, ficando na companhia de terceiros.

Com a cisão da família, ocorre o surgimento da guarda judicial, em que a guarda será deferida conforme a regra que melhor interessa para o menor,

podendo dessa forma, o magistrado seguir os seguintes rumos na sua decisão final: optar pela guarda unilateral, alternada, dividida ou nidação ou compartilhada.

A atribuição da guarda unilateral a um dos pais implica conferir-lhe o dever de cuidado direto do filho, colocando-o à frente do outro pai na obrigação de desempenhar praticamente todas as funções e deveres inerentes ao poder familiar.

Ao adotar o modelo da guarda alternada, o magistrado estará possibilitando a cada um dos cônjuges/parceiros ter a posse (guarda) do menor de forma alternada, ou seja, o casal determinará o período em que o menor ficará em cada domicílio, período este que pode ser de uma semana, um mês, um ano (...), sendo que os direitos-deveres inerentes da guarda ficarão sempre com o cônjuge que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não guardião, existindo dessa forma sempre uma alternância na guarda jurídica do menor.

A Guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um anos, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental.

No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. A jurisprudência a desabona, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

Esse modelo de guarda é altamente criticado pelos juristas, uma vez que afirmam que prejudica o menor na formação de sua personalidade, valores e padrões.

A guarda dividida ou nidação, também conhecida como aninhamento, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal e rara, por isso pouco utilizada. Nessas condições, ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometimento na vida de seus filhos.

A guarda compartilhada implica em exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar, afastando-se, portanto, a dicotomia entre guarda exclusiva, de um lado, e direito de visita, do outro. A partir dessa medida, fixa-se o domicílio do menor na residência preferencial de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar, através da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte e lazer, o que vem a descaracterizar a figura do "pai/mãe de fim-de-semana".

Cabe trazer os ensinamentos de Martorelli:

[...] Guarda Compartilhada distingue-se da Guarda Única, em que só um dos genitores decide tudo em relação aos filhos, e também da Guarda Alternada, que é aquela na qual cada um dos pais, em esquema de revezamento, detém a guarda do filho de maneira exclusiva durante determinado espaço de tempo - que pode variar uma semana, um mês, um ano etc. Nesse período, os genitores detêm a guarda, física e jurídica dos filhos.

É certo que a guarda compartilhada não elimina, por exemplo, a clássica obrigação de pagamento de pensão alimentícia a ser assumida por um dos genitores. Não obstante, ela visa essencialmente ampliar os horizontes da responsabilidade dos pais, fomentando, em verdade, uma co-responsabilidade, uma pluralidade de responsabilidades na educação do filho, enfim, uma colaboração igualitária na condução dos destinos do menor.

Analisando esse fenômeno, a Professora Maria Berenice Dias leciona:

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

Diferentemente da guarda unilateral, na guarda compartilhada, a divisão de papéis funciona de modo diverso. Na verdade, no compartilhar da guarda não há uma divisão ou distribuição de competências a cada um dos pais em separado, por determinação legal, como ocorre na guarda unilateral.

Segundo Casabona:

[...] Guarda Física Conjunta ou Compartilhada é aquela que se refere aos aspectos mais concretos da guarda e das visitas. Implica na divisão do tempo passado com a criança entre os pais. Aproxima-se da Guarda Alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempo alternados, porém, diferencia-se daquela, pois, a Guarda Legal Conjunta implica em que os guardiões legais sejam ambos os pais.

É primordial mencionar a importância da implicação dos operadores de Direito no desenvolvimento deste processo, que tem o objetivo de atuar de acordo com o melhor interesse da criança, agindo desta forma através de medidas judiciais que visem esclarecer e informar todas as questões sobre o tema, incluindo responsabilidades e direitos para os genitores.

Diante disso, o incentivo da guarda compartilhada, nessas condições, acabaria funcionando como um meio de se promover a violação ao princípio do melhor interesse do menor.

Ultimadas essas considerações, é preciso destacar que a prática da mediação se faz absolutamente necessária para um eficaz exercício da guarda compartilhada, precipuamente quando não há acordo dos pais sobre ela, cabendo a decisão ao magistrado.

DA GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI Nº. 11698/08

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra por volta de 1960, tendo se expandido para Europa e depois para o Canadá e os EUA. Na Inglaterra, pioneira na introdução do instituto, o sistema da *commom law* teve a iniciativa de romper com o tradicional deferimento da guarda única que sempre tendenciava para a figura materna, passando assim os tribunais a adotarem a conhecida *split* ordem, que significa repartir, dividir, os deveres e obrigações de ambos os cônjuges sobre seu filho.

Dessa maneira, as decisões dos tribunais ingleses passaram a beneficiar sempre o interesse do menor e a igualdade parental, abolindo definitivamente a expressão direito de visita, possibilitando assim maior contato entre pai/mãe e filho.

Tal instituto aos poucos foi ganhando repercussão na Europa, e aproximadamente no ano de 1976 foi profundamente assimilada pelo direito francês, com a mesma intenção da guarda compartilhada criada no direito inglês; ou seja; dirimir as malecias que a guarda única provoca para os cônjuges e seus filhos.

Depois de ganhar respaldo na Europa, o instituto atravessou o Oceano Atlântico até chegar ao Canadá, aonde figura com a nomenclatura de sole custody, tendo a mesma visão do direito francês; ou seja; o exercício da guarda compartilhada somente jurídica.

Assim, numa diretriz internacional, a guarda compartilhada é totalmente aceita, sendo em muitos casos a regra, e a guarda única a exceção, tendo inclusive que o magistrado fundamentar em sua decisão porque não adotou a guarda compartilhada, como ocorre nos EUA.

Em suma, deve-se ter em mente a experiência estrangeira, para adotar no Brasil, segundo suas leis e costumes, aquilo que poderá ser aplicado na legislação pátria.

A guarda compartilhada é vista um modelo que prioriza o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, posicionando-se como uma alternativa eficaz à continuidade das relações da

criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta.

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

No entender dessa corrente, tal dispositivo, ao estabelecer como regra geral a guarda compartilhada na hipótese de inexistência de acordo entre os pais (por determinação judicial, portanto), implicaria em um franco retrocesso, pois o art. 1.584, no seu *caput*, antes da alteração feita pela lei, determinava que, nesse caso, a guarda dos filhos será "atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la", o que resguardaria com mais eficiência o melhor interesse do menor.

Em resumo, seria um grave erro impor a guarda compartilhada como regra geral em não havendo acordo dos pais sobre ela, pois seria enorme o risco de frustração dessa medida nessa hipótese, motivo pelo qual deveria ser mantida a regra geral anterior, mais condizente com o princípio do melhor interesse do menor.

Com a opção do grupo que defende a guarda compartilhada jurídica, estará apenas ratificando a guarda única de uma ruptura conjugal consensual, uma vez que criança terá um lar fixo (referencial), mas o guardião de vez em quando permite que o menor fique um período no domicílio do não guardião, o que ajuda na satisfação do pagamento da pensão alimentícia, o que não é considerado ruim, pois os cônjuges ficam protegido pela lei, mas entendo ser muito pouco, uma vez que o principal prejudicado são aqueles casais em litígio.

Porém, caso a opção seja pela guarda compartilhada, seja ela somente jurídica ou jurídica/física, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união; ou seja: continuará a responsabilidade solidaria de ambos os pais, uma vez que o quadro não se alterou e dessa forma não existe a figura da imediatidade e fiscalização.

A Síndrome da Alienação Parental, também denominada Padrectomia, é um processo de manipulação ou reprogramação mental exercido pelo genitor que detém a guarda do filho, passando a influenciá-lo negativamente com o objetivo de enfraquecer ou romper os vínculos afetivos com o não-guardião, fazendo com que ele passe a ser odiado pelo filho assim programado.

Caracteriza-se quando, após a separação de um casal, aquele que fica com a guarda do filho, passa a implantar nele as chamadas falsas memórias a respeito do outro genitor, chegando muitas vezes ao ponto de acusá-lo falsamente de violência sexual. Configura-se também em situações em que o guardião passa a dizer ao filho que o outro não presta, que não gosta ou não se importa com ele.

Recentemente foi sancionada a Lei nº. 12.318 (de 26 de agosto de 2010), alterando o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que passa a considerar ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, enumerando ainda, várias formas exemplificativas de alienação parental.

O texto legal estabeleceu a ocorrência do negativo fenômeno da síndrome quando uma criança ou adolescente forem afetados psicologicamente pelos pais, avós, guardiães, tutores ou qualquer pessoa que os tenha sob sua autoridade, a fim de dificultar ou prejudicar os seus vínculos afetivos com um dos genitores.

É retomada a importância do direito da criança ou do adolescente à convivência familiar saudável, de modo que a prática de ato de alienação parental prejudica a relação afetiva desse público com o grupo familiar. Além disso, a prática de tal ato constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (Art. 3º).

Quanto à atribuição ou alteração da guarda, preconiza o Art. 7º que a

mesma “dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, não há motivos para se temer o advento da Lei nº 11.698/08, muito antes pelo contrário, o reconhecimento expresso da guarda compartilhada no ordenamento jurídico nacional vem a ampliar os esforços para a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, haja vista os seus naturais benefícios.

Nesse sentido, o risco de insucesso do uso deste instituto no caso de não existir acordo entre os pais do menor a respeito dessa medida é apenas aparente, sendo absolutamente contornável pela prévia prática da mediação interdisciplinar, conforme permitido pelo art. 1.584, § 3º, do Código Civil.

Por consequência, é salutar que o art. 1.584, § 2º, estipule a guarda compartilhada como regra geral, inclusive quando não houver acordo entre os pais do menor acerca da mesma, sendo ela aplicável “sempre que possível”, ou seja, sempre que frutífera a mediação familiar anteriormente realizada.

Não havendo sucesso na mediação, hipótese pouco provável, como vem se constatando empiricamente, é que se deve recorrer à excepcional guarda unilateral.

Compartilhar significa dividir, partilhar com alguém. Em se tratando de filho esse significado tornasse especial, com uma profundidade muito maior, pois falam-se de seres humanos, concebidos através de um ato de amor, ou não, de seus genitores.

Para alguns, a guarda compartilhada representa a melhor opção no desenvolvimento da criança, para outros não haverá suficiente entendimento entre as partes para o instituto vingar. O fato é que todos necessitam de uma família, filhos necessitam ser criados por seus pais, vivendo em harmonia e a guarda compartilhada veio como forma de poder participar da criação dos filhos, mesmo não vivendo mais como um casal.

Quanto à Lei nº. 12.318 (de 26 de agosto de 2010), percebe-se que grande inovação legislativa foi trazida para o Brasil com o advento desta, que há muito já se fazia necessária, diante da grande quantidade de casos de tal natureza que afloram no judiciário.

Dessa forma, nota-se que é importante a introdução da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, contudo é necessário que seja de uma forma planejada e bem elaborada, para não prejudique ainda mais a relação paterno/materno e filial.

Conclui-se, portanto, que quando trata-se da questão da guarda, seja ela de que tipo for, é preciso que tenha-se em mente que tal decisão deve ser utilizada como uma alternativa para proteger as crianças, tornando-as futuro adultos com condições de exercer a paternidade de maneira apropriada. Desta forma, o melhor interesse da criança, levando em consideração seu desenvolvimento psicológico e físico, deve ser o objetivo de qualquer tipo de guarda.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. **A Guarda Compartilhada**. São Paulo - SP: Pai Legal, 2002.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. - Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Projeto de Lei nº 6350 de 2002.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo - SP: Malheiros, 2004.

CAMPOS JUNIOR, Aluisio Santiago. **Direito de Família. Aspectos Didáticos**. Belo Horizonte - MG. Ed. Inédita. 1998.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo - SP: Quartier Latin, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 19. ed. São Paulo - SP: Saraiva, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em: 06 ago. 2010.

MARTORELLI, Gisele. **Guarda compartilhada: uma necessidade imperiosa**. 2004. Disponível em <http://www.martorelli.com.br/artigos/ctudo-docum-artig-guarda.html>. Acesso em: ago. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais orientadores do direito de família**. Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2006.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

VALENTE, Maria Luiza. **Síndrome da Alienação Parental: A perspectiva do serviço social**. Em: Associação de Pais e Mães Separados (org.). (2005) Síndrome de Alienação Parental. Porto Alegre - RS: Equilíbrio.

AUTORES

Élito Braz de Melo, acadêmico do curso de Direito da Fundação Educacional de Ituiutaba – FEIT, associada à Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Campus de Ituiutaba-MG.
elitobraz@hotmail.com

Marli Aparecida Oliveira Melo, acadêmica do curso de Direito da Fundação Educacional de Ituiutaba – FEIT, associada à Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Campus de Ituiutaba-MG.
mar.li.melo@hotmail.com