

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um dos ramos do direito que mais sofreu alterações nas últimas décadas devido, principalmente, à evolução do próprio entendimento social sobre os temas que o envolve. A igualdade entre irmãos, a igualdade entre homens e mulheres, a equiparação da união estável ao casamento, dentre outros, princípios foram sendo reconhecidos pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, modificando o cenário, ou seja, evoluindo.

Com uma nova configuração acerca do conceito de família, novas questões surgiram ou se modificaram. Pátrio Poder perdeu espaço para o Poder Familiar ou, mais recentemente, sob a denominação Autoridade Parental. A guarda, que em um primeiro momento só poderia ser exercida pelo pai – único titular do pátrio poder – mais tarde somente era atribuída à mãe – quando o entendimento era de que a ela cabia o zelo pelo menor, enquanto ao pai restava o provimento material e a visitação. Hoje, deve-se analisar a pertinência de responsabilização de ambos os genitores e, na impossibilidade qual deles tem melhor condição de exercê-la. É a primazia do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

É neste contexto, de igualdade entre pai e mãe na titularidade da autoridade parental, que se busca a equivalência de responsabilização, mesmo após o fim do relacionamento conjugal. É a proteção das relações de parentalidade do filho com ambos os pais, através deste novo instituto: a guarda compartilhada.

Sob esta ótica, este artigo tem o objetivo de expor as características que permeiam esta modalidade de guarda que, apesar de nova em relação à regulamentação, já era utilizada e reconhecida, não só em âmbito jurídico como por especialistas de outras áreas, tais como psicólogos e assistentes sociais, há alguns anos antes da edição da Lei 11.698/08.

O capítulo primeiro tratará do Poder Familiar (ou Autoridade Parental), da sua evolução histórica (quanto à origem e denominação), das características relacionadas ao seu exercício, bem como as formas de suspensão, destituição e extinção deste poder-dever.

O capítulo segundo se responsabilizará pelo estudo da guarda, em que se poderão encontrar os princípios constitucionais que a norteiam, os critérios utilizados pelo judiciário na determinação da guarda e também as modalidades que tenham ou não respaldo legal, com seus prós e contras.

Neste capítulo, ainda, serão brevemente analisados os principais problemas relacionados à aplicação da guarda unilateral. A questão do direito de visitas que muito confronta o verdadeiro direito, previsto constitucionalmente, que é o de convivência e, também, o reconhecimento da Síndrome da Alienação Parental e a lei que trata da matéria.

O terceiro e último capítulo comprometer-se-á em dissecar o tema da guarda conjunta. Discorrerá sobre o surgimento do instituto no direito internacional, sua evolução em âmbito nacional. Analisará a lei que o instituiu no direito brasileiro, bem como suas diferenças em relação ao modelo alternado e para encerrar apontará as vantagens e desvantagens de sua aplicação.

1. PODER FAMILIAR / AUTORIDADE PARENTAL

1.1 ORIGEM DO INSTITUTO

Os filhos, enquanto são menores de 18 anos, estão sob o poder dos pais e não podem praticar, portanto, os atos da vida civil sem que sejam representados (se absolutamente incapazes) ou assistidos (quando relativamente incapazes) por eles, na forma prevista pelo art. 1.634, V, do Novo Código Civil de 2002. Estar sob este poder significa que os filhos devem obediência e respeito aos pais ao passo que estes, em virtude da parentalidade e no interesse dos filhos, assumem o ônus de sustentá-los e dar-lhes assistência seja moral, emocional e/ou educacional.

No entanto, é com o Direito Romano que aparecem os primeiros registros, inclusive de regulamentação da matéria. A Lei das XII Tábuas ¹, mais precisamente a Tábua IV tratava do *De Iure Pátrio* (Do Pátrio Poder). Segundo dispunha, o descrito poder dava ao *pater familias*, chefe da família, papel exercido sempre por um homem, que não necessariamente era o pai, podendo ser o avô, o marido, o dono da propriedade, o direito de dispor da família como julgasse melhor, como exemplo: era legítimo o direito de matar um filho que ao nascer apresentasse alguma anomalia, ou ainda a possibilidade de vendê-lo.

Note que, portanto, a família romana seguia o modelo patriarcal, composta não apenas por pai, mãe e filhos, dentre os membros incluíam-se ainda a esposa de um filho (caso o casamento fosse *cum manus*, já que neste modelo a esposa passava a submeter-se ao *pater familias* do marido,

¹ 451-449 a.C.

ao contrário do casamento *sine manus*, no qual a mulher continuava sob o pátrio poder de origem), seus descendentes e escravos. Todos submetidos ao Pátrio Poder exercido pelo chefe daquela família.

No modelo germânico ainda era o homem quem exercia o pátrio poder sobre toda a família, no entanto, ao contrário dos moldes romanos, o chefe desta nova sociedade familiar não podia dispor da esposa e dos filhos (vender, matar). À mãe também cabia o dever de educação e cuidado, mas era tão somente o pai que exercia o dever de sustento da família.

Em relação aos filhos, o pátrio poder cessava, principalmente, quando adquiriam capacidade.

Superados os modelos romano e germânico, o instituto do pátrio poder sofreu consideráveis modificações com o passar dos tempos, mas o legislador optou por um modelo próximo ao germânico, dúplice, fixando mais deveres aos pais e não apenas “poderes”.

No ordenamento pátrio, foi o Código Civil de 1916 (o Código Beviláqua) que inaugurou a codificação do instituto. Deu ao pai a chefia da sociedade conjugal (art. 233), mas partilhou com a mãe a responsabilidade pelo exercício do Pátrio Poder, segundo o art. 380: “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher.

Foi, contudo, o Novo Código Civil, de 2002, que alterou decisivamente o instituto. Sob novas características e em meio a uma sociedade também diferente, evoluída, Pátrio Poder tornou-se Poder Familiar. Mas não mudou apenas de nome, conforme será estudado.

1.2 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

As características que envolvem o Poder Familiar podem ser extraídas do seu próprio conceito. Dentre as quais identificam-se: *múnus* público, irrenunciabilidade, inalienabilidade ou indisponibilidade, imprescritibilidade, incompatibilidade com a tutela e, por fim, a relação dúplice de poder-dever.

O caráter público do poder familiar está no fato de que o Estado tem legitimidade para intervir nas relações entre pais e filhos, caso julgue que não são cumpridos os deveres inerentes à paternidade/maternidade, ou não são supridas as necessidades primárias do menor, cujos provedores são os pais, por exemplo, a frequência escolar.

Além disto, os pais não podem renunciar ao Poder Familiar, não se trata apenas de um poder, mas um poder-dever, aos quais estão submetidos com o nascimento do filho.

Também não podem dispor deste poder e transferi-lo nem mesmo a título gratuito, de modo que seu exercício é personalíssimo, e, por isto, somente os próprios pais é que podem exercê-lo.

Imprescritível porque o poder-dever não cessa ante a inércia das partes, mas sim, como será visto, pela ocorrência de uma das causas de extinção ou destituição do poder familiar, previstas pelo código civil.

É incompatível com a tutela, pois, somente será necessária a nomeação de um tutor para a criança quando os pais estiverem impedidos de exercer o poder familiar, isto é, com a extinção, a destituição ou a suspensão da autoridade parental.

E assim, a última, mas não menos importante, a relação dúplice de poder-dever, quer dizer, o pai tem o poder de decisão sobre a vida dos filhos enquanto menores, ao passo que não contraditoriamente, têm também o dever de cuidado, sustento, educação, entre outros, para com os filhos. Que por sua vez devem obediência aos pais.

1.3 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

É dever do pai e da mãe zelar pela formação do caráter físico e psíquico de seus filhos, pois devem prover a eles todos os elementos materiais para a sua sobrevivência.

Cabe ressaltar que o descumprimento desse dever pode acarretar adequação ao tipo descrito como abandono material (segundo art. 244 do Código Penal ²), e o de abandono intelectual (artigo 246 do Código Penal ³), que é o fato de deixar de prover sem justa causa a instrução do filho menor, ambas sujeitam os pais negligentes à pena de detenção e multa.

O inciso II, privilegia a convivência familiar e resguarda à criança o direito de ser cuidado e protegido pelos pais.

Não se pode olvidar que companhia e guarda não se confundem, sendo a primeira especialização da segunda. Cabe ressaltar aqui, que com a guarda unilateral, restará prejudicada a observância deste imperativo, pois somente a um dos pais será designada a guarda e, ao outro, o

² Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1946 – com redação dada pela Lei 10.741 de 1º de Outubro de 2003.

³ Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1946.

direito de visitas, que muitas das vezes não corresponde à expectativa de uma real convivência (companhia).

Os pais devem acompanhar os atos da vida civil dos filhos até que estes atinjam a maioridade. Desta forma, estarão resguardados direitos e patrimônio que, do contrário, a inexperiência dos filhos pudessem expor ao risco de sobrevir prejuízo a ele mesmos.

O interessante é que o legislador se preocupou em dar classificação diferente entre os menores de 16 anos (absolutamente incapazes) e os que, apesar de menores de 18 anos, já passaram dos 16 anos e são, portanto, relativamente incapazes, necessária apenas a assistência.

Quando porventura, alguém ilicitamente ou ilegalmente detenha filho de outrem, a lei assegura ao pai o direito de reclamar, através da Busca e Apreensão de Menor, e recuperar o filho à sua companhia.

Por fim, é direito dos pais exigirem dos filhos obediência e educação, cabendo aos mesmos, caso o filho não o respeite discipliná-lo moderadamente.

1.4 SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão é a cessação temporária do exercício do poder familiar, não podendo nunca ser definitiva. É relativa e, por isso, só impede a manutenção da autoridade parental em relação ao filho que sofreu o ato. O tempo da suspensão deve ser determinado pelo juiz, com exceção do caso de serem os pais condenados por sentença transitada em julgado, pois aí o tempo de suspensão será o tempo da condenação.

A perda ou destituição da autoridade parental é uma forma especial de extinção do poder familiar prevista pelo art. 1.635 do CC/2002, visto que a única que não decorre de fenômeno natural à vida civil. Tem, ao contrário das outras causas de extinção, caráter punitivo. Constitui sanção mais grave do que a suspensão, pois acompanha proporcionalmente a gravidade dos fatos que lhes dão causa. Implica no afastamento do pai ao exercício do poder familiar e, em regra, é definitiva e absoluta (se fazendo valer em relação a todos os filhos), mas pode ser provisória se cessarem os motivos que geraram a perda.

O pai somente será destituído do poder familiar através de decisão judicial (art. 1.635, V, do CC/2002) decorrente de uma das causas previstas pelo art. 1.638 da Lei Civil. São elas: “I - castigar

imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

Para o civilista Carlos Alberto Bittar ⁴, o rol previsto pelo artigo é taxativo e para que os atos praticados pelos pais dêem azo à perda do poder familiar devem ser contemporâneos à decisão.

A ação, nestes casos, poderá ser proposta por um dos cônjuges, um parente ou ainda o Ministério Público.

A extinção do poder familiar é a interrupção definitiva de seu exercício, contudo, reflete apenas efeitos *pleno iures*, i.e., decorre de fatos naturais.

São hipóteses de extinção do poder familiar, conforme prevê o art. 1.635 do Código Civil: “I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioria; IV - pela adoção.”

Note que a exclusão ao inciso V foi proposital, tendo em vista tratar-se de caso de destituição, como já analisado.

Para encerrar o tema, deve-se destacar que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo, *de per se*, de fazer cessar o poder familiar, nem mesmo suspendê-lo. É o que alude o art. 23 do ECA ⁵: “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009). Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.”

2. GUARDA

2.1 NOÇÕES GERAIS

O instituto da guarda, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser encontrado em dois diplomas distintos e que, portanto, o trataram de formas diferentes. Em primeiro plano encontramos a guarda tratada pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (o Estatuto da Criança e do Adolescente –

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*, 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 228

⁵ Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

ECA) que institui a colocação do menor em família substituta, quando da perda do poder familiar (autoridade parental) pelos genitores como medida de proteção ao menor (combinação entre o artigo 101, VIII e artigos 33 a 35 do referido diploma). Por outro ângulo, o Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) dispõe sobre a guarda que decorre de separação, do divórcio ou da dissolução de união estável entre os pais do menor, de forma que a guarda, neste caso, especializará o exercício da autoridade parental (vide o tópico 1.3 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR).

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios constitucionais mais importantes, se não o mais. Conhecido como “superprincípio”, por se ramificar em tantos outros, pilar do Estado Democrático de Direito, base axiológica do novo ordenamento jurídico nascido com a Constituição Federal, em 1988, está previsto no art. 1º, III, desta Lei Maior.

O objetivo primeiro da Constituição ao prever este princípio como fundamento da ordem democrática foi despatrimonializar o Direito (especialmente o Direito de Família) e assim, privilegiar a pessoa, sob todos os aspectos, sejam eles, moral, espiritual, físico, patrimonial, enfim, garantir a todo cidadão um mínimo digno à sua existência e sobrevivência.

2.2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Princípio da Igualdade, neste contexto, pode ser subdividido em: Igualdade entre os cônjuges e Igualdade entre os filhos.

O texto constitucional prevê, no art. 5º, que todos são iguais perante a lei. No inciso I (do mesmo artigo), diz mais: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Não obstante,

no capítulo reservado à Família, no art. 226, § 5º, estipula que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Sobre a igualdade entre os filhos lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁶: “Em texto de clareza solar, estabelece a Lei Máxima que ‘os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação’ (art.227, § 6º).

2.2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A necessidade que existe do ser humano de sentir-se protegido é inerente à espécie. Desde o nascimento a criança precisa de amparo para que se ambiente com o mundo extra-uterino. Para que essa proteção aconteça da melhor maneira possível, faz-se necessário que a família esteja estruturada, que os seus entes estejam convivendo com harmonia e solidariedade familiar.

A família é considerada a base da sociedade, desta forma, as relações entre seus entes devem ser baseadas no respeito e na dignidade. O núcleo essencial da organização do Estado Brasileiro não pode mais ser entendido como uma relação de domínio, superioridade ou poder, mas exclusivamente como uma relação de considerações mútuas. Vale lembrar que o art. 226, §8º ⁷, da CRFB trata da assistência familiar prestada na pessoa Estatal como meio de coibir a violência.

2.2.4 PRINCIPIO DA AFETIVIDADE

A autoridade patriarcal foi substituída pela democracia afetiva. Nos moldes atuais de família a compreensão e o amor entre as pessoas devem sempre prevalecer.

Os sentimentos que decorrem da afetividade são os principais valores agregados à entidade familiar. Atualmente, a família é tida, principalmente, como um grupo unido pelos laços afetivos.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 45.

⁷ *In verbis*: Art. 226. § 8º - “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

O princípio em pauta não apresenta fundamento exposto no texto constitucional; é decorrente de interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E/OU DO ADOLESCENTE

O Princípio do Melhor Interesse da Criança apresenta grande evolução social, no momento em que a criança deixa de ser um objeto e passa a ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

Foi a partir do século XX que as crianças passaram a receber destaque nos dispositivos jurídicos pelo Mundo. Acompanhando o crescimento internacional do direito do menor, a Constituição Federal brasileira de 1988 apresentou em seu texto diversos dispositivos relacionados ao tema.

Posteriormente, o ordenamento jurídico pátrio aprovou, através do Decreto Legislativo nº 28, em 14 de Setembro de 1990, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989.

Com o Reconhecimento dos direitos da criança, é possível tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, tendo por base a hipossuficiência da criança, e em respeito ao Princípio da Isonomia, que consagra a igualdade perante a lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, sancionado em 1990, veio consolidar os direitos já reconhecidos constitucionalmente, e deu proteção integral às crianças e aos adolescentes.

O princípio do melhor interesse é o mais utilizado como fundamento pelos Tribunais pátrios quando o assunto envolve o desenvolvimento das crianças. Principalmente no que tange à guarda de menores.

2.3 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA

Como é sabido, o Código Civil de 1.916, assim como a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) adotava como principal critério para determinação da guarda a culpa dos cônjuges pelo fim da relação conjugal. Isto porque, privilegiava-se a sociedade matrimonial em detrimento da pessoa individualmente.

Com isso, aquele que fosse considerado culpado por dar termo ao casamento sofria também a sanção de ter automaticamente perdida a possibilidade de exercer a guarda dos filhos menores.

Neste contexto, não se falava em guarda compartilhada, assim o responsável pela titularidade da guarda era sempre apenas uma pessoa. Em regra um dos pais, quando impossível ou inadequado, um terceiro.

Com a promulgação da nova Constituição, em 1988, os parâmetros mudaram e o indivíduo passou a ser mais valorizado. Seguindo a tendência, o Código Civil de 1.916 foi revogado, substituído pelo atual, datado de 2002, que passou a privilegiar os interesses da criança e do adolescente para estabelecer a guarda, quando da separação dos pais.

A principal regra, e em cujo artigo encontra-se implicitamente protegido esse princípio (do Melhor Interesse da Criança), disciplina que restará a guarda dos filhos ao genitor que revelar “melhores condições para exercê-la” (art. 1583, § 2.º, CC/2002).

Ressalve-se que, apesar da previsão do atendimento ao melhor interesse do menor estar descrita no dispositivo legal que define a guarda unilateral, a preferência deve ser dada ao modelo de guarda compartilhada, como define expressamente o art. 1.584, § 2.º, da Lei Civilística, com redação dada pela Lei 11.698 de 13 de Junho de 2008, *in verbis*: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

Depreende-se, portanto, da leitura do referido disposto legal que, o ideal, na verdade, é que os pais estejam de acordo quanto ao exercício da guarda dos filhos menores. O que, não impedirá que o juiz analise se estão, de fato, protegidos os interesses infanto-juvenis. De modo que, se não o estiverem, poderá a decisão judicial determinar uma modalidade de guarda diferente da convencionada, consoante o caso concreto.

2.4 MODALIDADES DE GUARDA

A determinação da guarda deve ser discutida sob dois aspectos. O primeiro, a partir do momento em que se dá o fim do laço conjugal entre os pais e deve-se responder ao seguinte questionamento: o rompimento é consensual ou litigioso? Depois, é necessário identificar qual das modalidades será a mais benéfica à manutenção de um desenvolvimento saudável aos filhos do casal.

Quando a resposta ao primeiro quesito é consensual, isto é, o casal de comum acordo decidiu pela separação, então, muito provavelmente, conseguirá, através do diálogo, estabelecer a guarda que melhor atenderá às necessidades dos filhos.

Nesta hipótese, o juiz, após analisar o caso concreto, ouvido o Ministério Público, homologará a decisão. Se, no entanto, entender que os direitos dos filhos não serão atendidos pelo que convencionaram os pais, certamente, mais uma vez, o diálogo entre as partes encontrará a solução mais adequada.

O problema surge quando a separação dos consortes é litigiosa. Porque nesta situação, os ressentimentos de um para com o outro impedirão que juntos cheguem a um consenso civilizadamente. Caso em que a responsabilidade por determinar o futuro desta família caberá ao Estado (juiz).

Muito embora um instituto novo, a guarda compartilhada, tem sido a melhor das modalidades a se enquadrar no primeiro exemplo, pois é a que mais bem atende aos anseios de pais e filhos ante as mudanças enfrentadas pela família como um todo.

A dificuldade a ser combatida pelo ordenamento jurídico com o auxílio da sociedade de forma geral, neste momento, é conseguir adequar a guarda compartilhada também aos casos em que os pais não superaram os traumas do fim do relacionamento conjugal e, por isso, mantém-se em verdadeira batalha, seja pela guarda da prole, ou por qualquer outro motivo advindo com a separação, como, por exemplo, a discussão pela fixação de alimentos.

É fazê-los entender que devem necessariamente respeitar os filhos, no sentido de preservá-los do litígio que os envolve. Pois a relação marital já não tem mais o escopo de manter juntos homem e mulher se esta não for, de ambos, a própria vontade, mas a filiação, por sua vez, não é relação que se possa romper, e deste modo, imperioso que seja protegida.

Enquanto, a guarda compartilhada caminha em busca de espaço nas famílias remodeladas pela separação, as decisões judiciais vão se valendo de modalidades outras. Ou, por melhor atender ao caso concreto ou mesmo, por puro desconhecimento das peculiaridades do novo instituto, que já não é mais tão novo assim (já que a guarda compartilhada não foi criada pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, apenas admitida pelo ordenamento através dela).

2.4.1 GUARDA UNILATERAL

Como já analisado, a guarda unilateral (que no Direito anglo-saxão é conhecida como *sole custody*), era o principal, talvez o único, modelo de guarda aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro até que juristas e doutrinadores passassem a entender que pai e mãe, homem e mulher poderiam desempenhar os mesmos papéis dentro da sociedade, e/ou, principalmente, na família. Seja pelo entendimento de que somente cabia ao pai o exercício do até então chamado pátrio poder, seja mais tarde, pelo entendimento de que era a mãe a principal responsável pelos cuidados dos filhos menores enquanto ao pai cabia apenas o provimento das necessidades materiais daqueles.

Modernamente, sabemos que o modelo privilegiado pela legislação é o da guarda compartilhada. No entanto, ainda subsiste o entendimento de que é fundamental a harmonização entre os pais e que desavenças contínuas entre eles impossibilitariam o sucesso deste novo modelo de guarda.

Contudo, somente será possível a aplicação do modelo conjunto de guarda se ambos os pais estiverem interessados em exercê-la, pois caso contrário, a guarda unilateral será a única opção.

Outrossim, será necessária a adoção da guarda unilateral nos casos em que, de alguma forma, o outro genitor esteja impedido de exercê-la. Quando, por exemplo, destituído ou suspenso da autoridade parental.

Será exercida exclusivamente ⁸, de modo que o genitor guardião não precisará consultar o outro para decidir a melhor maneira de gerir os interesses menoristas. Ressalvado àquele que não possuir a guarda o direito de visita, bem como o poder-dever de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos.

É neste momento que surgem as críticas acerca deste modelo de guarda, pois o convívio limitado a curtos e pré-determinados períodos de companhia, a falta de continuidade da relação acaba por afastar pai não-guardião e filho.

2.4.1.1 DIREITO DE VISITA OU DIREITO DE CONVIVÊNCIA

O direito de visita do genitor não-guardião está protegido pelo art. 1.589 do Código Civil. A crítica à redação do artigo é quanto ao agente a que se destina a previsão legal, isto é, o pai/a mãe que não possui a guarda. Diversamente, entende a Convenção Internacional sobre os Direitos da

⁸ Idem, art. 1583, §1º, primeira parte.

Criança (ratificada pelo Brasil) que o direito à convivência com os pais é do menor e não ao contrário.⁹ Isto porque, em relação ao genitor existe um poder-dever de conviver com os filhos, consciente da responsabilidade de proteger os interesses do infante. Caso o direito de visita seja do pai (gênero), é possível entender, erroneamente, que o prejudicado com o não exercício deste direito seja apenas o genitor.

Neste contexto explica a promotora e professora Katia Maciel¹⁰ que “se para os pais a visitação é um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho, para o filho configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais, quando espontaneamente não quiserem cumpri-lo.”

Seja, enfim, direito dos pais ou do filho, ou em melhor hipótese de ambos, a verdade é que, para um ambiente familiar saudável e da mesma forma um bom desenvolvimento da criança, a convivência com ambos os genitores deve ser garantia inarredável.

O exercício deste direito deve estar regulado pelos pais através de prévio acordo, ou, na impossibilidade, por decisão judicial (art. 1.589 do CC/2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por sua vez, faz menção ao direito de convivência familiar também no art. 92, I e VIII e no art. 124, VII.¹¹ No primeiro, a intenção é a preservação do vínculo familiar, no segundo, ao contrário, a criança abrigada será desligada e a preparação para esse desligamento deve ser gradativa, no terceiro e último caso, cuida-se das hipóteses em que o adolescente é privado de liberdade, garantido, no entanto, ao menos semanalmente, o direito de receber visita.

Outra fonte normativa que regula a relação da criança com os pais nos casos de separação é o Código de Processo Civil, que contribuiu com o tema em seu art. 1.121, § 2º (Incluído pela Lei nº 11.112, de 2005) que assim dispõe: “Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.”

⁹ ONU, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989, Art. 9, 3 – Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em 03 de jun. de 2011.

¹⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et. al.* *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*, 3ª ed. 2ª tiragem Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 91.

¹¹ Vide Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios: I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar; (...) VIII - preparação gradativa para o desligamento. Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: VII - receber visitas, ao menos, semanalmente.

Desta feita, o direito de visitas, garantido ao pai não guardião, muitas das vezes não garante o direito maior, o da convivência. Tendo em vista a necessidade do convívio entre filho e pais para o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, visitas pré-determinadas, durante finais de semana, geralmente alternados, e com hora marcada para encerrar só tendem a afastar o genitor visitante da prole.

Esta situação, ao que se nota, não é o recomendável quando a intenção é proteger o melhor interesse do menor. Motivo pelo qual, mais uma vez, advoga-se pela determinação da guarda compartilhada.

Além do que o direito de convivência não se restringe aos pais.

2.4.1.1.1 DIREITO DE VISITAS DE PARENTES

Fundados no Princípio do Melhor Interesse da Criança assim como no preceito constitucional, descrito pelo art. 227, defenderam que se a manutenção da proximidade com ascendentes e/ou colaterais do pai ou da mãe fosse reconhecida salutar ao desenvolvimento do menor, deveria ser, então, salvaguardada a convivência do infante em sociedade familiar através de decisão judicial, ainda que não houvesse previsão legal.

No mesmo diapasão o CEJ (Centro de Assistência Jurídica) através do enunciado 333: "O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse."

No entanto, em 28 de março deste ano de 2011, foi sancionada a Lei 12.398, cujo único objetivo foi garantir aos avós o direito de visitar os netos.

Do contrário, se a despeito da vontade do ascendente da criança, este não for considerado o melhor para o seu desenvolvimento, então o juiz poderá restringir o direito de visitação. É o que determina o Parágrafo Único do art. 1.589 acrescido pela Lei em referência: "O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente."

2.4.1.2 UMA PATOLOGIA SOCIAL: SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A separação dos pais já é motivo, *de per si*, de grande abalo emocional para o filho. É uma situação completamente nova e que, em muitos casos, implica brigas contínuas entre aquelas pessoas que até então eram na mesma proporção o porto seguro da criança.

Quando, de outra forma, os pais conseguem deixar de lado as desavenças para pensar no melhor para o filho, a tendência é que essa separação não cause tanto prejuízo ao desenvolvimento, principalmente, psicológico do infante.

No entanto, são muito mais comuns os casos em que, com a separação (em sentido lato) litigiosa, a relação entre os pais apenas piora. E nesta seara, é que começam aparecer os primeiros indícios do fenômeno conhecido como Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Apesar de haver registros deste conceito desde a década de 40, a Síndrome da Alienação Parental (conhecida em inglês pela sigla PAS – Parental Alienation Syndrome) foi o termo proposto pelo médico e professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, já falecido, Richard Gardner, em 1985, para definir a situação em que após a separação a mãe ou o pai, na disputa pela guarda ou quando já determinada, o genitor guardião, manipula e condiciona a criança a romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao ex-consorte.

Os casos mais frequentes da Síndrome da Alienação Parental, também conhecida com "implantação de falsas memórias", estão associados a situações em que a ruptura da vida conjugal gera, em um dos genitores, uma tendência vingativa. Quando a não aceitação da nova realidade faz surgir em uma das partes o sentimento de vingança, desmoralização do ex-cônjuge. E neste processo vingativo, o filho torna-se o instrumento utilizado com a finalidade de atingir o “adversário”, i.e, o outro pai.

Neste processo, outorga-se ao genitor, cuja intenção é afastar o filho da convivência do outro, o nome de “alienante”, papel quase sempre exercido pelas mães (responsável, historicamente pelo exercício exclusivo da guarda); e ao genitor, vitimado pela prática alienadora do outro, o nome de “alienado”, que por sua vez caberá ao pai, em geral.

Os motivos que norteiam esse fato são dos mais diversos. Mas, principalmente, porque a sociedade brasileira ainda vive uma realidade em que, na formação da família, o pai mantém a função de prover a família, enquanto que a criação e educação dos filhos ficam a cargo da mãe. Assim, quando da separação do casal, a tendência é de que a mãe assuma a guarda dos filhos e o pai a pensão e o direito de visitas.

Com a guarda do filho, e a raiva que nutre pelo ex-companheiro por culpá-lo do fim do relacionamento, ela faz surgir também na criança (ou adolescente), através de atos e palavras, o

mesmo sentimento, de abandono, rancor e ódio. E aí se inicia uma guerra em que não haverá vencedor.

Esclarece a professora Maria Berenice Dias que, é neste contexto que muita das vezes, durante o período de visitas, em uma aproximação mais afetuosa com o filho, o genitor alienado dá azo a configuração de um indício de relação incestuosa. Daí o genitor alienante convence a criança da existência do fato e o filho (que nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado) é levado a repeti-lo às autoridades públicas a fim de fazer cessar as visitas do ex-companheiro. O juiz, por sua vez, diante da gravidade da situação, suspende a visitação e determina a realização de estudos sociais para averiguar a veracidade dos fatos.

Este estudo nem sempre é concluído com rapidez, o que proporciona o afastamento entre pai (gênero) e filho que, por sua vez, será de difícil recuperação. No entanto, outra consequência de prejuízos irreparáveis ao desenvolvimento do infante tanto quanto a ausência forçada do genitor não-guardião em sua vida é a do menor exposto à situação constrangedora de inúmeras entrevistas e testes na busca pela verdade.

É claro, que diante de uma acusação deste teor, não poderá o juiz simplesmente manter o regime de visitação baseado na suposta prática de alienação parental pelo genitor alienante, pois, caso seja verificado que houve de fato o abuso, os danos à criança serão muito maiores do que os decorrentes da privação de convívio com o alienado. Desta forma, a nova Lei assumiu um papel importantíssimo no sentido de reprimir esta prática, ou quando necessário, puni-la.¹²

Ressalte-se que, muito além de afrontar questões éticas, morais, e mesmo distorcer valores e o instinto de proteção dos filhos, o processo de Alienação também agride frontalmente dispositivo constitucional, vez que o artigo 227 da Carta Maior versa sobre o dever da família em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito constitucional a uma convivência

¹² *In verbis* a Lei 12.318 de 26 de Agosto de 2010. Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

familiar harmônica e comunitária, além de colocá-los a alvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹³

De mais a mais, a SAP é mais um motivo dentre os quais, tem sido defendida a determinação da guarda compartilhada, ao invés da guarda exclusiva. Pois com ela, o genitor alienante terá maior dificuldade de manipular o filho, já que ambos os pais terão sobre filho a mesma influência. Com ela o convívio é garantido, tornando a alienação quase impossível.

2.4.2 ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO

O Aninhamento ou nidação é um tipo de guarda bastante exótico em que o filho mantém-se na mesma casa, cabendo a alternância entre os pais. Isto é, os genitores revezam de tempos em tempos, através de idas e vindas, a convivência com os filhos que permanecem sempre na mesma residência.

2.4.3 GUARDA ALTERNANDA

A guarda alternada também não tem fundamentação legal, porem é mais aceita e utilizada, tendo em vista, principalmente, a confusão que muitos doutrinadores e juízes fazem com a guarda compartilhada. A diferenciação entre os modelos, no entanto, será feita em momento oportuno.

Nesta modalidade, os pais mantêm a residência fixa e são os filhos que alternam os lares, ora na casa da mãe, ora no domicílio do pai. O revezamento de residência pode-se dar em intervalos pré-determinados de ano, mês, semana ou até mesmo uma repartição organizada dia a dia. Findo o período, os papéis invertem-se.

2.4.4 GUARDA COMPARTILHADA

¹³ Vide Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010.

Apesar da previsão legal ¹⁴ deste modelo de guarda datar de 2008, a guarda compartilhada, também conhecida como guarda conjunta já era não só praticada pelos Tribunais, como estudada pela doutrina e vinha em crescente aceitação inclusive pela sociedade, mas cercada de muitas dúvidas, que ainda não cessaram por completo.

Sendo assim, a nova leitura dada ao art. 1.583, §1º, do Código Civil institui que se compreende 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.”

O compartilhamento da guarda caracteriza-se, desta maneira, primordialmente, pela manutenção da guarda jurídica ou legal ¹⁵ a ambos os pais. Isto significa dizer que, muito embora possa haver alternância de convivência entre os genitores (o que não é o mais comum na guarda conjunta) ela não é intrínseca a este modelo e não existirá, obrigatoriamente, um acerto prévio em relação aos períodos em que os menores permanecerão em companhia de um ou de outro. Assim, os pais ainda detêm a guarda mesmo o que não esteja na posse do filho. Por isso, não devem ser confundidas guarda alternada e guarda compartilhada. Em que, na primeira, o titular da guarda é alternado de tempo em tempo, ora o pai, ora a mãe, ao passo que na segunda, ambos são titulares, podendo haver ou não revezamento de lares para a criança.

De acordo, explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ¹⁶: “Na guarda conjunta, o menor terá um único domicílio, contando com a presença de ambos os genitores”

Vale ressaltar aqui, que a determinação da guarda compartilhada não encerra o dever alimentício dos pais, que na proporção de suas condições econômicas devem contribuir para prover as necessidades materiais dos filhos menores, considerando que a ilusão de que a quem cabe a guarda não cabe a prestação alimentícia e vice versa já foi superada. E esta é, como todas as outras, responsabilidade inerente à paternidade.

Outrossim, a guarda conjunta tem o condão de evitar a desresponsabilização do genitor que não permanece com a guarda e exerce apenas o direito de visitas. Pois nessas circunstâncias a tendência é que com o passar do tempo a relação entre o filho e o pai não-guardião tone-se cada vez mais impessoal e menos afetuada.

É bem verdade, que a guarda compartilhada somente poderá ser implantada com sucesso se ambos os pais estiverem dispostos a exercê-la. Veja, a necessidade não é de que os dois consentam,

¹⁴ Lei 11.698, de 13 de Junho de 2008.

¹⁵ Vide tópico 2.3 DEFINIÇÃO E CONCEITO DE GUARDA, deste trabalho.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 346.

mas de que queiram assumir a responsabilidade, pois sem o real empenho de um deles restará estabelecida a guarda unilateral.

3. GUARDA COMPARTILHADA

3.1 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO

A guarda compartilhada ou conjunta tem seus primeiros registros no ordenamento jurídico inglês por volta da década de sessenta. No entanto, coube ao sistema americano, o desenvolvimento do assunto. A *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, se preocupou, por exemplo, em criar uma comissão especial para estudar o instituto – o *Child Custody Committee*.

Foi a forma encontrada pelo direito alienígena, portanto, de superar o mal quisto sistema de visitas, em busca tão somente da manutenção sadia das relações entre filhos e pais separados, mantendo a autoridade parental de ambos os pais.

3.1.1 NO ORDENAMENTO INGLÊS

Foi pela década de sessenta que os ingleses começaram a questionar a prioridade materna para o exercício da guarda dos filhos menores. Pois data, outrossim, deste mesmo período a disputa da mulher pelo espaço no mercado de trabalho. O que desmotivava, portanto, o papel exercido exclusivamente por ela de responsabilidade pelos cuidados diários com os filhos (*care and control*), fundamento para que também os pais passassem a exercê-lo.

Neste contexto é que a prática forense inglesa dá espaço ao novo instituto de guarda, em que tanto pai quanto mãe são considerados responsáveis pelos filhos.

Diante do exposto é que se pode afirmar que foi no direito inglês que nasceu a forma compartilhada de guarda. E onde se iniciou a discussão acerca da primazia pelo interesse da criança em detrimento dos interesses dos pais.

3.1.2 NO ORDENAMENTO FRANCÊS

Na França, ao revés, o compartilhamento da guarda só teve espaço, na década de setenta, a partir de 1976, mais precisamente.

Com a alteração do Código Civil francês, através da Lei 87.570, de 22 de Julho de 1987, conhecida como Lei Malhuret ¹⁷, é que o ordenamento jurídico francês passou a prever legalmente a forma compartilhada de guarda que até então era notória somente nas jurisprudências.

Seguia-se o entendimento de que estando em acordo os pais, o juiz poderia fixar a guarda compartilhada, caso contrário a guarda era determinada exclusiva a um dos genitores, ressalvado o direito de visitas ao não-guardião.

3.1.3 NO ORDENAMENTO CANADENSE

A adoção desta modalidade de guarda pelo direito canadense, em meados dos anos setenta, baseou-se na idéia de que com a separação dos pais, deve-se buscar a menor alteração possível na vida do menor. E o compartilhamento da guarda permite a melhor obtenção deste objetivo, pois mantém a criança ou adolescente sob a autoridade parental de ambos os pais, como quando moravam todos juntos.

Todavia, em concordância com o ordenamento jurídico francês, passou a adotar esse modelo de guarda somente nos casos em que houvesse, entre os genitores, acordo em exercer a guarda conjuntamente. E por isso, a guarda unilateral ainda era a regra, enquanto a guarda compartilhada era a exceção.

¹⁷ Claude Malhuret foi Secretário de Estado Adjunto do Primeiro-Ministro, responsável por Direitos Humanos, de Março de 1986 a Maio de 1988. Fonte: http://fr.wikipedia.org/wiki/Claude_Malhuret.

Atualmente, a preocupação é não permitir que o sentimento de perda atinja os envolvidos (pai, mãe e/ou filhos) pela separação. E, por este motivo, o Estado canadense tem incentivado o exercício compartilhado da guarda.

3.1.4 NO ORDENAMENTO AMERICANO

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida e pesquisada pela *American Bar Association* - ABA – que criou um comitê especial para desenvolver os estudos referentes à guarda de menores – o *Child Custody Committee*.

A maioria dos estados norte-americanos adotou como regra o estabelecimento do modelo compartilhado de guarda dos filhos. Neste viés, a decisão que determinar a aplicação da guarda exclusiva a um dos pais deverá ser muito bem fundamentada para se fazer valer.

Em muitos casos inclusive, como no estado de Nova Jersey, a guarda compartilhada é aplicada obrigatoriamente, independente do consenso entre os pais. Isto porque, o interesse privilegiado é o do menor, de manter intacto o relacionamento com ambos os pais, mesmo após a separação.

3.2 EVOLUÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Data de 1967 o julgado do STF que já naquela época se preocupou em tutelar os interesses infante-juvenis, quanto à manutenção das relações com ambos os pais, sadia ao seu desenvolvimento. Através de recurso extraordinário, em análise de ação sobre desquite e a manutenção da relação com o filho do casal, o julgador ao invés de limitar-se as divergências entre pai e mãe e regular a visita, este preocupou-se em propiciar a manutenção da relação dos pais com os filhos.

Não se falava ainda, no entanto, em guarda compartilhada, que começou a ser proposta pelos Tribunais aos casais que se separavam consensualmente e que desejam não aumentar o sofrimento dos filhos com a determinação de regime de guarda exclusiva para um e visitas para o outro.

Com o tempo, o instituto foi ganhando força, não só nos julgados, mas na sociedade, de forma geral, sendo admitido timidamente por parte da doutrina.

O Projeto de Lei 6.350 de 2002, proposto pelo deputado Tilden Santiago foi aprovado e, sancionado, deu luz à Lei 11.698, em 13 de agosto de 2008. Institui a partir de então a guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio e mais, tornou este modelo de guarda preferencial em relação ao molde unilateral.

3.3 DEFINIÇÃO E CONCEITO DA GUARDA COMPARTILHADA

Cediço que a guarda compartilhada ou conjunta não nasceu com a lei que hoje lhe dá respaldo. E, por isso, muitas obras doutrinárias já tentaram defini-la. Algumas sem sucesso, por certo que em razão da falta de conhecimento, tendo em vista que mesmo os aplicadores confundiam-na com a guarda alternada ou com a livre visitação (na guarda unilateral).

Ainda hoje, após a edição da Lei 11.698/08, há quem não a aplique corretamente, ou não a descreva com suas reais nuances. No entanto, com calma o instituto vem ganhando forças e desmentindo os mitos que o envolvem.

O art. 1.583, §1º define a guarda compartilhada 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.”

Isto significa dizer que, determinada a guarda compartilhada, ambos os pais continuam responsáveis pelos filhos na mesma medida em que o eram antes da desunião do casal.

3.4 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

É certo que as vantagens da aplicação da guarda compartilhada sobressaem às desvantagens. Contudo, uma não exclui a outra, motivo pelo qual também as desvantagens devem ser analisadas, para deixar claro que há casos em que a guarda conjunta não será a melhor opção.

Dentre as desvantagens de se aplicar a guarda compartilhada, talvez a mais notória, encontra-se nas hipóteses em que um dos genitores causa na criança ou no adolescente um sentimento de medo ou de insegurança, devido, quase sempre, a cenários de violência doméstica, seja contra o outro cônjuge e/ou contra os filhos (circunstância em que o mais correto seria destituir o genitor violento do exercício da autoridade parental).

Alguns doutrinadores temem, outrossim, o compartilhamento da guarda sob o fundamento de que é impossível a implantação deste modelo às famílias cuja separação ainda amarga o fel das desavenças conjugais, pois, segundo argumentam, se os ex-consortes não se entendem será ao menos difícil que juntos decidam os rumos que darão às vidas dos filhos menores.

De fato, o essencial é que os pais tenham maturidade para conseguir distinguir que não é preciso “ser amigo” ou quem sabe “perdoar” o ex-cônjuge para manter com ele uma relação ao menos razoável ante as decisões que deverão tomar sobre a vida do filho. É necessário que consigam separar a relação que tem com o ex-companheiro (que pode ou não ser saudável) da relação que devem ter com o outro genitor dos filhos. É claro, que a linha que separa as situações é tênue, quase imperceptível.

No entanto, o raciocínio deve ser guiado pelo objetivo de proteger a relação de filiação, a parentalidade com ambos os pais. E nesta toada, a guarda exercida exclusivamente por um dos genitores tende somente a aumentar a litigiosidade entre o casal e, por conseguinte, o afastamento da criança ou do adolescente de um dos pais, já que se retoma o velho problema das visitas pré-programadas e com hora para acabar.

Advogam até mesmo que, para amenizar a situação de conflito, deve-se dar a guarda ao genitor que menos obste a relação do filho com o outro. A dificuldade, contudo, é conseguir identificar qual dos pais em conflito, consegue ter discernimento suficiente para não privar o filho de conviver com o outro genitor.

Outra defesa dos que rejeitam a adoção da guarda compartilhada é de que a distância (quando muita) entre as residências dos pais obstaculizaria o bom exercício da guarda. Argumento que também se dissipa facilmente sob a alegação de que no mundo moderno com meios de comunicação tão avançados e de baixo custo é quase absurdo falar em dificuldade de acompanhamento. Além do que, a distância seria mais um motivo para determinação da guarda conjunta, tendo em vista que é uma forma de dirimir a impossibilidade de convivência

cotidiana e manter o pai que não se encontra por perto no exercício pleno da autoridade parental, mantendo as responsabilidades inerentes à filiação.

3.5 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A principal característica da guarda compartilhada é manter os genitores do menor na mesma proporção de responsabilidade que já exerciam antes do fim do relacionamento conjugal.

E a manutenção do elo de afetividade e da relação de parentalidade entre filho e ambos os pais é a maior vantagem do instituto, tendo em vista que a sensação de perda e talvez até de abandono que normalmente aflige crianças e adolescentes, filhos de pais recentemente separados, é dirimida pelo compartilhamento da guarda entre os genitores.

Conclui Waldyr Grisard Filho ¹⁸ que: "A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles".

No mais, é possível reconhecer nas desvantagens do modelo unilateral de determinação da guarda as mais nítidas vantagens do modelo contrário: o da guarda compartilhada.

Como analisado, a Síndrome da Alienação Parental encontra terreno propício para se desenvolver quando a guarda é exclusivamente exercida por um dos genitores e ao pai não-guardião cabe apenas o direito de visitas.

Direito de visitas esse que, de acordo com o observado não garante o verdadeiro direito, o de convivência. Já que acontecem em datas e horários pré-determinados, dissolvendo aos poucos a relação entre esse pai e o filho.

CONCLUSÃO

Com a edição da Lei do Divórcio, em 1977, e a equiparação da união estável ao casamento, tem-se aumentado cada vez mais o número de separações, de dissolução dos laços maritais. Somado ao fato de que as mulheres buscam seu espaço no mercado de trabalho e os homens a partilha pelas responsabilidades referentes à filiação, este fenômeno contribuiu para que o direito de família repensasse questões como a da determinação da guarda, com o objetivo de manter a autoridade parental, sob todos os seus aspectos, repartida igualitariamente entre os genitores.

¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 172

Nesta seara, surgiu a possibilidade de se compartilhar a guarda entre os pais, mantendo-os no exercício efetivo do poder parental que desta forma já o exerciam enquanto casados ou unidos.

Pelo que foi descrito, observa-se que, ou pelo desconhecimento do instituto e suas nuances ou pela confusão com o modelo alternado de guarda, muitos Tribunais ainda optam pela modalidade unilateral, entregando a apenas um dos pais (geralmente a mãe) a guarda dos filhos menores.

No entanto, há de se esclarecer que a guarda única dificulta em muitos casos a continuidade das relações entre pais e filhos, tendo em vista a questão do direito de visitas que não garante o direito à convivência. Além do que, dá azo ao surgimento de problemas ainda maiores como o desenvolvimento da Síndrome da Alienação Parental, que como explicado poderia ser evitado com o compartilhamento da guarda.

Neste diapasão é que a Lei 11.698/08 instituiu que, principalmente nas hipóteses em que não houver acordo entre os pais em relação ao exercício da guarda, esta deverá ser então compartilhada, por ambos, garantido o melhor interesse dos menores envolvidos.

Dissipou-se, portanto, a idéia de que para estabelecer a guarda conjunta os pais devem manter uma relação saudável entre si. Afinal, este pressuposto tornava não só praticamente impossível a instituição da guarda compartilhada como deixava de observar que é quando há entre os genitores desavenças resultantes do fim do relacionamento conjugal que se faz necessário o compartilhamento da guarda – para que o filho não seja usado como arma neste combate.

Enfim, analisadas as vantagens e desvantagens da guarda conjunta é possível afirmar que raríssimos são os casos em que esta modalidade não é a melhor opção. Mas sem deixar de observar que cada caso é único e todos merecem ser analisados a fundo para que seja, de fato, garantida a proteção ao Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Eduardo Teixeira

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Estela dos Santos e TEIXEIRA, José Carlos de Abreu. *Apresentação de Trabalhos Monográficos de Conclusão de Curso*. 9ª ed. rev. Niterói: EDUFF, 2007.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Comentários à lei da alienação parental (Lei nº 12.318/2010)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17351>. Acesso em: 15 mai 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12592>. Acesso em: 1 jun. 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*, 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRITO, Leila, et AL. *Direito de Família e Psicanálise Rumo a uma Nova Epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago. 2003.

CHAVES, Marianna. *Melhor Interesse da Criança para Atribuição da Guarda Unilateral à Luz dos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2716, 8 dez 2010. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17985>. Acesso em: 23 mai 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8690>. Acesso em: 2 jun. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

FÜCHTER, Alessandra. *A Aplicabilidade do Instituto da Guarda Compartilhada*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/23275261/guarda-compartilhada#page=35>. 2008. Acesso em: 20 jun 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 6º Volume. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOBBI, Shaienne Mattar. *Plausibilidade da Guarda Compartilhada face ao Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Vila Velha, 2003. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81010-plausibilidade.htm>>. Acesso em: 10 mai 2011

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara, et. al. *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et. al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*, 3ª ed. 2ª tiragem Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo Código Civil Brasileiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

NAZARETH, Eliana Riberti et. al. *A Ética da Convivência Familiar: Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ONU, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em 03 de jun. de 2011.

PENA JÚNIOR, Moacir Cesar. *Direitos das Pessoas e das Famílias Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Leonardo. *O Instituto Da Guarda*. Web Artigos. 6 nov. 2007. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/2597/1/O-Instituto-Da-Guarda/pagina1.html>. Acesso em 10 jun. 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. Volume 6, 28ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família Brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8468>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 17, ano 5, jan/mar 2004, Ed. Padma, pags. 33-49.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fra_pt.htm> Acesso em: 30 mai. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. Volume 6, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.