

GUARDA COMPARTILHADA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ASPECTOS PSICOLÓGICOS

SHARED CUSTODY: LEGAL GROUNDS AND PSYCHOLOGICAL ASPECTS

Meline Lopes Soares¹ | Caroline Buarque Leite de Oliveira²

Comunicação Social - Jornalismo



ISSN IMPRESSO 2316-672X
ISSN ELETRÔNICO 2317-1693

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo apresentar os tipos de guarda de filhos previstos na legislação brasileira, com foco na guarda compartilhada, uma vez que tem sido largamente utilizada pelos operadores do direito, já que busca pôr fim à problemática acerca da tão criticada divisão pontual da convivência cotidiana entre pais e filhos, permitindo a união dos genitores nas principais decisões da vida da criança. Essa “inovação jurídica” passou por um longo caminho de evoluções, as quais também serão objeto do presente estudo, assim como um breve apanhado da observância da legislação de outros países no ordenamento brasileiro, não obstante os avanços relativos ao novo Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio subsidiar qualquer decisão relacionada ao menor, visando sempre o seu interesse. Serão abordados, ainda, os aspectos concernentes ao lado psicológico no que tange ao resgate do vínculo parental, pois afetam principalmente crianças e adolescentes envolvidos na relação.

PALAVRAS-CHAVE

Guarda compartilhada. Tipos de guarda. Poder parental. Alienação parental.

ABSTRACT

This paper aims to present the types of child custody under Brazilian law, with a focus on shared custody, since it has been widely used by law enforcement officers, already seeking to end the problem about the much-criticized division point of coexistence daily between parents and children, allowing the union of parents in major decisions of the child's life. This “legal innovation” went through a long path of evolution, which will also be the subject of this study, as well as a brief overview of compliance with the legislation of other countries in

60 | the Brazilian, despite the advances in the new Civil Code and the Statute Children and Adolescents, which came subsidize any decision related to smallest, always seeking your interest. Will be discussed also the issues regarding the psychological side regarding the redemption of parental bonding, because primarily affect children and adolescents involved in the relationship.

KEYWORDS

Shared Custody. Types of Custody. Parental Rights. Parental Alienation.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade está em constante evolução, observa-se isso muito facilmente, seja por meio da tecnologia, seja por meio da mudança de valores. O que antigamente era imposto como padrão, condição essencial para ser reconhecido pela sociedade, hoje não existe mais.

Hoje é comum a criação monoparental dos menores – fenômeno social que vem se acentuando nas três últimas décadas, e com mais intensidade nos últimos vinte anos, sendo caracterizado quando o homem ou a mulher cria sozinho os seus filhos; além das adoções de crianças por casais homossexuais, opção ainda não consagrada pelo ordenamento, porém caminhando para esta grande evolução, vez que o Supremo Tribunal Federal aprovasse, em 2011, por unanimidade, a equiparação da união heterossexual à união homossexual.

As profundas mudanças ocorridas nas relações familiares, nos últimos anos, impactaram o ordenamento jurídico, impulsionando uma série de regulamentações normativas capazes de atender adequadamente às necessidades da sociedade contemporânea.

Busca-se destacar a importância deste relativamente novo fenômeno jurídico, positivado no Brasil em 2008, a guarda compartilhada, que já se mostra uma excelente opção para a divisão de responsabilidades em relação aos menores de casais divorciados, que pode trazer uma melhor composição dos conflitos familiares. Para investigar este modelo, dois vetores foram tomados como base: os fundamentos jurídicos que embasam as decisões – assim sendo, a guarda compartilhada sob à luz do Direito comparado, do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente – e os aspectos psicológicos que afetam os indivíduos envolvidos.

2 A GUARDA

Cuidado e vigilância. A guarda, como define o dicionário da língua portuguesa Michaelis, é o ato de proteger, de resguardar. É quando qualquer pessoa toma para si a responsabilidade por algum objeto, ou ainda, por outra pessoa¹.

E assim, também, ocorre com a guarda dos filhos, os pais, que desejam para si a responsabilidade, os mantêm sob vigilância, representando-lhes ainda em situações que não possam responder pelos seus atos, aqui no caso, em se tratando de filhos ainda relativa ou absolutamente incapazes civilmente, ou seja, sem a possibilidade de, por eles mesmos, exercerem os atos da vida civil, assim sendo, contrair direitos e obrigações.

Esse redesenho do universo familiar surge por conta de outra grande mudança na sociedade, a saber, a queda do preconceito, seja esse relacionado às mulheres que

1. MICHAELIS. Guarda. Dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=guarda>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

passaram a ser dona dos lares sozinhas – motivo que se deu pela força com que se colocaram no mercado de trabalho – seja também pela redução, ainda que tímida, do preconceito relacionado aos homossexuais, ao casamento dessas pessoas, ou ainda, a possibilidade de adoção por esse outro modelo de família, somado à facilidade com que a justiça passou a conceder os divórcios. Dados de uma pesquisa realizada em 2012 apontam que para cada três casamentos, um acaba em separação no Brasil. De cada quatro bebês nascidos no novo século, um viverá em família de pais separados antes de atingir a idade adulta², o que gera, no caso de haver filhos, maior possibilidade de relações monoparentais.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO PODER PARENTAL

O Código Civil passou quase que um século inteiro sem atualização qualquer, regendo a sociedade brasileira, principalmente nos aspectos patrimoniais, familiares e contratuais de forma completamente ultrapassada.

Um dos principais retrocessos encontrava-se justamente no aspecto familiar. Nota-se isso facilmente ao observar que, o Código Civil de 1916, no Capítulo IV, já trazia o título: do pátrio poder e em seu artigo 379 descrevia:

Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvando à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência³.

Falar em pátrio poder significa dizer que quem exerce a autoridade sobre a família é o homem, no caso, o pai. Esta reflexão merece retroagir no tempo para mostrar que a ideia de sociedade patriarcal não surgiu no século XX, longe disso, o uso do vocábulo *pater*, de onde derivou a palavra pátrio, é observado desde o direito romano, quando famílias significava conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe – o *pater familias*. Como descreve Cretella Junior, “o *pater familias* tem o *dominium in domo*, a potestas” (CRETELLA JUNIOR, 2007, p. 77).

E assim foi regida a sociedade até a entrada em vigor do Novo Código em 10 de janeiro de 2002, que finalmente buscou substituir o pátrio poder pelo poder familiar, positivando em seu artigo 1.630:

Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

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

2. GUIMARÃES, Janaina Rosa. A proteção dos filhos e o estreitamento das relações com seus genitores diante do novo conceito de família. Revista eletrônica de divulgação científica. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/47/familia-mosaico-a-protecao-dos-filhos-e-o-estreitamento-170146-1.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

3. BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 nov. 2012.

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. (BRASIL, 2002).

A lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 já trazia em seu texto a entrega da titularidade dos encargos parentais a ambos os genitores, mesmo em situação de divórcio, mas foi só com a promulgação da Constituição Federal em 1988, trazendo no artigo 226, parágrafo quinto que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988) e com a supracitada alteração do Código Civil, que o poder conjunto e com igualdade de valores conquistou maior aplicabilidade.

Esse reconhecimento, somado aos modelos de família já bastante visíveis na moderna sociedade, levaram à necessidade da previsão de outras formas de guarda dos filhos, até então não legalizadas, mas aparentemente já protegidas por lei, quando o direito positivo amplia o dever da responsabilidade para com os filhos a ambos os pais. Ainda que não positivado em nosso ordenamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) em 1967 já havia tido a oportunidade de se pronunciar em termos genéricos sobre a importância da guarda compartilhada, no seguinte julgado:

O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe. (BRASIL, 1970).

2.2 TIPOS DE GUARDA

2.2.1 GUARDA COMUM OU NATURAL

É quando os pais exercem em conjunto a guarda dos filhos. Ocorre no casamento ou união estável, quando os pais convivem diariamente entre si e com os menores, auxiliando em suas formações como pessoas (GRISARD FILHO, 2002).

2.2.2 GUARDA DE FATO

Waldyr Grisard Filho (2002, p. 74) define a guarda de fato como sendo:

Aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais e tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações à guarda desmembrada, como assistência e educação.

Em outras palavras, ocorre quando uma pessoa assume informalmente a responsabilidade de dar educação e assistência ao menor sem envolver o judiciário, não sendo sequer necessário que o responsável seja pai ou mãe, podendo ser os avós, outros parentes ou terceiros.

Nesta espécie de guarda, assim como no caso anterior, a designação do responsável pelo menor dar-se-á pelo judiciário, também, em casos de divórcio, mas a diferença está no fato de que aqui não é um dos genitores que fica incumbido desse poder; dessa responsabilidade pelo menor, e sim, um terceiro, como já bem explicita o título (GRISARD FILHO, 2002).

A lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 em seu texto, já aponta que a guarda é preferencialmente da mãe, e que não será dela se o juiz verificar que possa advir prejuízo moral para os filhos, e ainda, se verificado que não têm condições de criá-los nem um, nem outro genitor, o juiz deve entregar a guarda a uma pessoa idônea da família de qualquer dos dois (BRASIL, 1977). Importante salientar que, ainda assim, mesmo não sendo detentores da guarda, os pais não ficam desobrigados de prestarem assistência ao menor.

2.2.4 GUARDA UNILATERAL

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, é a modalidade “em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião” (PAMPLONA FILHO, GAGLIANO, 2012).

Será avaliada a questão da melhor aptidão para a criação da criança, assim como o melhor ambiente para ela se desenvolver. Como visto sempre se busca o melhor para o menor em questão. Entre os aspectos observados estão: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação. A Guarda Unilateral obriga ainda o pai ou a mãe que não a detenha, a supervisionar os interesses do menor (BRASIL, 2008).

2.2.5 GUARDA ALTERNADA

Tão óbvio quanto o título de guarda por terceiro, é este título, guarda alternada. O próprio nome sugere que há uma espécie de revezamento, uma alternância entre os genitores e conseqüentemente, entre os lares. Esta espécie de guarda não tem sido recomendada pelo judiciário, como demonstra o agravo de instrumento copiado logo abaixo, vez que parece aqui prevalecer a comodidade dos pais em face de dos filhos.

Trazendo mais clareza, os filhos passam certo intervalo de tempo com um genitor e a mesma quantidade de dias com o outro ininterruptamente, por isso, implica em exercício unilateral do poder familiar por período determinado, promovendo uma verdadeira divisão do menor, que convive, por exemplo, 15 (quinze) dias unicamente com o pai e outros 15 (quinze) dias unicamente com a mãe.

Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável, pois as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos.(BRASIL, 2000, online).

Arrebatador e definitivo à explicação é Grisard Filho (2002, p. 190) quando afirma que “não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno”.

2.2.6 ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO

É um tipo raro de guarda. É quando os pais se revezam, assim como na alternada, mas difere substancialmente pelo fato de que não são as crianças que mudam de lar, e sim os pais, procurando acabar com a problemática da ruptura de convivência abrupta, de modo a manter estável e constante pelo menos o lar em que a criança vive, para não tornar o divórcio e a diminuição de contato com os genitores, ainda, mais traumática.

É uma solução bastante onerosa e por isso pouco encontrada no país. Para efetivar, são necessárias três casas, sendo duas para a moradia dos genitores separadamente pelo novo estado civil, e outra onde residem as crianças fixamente e para onde vão os pais em período alternado de tempo para as visitas, de forma a cativar os laços afetivos gerados pela convivência (PAMPLONA FILHO, GAGLIANO, 2012).

2.2.7 GUARDA COMPARTILHADA

Guarda compartilhada seria a criação dos filhos de forma conjunta, com iguais responsabilidades e obrigações entre pai e mãe. Exclui-se a ideia de divisão por dias, alternadamente, e substitui-se pela prática da do exercício conjunto, estando ambos os genitores, aptos a passarem seu tempo com a criança quando for conveniente, estabelecendo-se para isso um consenso entre os dois. Portanto, para que o modelo funcione é imprescindível que o relacionamento entre os genitores seja bom, feito à base de um bom diálogo e com o objetivo único do bem da criança. Como bem coloca Rosângela Paiva Spagnol (2003, p. 12):

A guarda compartilha de filhos menores, é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes[...].

Fixa-se o domicílio do menor na residência preferencial de um dos genitores, mas é atribuído ao outro o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar, por meio da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho. Como alternativa aos diversos aspectos falhos dos tipos de guarda citados anteriormente, esta forma surgiu para tentar manter em condições de igualdade os laços afetivos dos genitores com os filhos, de maneira a preservar o máximo possível o relacionamento que existia enquanto os pais conviviam juntos.

Essa guarda é bastante confundida com a guarda alternada ou ainda com a guarda unilateral, mas não deveria, já que traz distinções significativas. Em relação à primeira, difere pelo fato de que não traz de maneira pré-determinada quanto tempo será destinado a cada um dos genitores, além disso, não rompe de maneira tão abrupta o contato entre pais e filhos. Em relação à segunda, esta guarda afasta a ideia de “pai de fim de semana”, quando a criança tem o contato quase que exclusivo com uma das partes e a outra parte faz apenas visitas esporádicas e combinadas previamente com o detentor da guarda.

Na guarda compartilhada, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012), “não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis

pela condução da vida dos filhos”. Ou seja, todas as responsabilidades são divididas, sejam as financeiras, sejam as relativas ao desenvolvimento e ao próprio dia a dia das crianças, sendo, por óbvio, a modalidade preferível no sistema jurídico brasileiro.

Se a responsabilidade dos pais for igual e a renda dos dois, equivalente, não há necessidade do pagamento de pensão alimentícia, pois se imagina que tudo será dividido. Já nos casos onde as rendas são discrepantes, a parte mais favorecida financeiramente não se exime da responsabilidade do custo financeiro para o desenvolvimento dos filhos (SILVA, 2008, p. 129).

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1 EVOLUÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA EM OUTROS PAÍSES

As alterações sociais e familiares que ocorreram no mundo todo, quase à mesma época, provocaram mudanças substanciais em matéria de guarda dos filhos, com o objetivo de equiparar os direitos dos genitores, bem como, efetivamente priorizar os interesses dos filhos no que tange à formação intelectual, moral e social.

A noção de guarda conjunta surgiu na Common Law do Direito inglês, com a denominação de joint custody. Estendeu-se à França e ao Canadá, firmando jurisprudência em suas províncias e espalhando-se por toda a América do Norte. O termo corresponde ao “poder familiar” do direito civil brasileiro. Assim, no Direito inglês a atribuição de custódia confere ao ser titular um conjunto de direitos que se assemelha ao poder familiar e como explica Eduardo de Oliveira Leite (1977), estes direitos incluem o poder de controlar a educação, escolher a religião e a administração da propriedade da criança.

Mas foi na França que surgiu a primeira lei sobre a guarda compartilhada, que harmonizou o Código Civil francês com a jurisprudência existente desde 1976. Chamada de Lei Malhuret, nome do então Secretário de Estado dos Direitos Humanos, editada em 22 de julho de 1987 sob o número 87.570/87, estabeleceu que a autoridade parental devesse ser exercida pelo casal a quem, divorciado ou não, compete reger e determinar os detalhes da vida cotidiana dos filhos (LEITE, 1977).

O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala. A maioria dos Estados americanos já dispõe de leis que incluem a guarda compartilhada em um leque de opções, como na Califórnia; lá a legislação traduz nítida preferência pelo novo modelo. O Estado do Colorado confere a guarda em 90 a 95% dos casos e, na Califórnia, esse número é de aproximadamente 80% (SILVA, 2008, p. 81).

Em Portugal, os tribunais já admitiam, antes mesmo de haver legislação pertinente em interpretação aos artigos 1.905 e 1.906 do Código Civil do país que discorrem em relação à separação de pessoas, bens e poder paternal em caso de divórcio, que os pais podem acordar o exercício em comum do referido poder, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do casamento (LEITE, 1997, p. 265). E foi em 1999 que o Código Civil de Portugal recebeu a emenda que privilegiou a guarda compartilhada, elevando-a à categoria de lei, para permitir a consecução dos direitos de pais e filhos à convivência mútua depois do divórcio, separação ou anulação do casamento.

O Direito Alemão, até 1992 possuía uma lei sobre guarda estipulando que a escolha deveria se basear no interesse do filho, devendo predominar a guarda unilateral. Esta regra foi considerada inconstitucional pela Corte Institucional por entender que o Estado não pode intervir quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes e estão dispostos à guarda conjunta dos filhos e quando este arranjo não se mostra prejudicial. Depois de uma sentença favorável a um genitor que invocou o direito de ter a guarda conjunta com a ou-

66 | tra parte, onde o Estado da Alemanha foi condenado a pagar 4.600 DEM⁴ em 13 de julho de 2000, ficou constatado que o interesse da criança deve ser superior, assim como o seu direito de ter acesso igual aos dois genitores (SILVA, 2008, p. 91).

No Canadá, a guarda compartilhada só é deferida se os pais optam por ela, mas os juízes orientam que esta é a forma mais benéfica aos filhos e a eles próprios, fazendo-os ver que o relacionamento entre ambos tende a melhorar pelo maior contato. A seção 16 da lei do divórcio canadense diz que o tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses.

Importante destacar nesse sentido a opinião de Eduardo Leite (1997, p. 269) em relação às decisões movimentadas nesses países:

Nos países europeus e da América do Norte há a grande inclinação dos juízes para a atribuição da guarda conjunta quando eles se convencem de que os genitores podem cooperar, mesmo que levantem algumas objeções, aparentes ou infundadas, no decorrer do processo.

Ele defende a imposição da guarda compartilhada pelos tribunais, e não, como se viu a inclinação dos tribunais analisados, de atribuí-la apenas quando do interesse e solicitação por parte dos genitores. Posição esta defendida por Ana Maria Silva (2008, p. 93):

Nas ações [...] em que não há um consenso, a sentença judicial não deve impor às partes o exercício de um direito subjetivo. Seria, na verdade, atribuir um dever que, no caso da guarda conjunta, que não possuía à época respaldo legal, ofenderia o princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Mesmo que haja regulamentação da guarda na forma compartilhada em ações litigiosas, eventual decisão procedente careceria de executoriedade.

A imposição deste instituto só o faria ser visto como tantos outros, que, por serem forçados, acabam encontrando resistência entre a maioria das pessoas que buscam burlar o sistema. Ademais, ele não teria a devida eficácia já que a sua essência seria posta de lado em detrimento de uma obrigação; o que leva os pais a optarem por esta guarda é o interesse de estar ao lado dos filhos, acompanhando seu desenvolvimento e, buscando para si essa responsabilidade, coisa que nada nem ninguém poderá impor. Somado a isso, o peso de criar os filhos se tornaria ainda mais maçante para quem não o deseja e, se o bom relacionamento entre os pais é essencial para o sucesso deste instituto, o lado que não o desejasse, se sentisse forçado, daria cabo às discussões, o que seria maléfico às crianças.

3.2 OS DISPOSITIVOS LEGAIS DO INSTITUTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 28) "o casamento cria a família legítima ou matrimonial". Podem-se citar, ainda, outras formas de família, como aquelas provenientes da união estável, já reconhecida por lei. Porém, tal instituição não se mantém inerte; sofre influencia, transformando-se juntamente com a evolução da sociedade. E uma das formas de mudança mais comum é justamente a origem de uma nova família, desta vez mais reduzida, resultante da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, por meio da separação ou divórcio.

4. Dólar Marco Alemão.

E muitas vezes, desta separação, urge a necessidade de estabelecer a proteção à pessoa dos filhos, disciplinada pelo Código Civil por meio dos artigos 1.583 a 1.590. Tais dispositivos regulam a guarda dos filhos, trazendo o novo instituto da guarda compartilhada, instituído pela lei 11.698 de 13 de junho 2008.

A despeito do assunto, estabelece o referido Código em seu artigo 1.583: "A guarda será unilateral ou compartilhada". Traz ainda em seu parágrafo primeiro o entendimento sobre o que a guarda compartilhada, denominando-a como "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". Abandona-se então a ideia de posse, e volta-se a guarda para o atendimento do melhor interesse dos filhos e dos genitores.

Em relação aos meios para se estabelecer a guarda compartilhada, dispõe o Código Civil que:

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. (BRASIL, 2008).

Pelo dispositivo ora transcrito, a guarda compartilhada pode ser solicitada por consenso entre o pai e a mãe, ou por qualquer um deles, ou ainda, decretada pelo juiz.

Nos casos em que não houver acordo sobre a guarda dos filhos, orienta-se, para que, sempre que possível, o juiz aplique a guarda compartilhada, consoante preceitua o art. 1.584 em seu parágrafo segundo: "Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada" (BRASIL, 2008).

Conforme os parágrafos antecedentes, inerentes ao art. 1.584 do Código Civil, havendo descumprimento ou inobservância de qualquer cláusula estabelecida quanto à guarda, poderá o juiz determinar a diminuição de privilégios atribuídos ao seu detentor. Destaca-se ainda, que verificando o magistrado que a guarda do filho não deva ficar com os pais, poderá o mesmo delegar a guarda à pessoa que revele melhor condições para exercê-la, observando o grau de parentesco, afinidade e afetividade.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi instituído pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, disciplina em seu art. 4º que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público 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. (BRASIL, 1990).

À luz do artigo supracitado, verifica-se que vários fatores devem ser observados, quando do estabelecimento da guarda de menores, sendo todos eles de igual grau de importância.

No que concerne ao direito à convivência familiar, o ECA prescreve em seus artigos 21 e 22, a relação do poder familiar ou parental, nova redação dada pela lei 12.010 de 2009,

68 | em substituição à expressão pátrio poder, considerando assim a relação parental em sentido mais amplo, incumbindo aos pais deveres e direitos em relação aos filhos, a saber:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 1990).

É fácil identificar a correlação dos dispositivos 22 e 23 do Estatuto com a chamada guarda compartilhada, na medida em que este atribui aos pais o dever de guarda dos filhos, possibilitando dessa forma, o compartilhamento de direitos e deveres dos genitores para com seus descendentes.

Antes mesmo de disciplinar sobre a guarda dos menores, o ECA já preceitua a ambos os pais a responsabilidade para com seus filhos, deixando claro em seu art. 24, que no caso de descumprimento ou inobservância ao art. 22, poderá haver a perda ou suspensão do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente aperfeiçoou o instituto da guarda, estabelecendo como direito fundamental a convivência familiar, disciplinando também em seu artigo 19 que: "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária".

Do artigo 33 ao 35, o ECA disciplinou sobre a guarda, fazendo-se entender que a guarda dos menores funciona como um dos atributos do poder parental, porém nele não de exaure, nem se confunde. Estabelecendo ainda, a possibilidade de guarda para terceiros, não excluindo a possibilidade de visita por parte dos pais, nem excluindo a responsabilidades desses em relação a alimentos, o instituto reforça, em seu artigo 33 que "a guarda obriga à 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).

4 ASPECTOS PSICOLÓGICOS

4.1 EFEITOS PSICOLÓGICOS DA NÃO AFETIVIDADE

Uma pesquisa encomendada pelo Departamento de Serviços Humanos e Sociais do governo dos Estados Unidos mostra que mais de um quarto das crianças americanas – aproximadamente 17 milhões – não vive com os pais. Meninas sem um pai em suas vidas têm propensão duas vezes e meia maior de engravidarem na adolescência e 53% mais possibilidades de cometerem suicídio. Meninos sem um pai em suas vidas têm 63% mais possibilidades de abandonarem a escola, duas vezes mais possibilidades de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais possibilidades de necessitarem cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento⁵.

Pela pesquisa fica nítida a dependência emocional e a influência exercida pela figura paterna no âmbito psicológico de crianças. Por mais que não se perceba de imediato, os números indicam os efeitos da ausência. É por essa constatação que hoje já há algumas

5. HHS Press Release. Children's Right's Council. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/92001-children.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

decisões do judiciário favoráveis aos filhos, tornando-os detentores do direito moral de acionar o genitor em caso de transgressão às visitas, conseqüentemente à ausência de uma das partes.

DANO MORAL – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – ABANDONO – PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE – INDENIZAÇÃO DEVIDA. Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG – AC 408.550-5 – 7ª C. Civ. - Rel. Juiz Unias Silva – DJMG 29.04.200404.29.2004).⁶

Mas, questão dificultosa e conflitante essa de citar até onde o judiciário pode cobrar que os pais estejam presentes na vida dos filhos. Como foi anteriormente citado, forçar qualquer instituto acaba por tornar maçante o processo de aproximação, influenciando no laço sentimental adquirido. Com muita sabedoria ressalta o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos (Apud SILVA, 2008, p. 130):

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social [...]. O normal e saudável desenvolvimento físico e mental da criança vai depender sempre de fatores que escapam totalmente ao controle do Judiciário. A realidade é que não se pode obrigar um pai ou uma mãe a amar o filho [...].

Longe de pacífico entendimento e consenso, importante, porém para atribuir ainda mais importância ao instituto da guarda compartilhada que busca garantir aproximação e afeto a ambos os genitores, de modo a favorecer nitidamente o desenvolvimento dos menores.

3.2 A TÊNUE SEPARAÇÃO ENTRE O MAU RELACIONAMENTO E A ALIENAÇÃO PARENTAL

Litígios pelo contato constante, discussões presenciadas ou mesmo ouvidas pelas crianças podem trazer diversas conseqüências. Certo que o casal, quando acaba o interesse em estar junto e as brigas começam, e há crianças envolvidas, melhor mesmo optar pela separação para que os menores não presenciem certas situações desconfortantes. Mas a opção pela separação por vezes não encerra os conflitos; o simples contato telefônico, ou durante as visitas eventuais, pode reacender as discordâncias sejam relacionadas ao relacionamento, sejam relacionadas ao melhor desenvolvimento das crianças.

Insultos e ofensas podem dar início ao que o mundo jurídico chama de alienação parental. Inúmeras condutas nesse sentido são relatadas pelos especialistas na caracterização da síndrome: apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe; interceptar cartas,

6. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva.

70 | e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos; desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros; recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas etc.); impedir visitação; tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro (ALEMÃO, 2012).

Passado a este estágio, os genitores não mais se importam com o mal que estão fazendo aos filhos; importa mais ver a outra parte "derrotada", se sentindo mal pela rejeição das crianças.

É preciso compreender a Síndrome da Alienação Parental como uma patologia jurídica caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda. A vítima maior é a criança ou adolescente que passa a ser também carrasco de quem ama, vivendo uma contradição de sentimentos até chegar ao rompimento do vínculo de afeto. Através da distorção da realidade (processo de morte inventada ou implantação de falsas memórias), o filho percebe um dos pais totalmente bom e perfeito (alienador) e o outro totalmente mau.⁷

A situação é tão frequentemente verificada entre os casais, que surgiu a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro publicar a lei 12.318/10 que trata especificamente da síndrome e pune o alienador, buscando o melhor interesse da criança.

Psicologicamente, de acordo com especialistas, a alienação parental é capaz de produzir diversas consequências tanto em relação ao cônjuge alienado como para o próprio alienador. Os efeitos mais dramáticos que recaem sobre os filhos são normalmente ansiedade, medo, insegurança, isolamento, depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades na escola, dupla personalidade, entre outros, sintomas que, quando não tratadas adequadamente, podem produzir sequelas capazes de perdurar para o resto da vida, pois instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe e cria imagens distorcidas das figuras paternas e maternas, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral (ALEMÃO, 2012).

5 CONCLUSÃO

Pelo presente relatado, observa-se que não há modelo pré-definido de pacificação de conflitos, ou tipo de guarda que se adeque a todos os tipos de relacionamento chegado ao fim. O papel do judiciário é de fundamental importância na decisão do melhor tipo de guarda, vez que analisará em cada caso concreto, a que mais se adequará às condições socioeconômicas e à forma como se deu o processo de separação.

Nota-se também que a guarda compartilhada foi um marco legislativo na história jurídica do Brasil, haja vista que pôs fim, ou está no caminho de pôr, às tantas críticas relacionadas aos modelos que previamente existiam, nas guarda unilateral ou na alternada. Ela permite um maior contato com ambos os genitores, ainda que com o fim do relacionamento, e não é tão "congelada" a ponto de estabelecer dias exatos ou visitas pré-determinadas, que acaba por deixar algumas consequências visíveis nas crianças.

Ainda, nota-se que, atualmente, este é o modelo mais indicado para os casais divorciados, por todas as vantagens já supracitadas exaustivamente, mas ainda é o menos aplicado pela novidade do seu conteúdo, gerando desinformação por entre a maioria, e por vezes até entre os profissionais do direito.

7. DUARTE. Marcos. Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=516>>. Acesso em: 25 set. 2012.

Como defendido por este trabalho, o importante, acima de tudo, é que haja um bom relacionamento entre as partes, que possam decidir em conjunto o melhor tipo de guarda, e que esta não seja nem de longe imposta pelo judiciário, podendo causar efeitos reversos à afetividade espontânea. E quando não haja consenso, o judiciário deve sim, mostrar o melhor caminho, munindo-os de informação e levando-os ao diálogo, preservando sempre o objetivo inerente, o melhor para o interesse das crianças.

REFERÊNCIAS

ALEMÃO, Kario Andrade de. **Síndrome da alienação parental (SAP)**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11477>. Acesso em: 1 dez. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.(1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Legislação Federal. Disponível em: < HYPERLINK "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm">. Acesso em: 21 set. 2012.

BRASIL Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008. **Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Legislação Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 21 set. 2012.

BRASIL Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil Dos Estados Unidos do Brasil**. Legislação Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 21 set. 2012.

BRASIL Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Legislação Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 21 set. 2012.

BRASIL Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário de desquite e manutenção de relações com o filho do casal**. Recurso extraordinário provido. RE 60.265 RJ. Relator: Ministro Eloy da Rocha. DJ, 01 jan. 1970. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-no-11-698-08>>. Acesso em: 18 nov. 2012

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 30. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 52. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2008, p. 3-4..

- 72 | DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=516>>. Acesso em: 25 set. 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUIMARÃES, Janaína Rosa. A proteção dos filhos e o estreitamento das relações com seus genitores diante do novo conceito de família. **Revista eletrônica de divulgação científica**. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/47/familia-mosaico-a-protecao-dos-filhos-e-o-estreitamento-170146-1.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2012.
- HENANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. KING, Maritsa Fabiane. KING, Merien Stefani. **Da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11311&revista_caderno=14>. Acesso em: 22 set. 2012.
- HHS Press Release . **Children's Right's Council**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/92001-children.htm>>. Acesso em: 15 nov.2012
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MICHAELIS. **Dicionário da língua portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=guarda>>. Acesso em: 22 nov. 2012.
- MASO, Cláudia Dal, **Mediação de Conflitos e Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<http://draclaudiadalmaso.blog.terra.com.br/2012/03/01/mediacao-de-conflitos-e-guarda-compartilhada/>>. Acesso em: 22 set. 2012.
- QUEIROZ, Adail Bessa, **Mediação x Arbitragem x Conciliação**. Disponível em: <<http://coronelbessa.blogspot.com.br/2009/02/mediacao-x-arbitragem-x-conciliacao.html>>. Acesso em: 22 set. 2012.
- NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. Rio de Janeiro: Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1994.
- SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2 ed. São Paulo: JH Mizuno, 2008.
- SPAGNOL, Rosângela Paiva. Filhos da Mãe: Uma Reflexão a Guarda Compartilhada. **Júris Síntese Millenium**, n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Recebido em: 19 de agosto de 2013
Avaliado em: 22 de agosto de 2013
Aceito em: 5 de setembro de 2013

1. Graduanda do curso de Direito da Faculdade Integrada Tiradentes (FITS). E-mail: meli-ne.soares@gmail.com
2. Graduanda do curso de Direito da Faculdade Integrada Tiradentes (FITS). E-mail: carol_buarque@hotmail.com