

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO

LAURA NATALY DA SILVEIRA BARBOSA SOARES

GUARDA COMPARTILHADA:
Instrumento legal na busca da convivência familiar.
LEI Nº 11.698/2008

NATAL/RN
2010

LAURA NATALY DA SILVEIRA BARBOSA SOARES

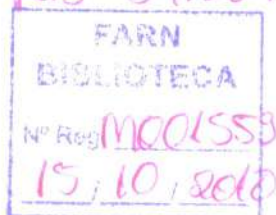
GUARDA COMPARTILHADA:
Instrumento legal na busca da convivência familiar.
LEI Nº 11.698/2008

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Orientadora: Maria Danielle Simões Veras Ribeiro.

NATAL/RN
2010

RB-34.167



Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN

Setor de Processos Técnicos

Soares, Laura Nataly da Silveira Barbosa

Guarda Compartilhada: instrumento legal na busca da convivência familiar. Lei N° 11.698/2008 / Laura Nataly da Silveira Barbosa Soares. – Natal: FARN, 2010.

65 f.

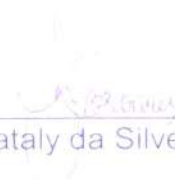
Orientadora: Maria Danielle Simões Veras Ribeiro (especialista)
Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Guarda Compartilhada – Monografia. 2. Separação Conjugal – Monografia. 3. Convivência Familiar – Monografia. I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 347.635

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN, intitulada Guarda Compartilhada: Instrumento legal na busca da convivência familiar- Lei Nº. 11.698/2008.



Laura Nataly da Silveira Barbosa Soares

Profª. Esp. Maria Danielle Simões Veras Ribeiro
Orientadora

Profª. Ana Mônica Medeiros Ferreira
Examinadora Titular

Profº. Walber Cunha Lima
Examinador Titular

Prof. Walber Cunha Lima
Coordenador do Curso

Como uma justa homenagem, dedico este trabalho à minha mãe, Débora Barreto, que com suas orações sempre me protegeu, ao meu esposo, Paulo Soares, meu grande amor, meu amparo constante, que mesmo contrário a minha tese soube prestar-me incentivo naquelas ocasiões em que as dificuldades encontradas durante a realização desse trabalho causaram-me desânimo e aos meus enteados, Victor e Ingrid Soares que, de forma indireta, através do seu modelo de guarda, colaboraram no despertar do meu interesse acerca do tema em referência, contribuindo para um sólido aprendizado sobre o assunto.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois sem Ele nada sou.

À minha família e amigos que me incentivaram e souberam compreender minha ausência em momentos importantes de suas vidas.

À minha orientadora, a Promotora de Justiça Maria Danielle Simões Veras Ribeiro, minha eterna gratidão pela disponibilidade, mesmo no período em que mais precisou de repouso – sua gestação.

À bibliotecária Sr^a. Lourdes Teixeira, pela disponibilidade e competência, meus agradecimentos pela valorosa orientação durante a fase de adequação deste trabalho às normas técnicas da ABNT.

À FARN, por proporcionar incentivo aos seus alunos na Iniciação Científica, nos preparando para este momento.

Enfim, a todos os professores e amigos que direta ou indiretamente me auxiliaram na concretização desta jornada.

Obrigada.

"A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito,
e na outra, a espada de que se serve para o defender.
A espada sem a balança é a força brutal;
a balança sem a espada é a impotência do direito".

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente trabalho destina-se a questão envolvendo guarda dos filhos após a separação do casal, pois, acredita-se, que as crianças são as maiores sofredoras desta situação, por não terem estrutura emocional para compreender os acontecimentos.

Analisa-se a guarda compartilhada como instrumento mais viável na preservação da convivência familiar, pois com o crescente número de separações conjugais, pais e filhos sofrem com o distanciamento que esse evento acarreta. Analisaremos as espécies de guarda de filhos menores, ressaltando pontos positivos e negativos da conjugalidade, destacando-se a importância da mediação familiar nos conflitos relacionados à família. Pretende-se demonstrar que, na prática, o modelo tradicional de guarda única, tem, em regra, violado a efetivação do princípio do melhor interesse dos filhos menores, enfraquecendo o exercício do poder familiar pelos ex-cônjuges e companheiros. Em contrapartida, a guarda compartilhada pode ser um meio de atenuar os efeitos negativos produzidos pela ruptura conjugal, pois, mantém o casal parental unido e no pleno exercício do poder familiar após a separação. Entende-se que a adoção do sistema da guarda compartilhada proporciona aos pais a possibilidade de participarem de forma ativa e equilibrada na educação e formação do menor que, por sua vez, se beneficiará da convivência familiar de ambos os genitores, indispensáveis para o seu desenvolvimento saudável.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada. Separações Conjugais. Melhor interesse dos filhos menores. Convivência Familiar. Mediação familiar.

ABSTRACT

This work is intended to issue involving custody of children after separation of the couple, because it is believed that children are the greatest sufferers of this situation by not having emotional structure to understand events.

Analyze the custody as the most viable instrument in the preservation of family life, because with the growing number of marital separations, parents and children suffer the distance that this event entails. We will review the species of custody of minor children, highlighting strengths and weaknesses of conjugal, highlighting the importance of family mediation in conflicts in the family. We intend to demonstrate that, in practice, the traditional model of sole custody, has, as a rule, violated the realization of the principle of best interests of minor children, undermining the pursuit of family power by ex-spouses and companions. In contrast, shared custody may be a means of mitigating the negative effects produced by marital disruption, thus maintaining the parental couple united and in full exercise of family after separation. It is understood that the adoption of the system of custody gives parents the opportunity to participate in an active and balanced education and training of the child which, in turn, will benefit the family life of both parents, which are essential for their development healthy.

KEYWORDS: Shared Guard. Marital separations. Best interest of minor children. Familial coexistence. Family mediation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PODER FAMILIAR	12
2.1 DA SUSPENSÃO DO PODERFAMILIAR	14
2.2 DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	15
3 GUARDA DE FILHOS MENORES	17
3.1 DOS DIVERSOS TIPOS DE GUARDA	19
3.2 GUARDA COMUM	20
3.3 GUARDA DESMEMBRADA DELEGADA	20
3.4 GUARDA ORIGINÁRIA	20
3.5 GUARDA DERIVADA	21
3.6 GUARDA DE FATO	21
3.7 GUARDA PROVISÓRIA	21
3.8 GUARDA DEFINITIVA	21
3.9 GUARDA ÚNICA	22
3.10 GUARDA ALTERNADA	24
3.10.1 Vantagens	25
3.10.2 Desvantagens	25
3.11 GUARDA COMPARTILHADA OU CONJUNTA	25
3.11.1 Vantagens	27
3.11.2 Desvantagens	28
3.12 ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO	28
4 GUARDA COMPARTILHADA – LEI 11.698/2008	30
4.1 NO CONSENSO	33
4.2 NO LITÍGIO	34
4.3 RESIDÊNCIA PRINCIPAL	35
4.4 DO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA	35
4.5 DESCUMPRIMENTO	36
4.6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO GUARDIÃO	40
4.7 PROJETO DE LEI Nº 5.115/09	42
5 ALIENAÇÃO PARENTAL	43
6 MEDIAÇÃO FAMILIAR	45
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47

REFERÊNCIAS	49
ANEXOS	
A - LEI N. 11. 698 DE 13 DE JUNHO DE 2008	53
B - PROJETO DE LEI Nº 4.053, DE 2008	55
C - PROJETO DE LEI Nº 5.515, DE 2009	64

1 INTRODUÇÃO

Inquestionável são as mudanças sociais e em decorrência dessas, a família. Como núcleo principal da sociedade, a família é atingida por diversas modificações, devendo se resguardar, buscando no direito o amparo legal.

Dentro do tema apresentado, a preocupação da evolução contínua dessas mudanças gira em torno da guarda e criação dos filhos, buscando, assim, que estes tenham sua vida e convivência com ambos os pais asseguradas.

A questão da guarda dos filhos menores sempre foi ponto de imensa preocupação dos envolvidos nessa área, por se tratar diretamente do futuro da criança e adolescente em desenvolvimento.

Foi com esta preocupação que houve a inserção da Lei nº 11.698/2008 que nos agraciou com a Guarda Compartilhada. Com essa nova legislação, a questão da convivência paterno-filial será mais justa, deixando assim de priorizar a guarda unilateral, onde somente um dos pais possui a convivência diária com o filho, cabendo ao outro somente a fiscalização e a visitação.

Apesar do novo modelo de guarda já estar em vigor e ser defendida pela maioria dos profissionais da área, os genitores não estão fazendo o seu uso por não compreender como funciona este novo modelo de co-responsabilidade, devendo os profissionais envolvidos em cada caso, orientar os interessados, explicando sua importância, as vantagens na vida dos filhos menores em desenvolvimento e, com isso, necessitados da presença de ambos os pais.

A monografia desenvolvida busca a compreensão do que venha ser o poder familiar de ambos os pais sobre seus filhos, o entendimento das diversas espécies de guarda que preenchem o ordenamento jurídico brasileiro e o melhor meio de dar continuidade na criação e educação dos filhos após o rompimento do casamento ou da união estável de seus genitores, qual seja, a guarda compartilhada.

2 PODER FAMILIAR

Originou-se no direito romano o chamado "Pátrio Poder". Este era exercido pelo "cabeça" da família que usava de ordens imperiosas, em autoridade extremamente severa, definindo, inclusive, sobre a vida e a morte do filho, podendo com isso vendê-lo, impor-lhe castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhe a vida.

No direito germânico, o poder exercido pela figura paterna não era tão rígido quanto no direito romano, residindo o ponto marcante dessa diferença no caráter dúplice decorrente da evolução do instituto no ordenamento jurídico alemão, onde, tanto o pai quanto a mãe podiam exercer o dever de criar e educar os filhos, só sendo cessada essa autoridade em decorrência da capacidade do descendente.

O fim deste tipo de pátrio poder se deu com a inserção do Cristianismo. Foi em decorrência dessa influência que este passou a se constituir como um conjunto de deveres, com caráter eminentemente protetivo, sendo inserido na esfera do direito público, onde o Estado passou a assegurar a proteção da geração futura.

A Constituição Federal de 1988, através do princípio da igualdade, colocou mãe e pai em posição equivalente no exercício deste pátrio poder, sejam eles casados ou não, o que foi consolidado através do surgimento do Código Civil de 2002 o qual, inclusive, alterou a denominação para poder familiar diante da ocorrência de responsabilidade compartilhada dos pais na criação e educação dos filhos, uma vez que ambos os genitores devem contribuir para o bom desenvolvimento da família.

Com o avanço das mudanças sociais, foram sendo criados novos paradigmas, novas culturas, onde o ser humano passou a se preocupar mais com os problemas sociais, e com a proteção dos filhos menores. Dessa forma, a família foi ganhando nova postura, em que o pai já não era tido mais como aquele senhoril detentor exclusivo do poder de decisão sob sua esposa e filhos, mas sim como um dos genitores responsáveis pelo acompanhamento e decisão da vida dos filhos, devendo ser estes descendentes reconhecidos também como sujeitos de direitos e não como objetos.

Hoje, o poder familiar consiste em normas legais, onde os pais são responsáveis pela criação, educação, proteção e administração dos bens dos filhos.

enquanto forem menores de idade. Logo, podemos entender o poder familiar como direitos e deveres dos pais em relação à pessoa do filho.

Nessa nova concepção de família, o nobre doutrinador Gonçalves (2009, p.374), em sua obra *Direito de família*, nos ensina: "O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

No mesmo sentido Gomes, citado por Diniz (2008, p. 539), aduz:

Constitui um *mínus* público. Isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo.

Prosseguindo, Dias (2005, p. 381), com muita propriedade defende que o poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil em 24/09/90, ingressou no ordenamento pátrio pelo Decreto nº. 99.710/90 que: "A criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal, tanto antes quanto após o seu nascimento" (BRASIL, 1990).

Cessada a menoridade, que, segundo o Código Civil brasileiro em seu artigo 5º é aos 18 anos, o jovem fica habilitado a todos os atos da vida civil, extinguindo-se assim, o poder familiar, ou seja, os filhos enquanto são menores de 18 anos estão sob o poder dos pais e não podem praticar atos da vida civil sem que eles os autorizem. O termo estar sob o poder, significa que os filhos devem obediência e respeito aos pais e estes tem o dever de sustentá-los e prestar-lhes assistência moral, emocional e educacional.

Nota-se que, com o poder familiar, termo adotado pela nova legislação civil, não se destina apenas no "poder" propriamente dito, mas, no dever que os pais, conjuntamente possuem, na criação e educação dos filhos menores.

O Código Civil de 1916 denominava este poder como 'pátrio poder', que nos dava o entendimento de que cabia somente ao pai o seu exercício, mas conforme já mencionado, com o advento do Código Civil de 2002, essa denominação foi substituída pelo termo 'poder familiar', já que o poder é exercido de

igual modo entre os genitores. Assim vejamos o que nos diz o artigo 1.634 do Código Civil de 2002 e seus incisos, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (NEGRÃO, GOUVÊA, 2008, p.459).

Não é somente o Código civil que disciplina acerca do assunto, como nos auxilia Dias (2005, p.385), em sua obra intitulada Manual de Direito das famílias, mas também, podemos contar com o auxílio do ECA – Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, ao tratar do direito à convivência familiar e comunitária nos artigos 21 a 24 e sobre a perda e suspensão do poder familiar, nos artigos 155 a 163. Devido sua autonomia e especialidade, as regras do ECA possuem prevalência, ainda que anterior ao Código Civil de 2002.

A moderna doutrina enxerga o poder familiar não mais na égide do princípio da autoridade, mas sim, como um instituto protetivo da criança, do adolescente e da família.

2.1 DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar caracteriza-se pela irrenunciabilidade e indelegabilidade dos pais em relação à criação dos filhos menores.

Trata-se de um *munus* público, sujeito, portanto, à fiscalização do Estado. Em havendo alguma transgressão do exercício do poder familiar por parte de quaisquer dos genitores, tem-se a necessidade de privação desse exercício, temporariamente, nomeando-se um curador ao menor, até que a situação dos pais

se resolva. Com isso dá-se a suspensão do poder familiar que se encontra respaldado no atual Código Civil em seu artigo 1.637, *in verbis*:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (NEGRÃO GOUVEA, 2008, 460)

Por suspensão entendemos, portanto, procedimento menos gravoso que, quando o pai ou a mãe abusar da sua autoridade, vindo a não cumprir com seus deveres ou dissipando os bens dos filhos, poderá o juiz, a requerimento de algum parente ou do representante do Ministério Público, adotar uma medida que lhe pareça mais adequada, podendo, inclusive, suspender o poder familiar.

A suspensão poderá ocorrer também quando o pai ou a mãe for condenado em juízo criminal por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, conforme o Código Civil vigente em seu artigo 1.637 parágrafo único.

Ao constatar que a causa que motivou a suspensão foi sanada, o poder em relação à criação e educação dos filhos menores lhe é restituído.

Vejamos uma decisão sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. INAPTIDÃO DO GENITOR PARA ATENDER AS NECESSIDADES BÁSICAS DAS FILHAS MENORES. OMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. Comprovado o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, ante a conduta negligente do genitor para com as filhas menores, deixando de promover a necessária higiene pessoal das infantes, bem como descuidando da frequência e acompanhamento escolar, resta configurada situação de risco autorizadora da suspensão do poder familiar. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70029624053. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 12/08/2009) (BRASIL 2009).

2.2 DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Assim como há motivos que ensejam a suspensão, há também causas que levam a destituição, perda ou extinção desse poder familiar, ou seja, a sua

interrupção definitiva, conforme dispõe o artigo 1.638 do Código Civil, assim vejamos:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

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. (NEGRÃO GOUVEA, 2008, 160-161)

Notamos, através do referido artigo, que os motivos que provocam a extinção do poder familiar, estão relacionados a fatos extremamente graves que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho menor.

Neste sentido, vejamos jurisprudência a cerca deste tema:

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Impõe-se a destituição do poder familiar do pai biológico quando evidenciada a ocorrência de violência sexual em relação à filha adolescente. MEDIDA APLICÁVEL AO ABUSADOR. Embora tenha sido o genitor destituído do poder familiar, revela-se adequada a aplicação da medida prevista no art. 129, III, ECA, consistente no tratamento psicológico do abusador, para o fim de evitar novas ocorrências. Negado provimento e aplicada, de ofício, a medida prevista no art. 129, I, ECA, a apelante. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70009540543, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 06/10/2004) (NLPM) (BRASIL, 2004).

Devido ao exercício do poder familiar bem como as suas alterações é que surgiu uma grande preocupação da fixação da guarda e demais formas de entidades familiares.

3 GUARDA DE FILHOS MENORES

A separação dos pais ou a dissolução da entidade familiar sempre foi motivo de muito sofrimento para a família, em especial para os filhos. Com esse acontecimento, os filhos são obrigados a reduzir o período de convivência com os pais e isso leva a definição de quem ficará com a sua guarda.

A guarda é um atributo do poder familiar, onde ambos os genitores possuem direitos e deveres em relação a pessoa dos filhos menores, em igualdade de condições, não se alterando com o advento da ruptura do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

O instituto da guarda, amparado pelo Código Civil em seus artigos 1583 a 1590, visa justamente diminuir o abismo entre os dois polos do poder familiar com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos e deveres de pais e filhos na relação assistencial, assegurando ao menor um desenvolvimento saudável, correto e efetivo.

Diniz, citado por Akel (2009, p. 75), entende por guarda:

Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiro, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

Das formas mais diversas cresce o número de rompimentos dos laços familiares, com isso, os filhos ficam a mercê das decisões dos pais, que em vários casos envolvem litígio.

Hoje esse rompimento conjugal se tornou um costume social e diante dessa realidade se faz necessário buscar no ordenamento jurídico formas de proteger a prole dos possíveis conflitos gerados por esse rompimento e, principalmente, nas relações paterno-filial com o impasse da guarda na separação do casal.

O Código Civil brasileiro assegura direitos e deveres relacionados ao poder familiar e guarda dos filhos:

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

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo. (NEGRÃO GOUVÊA, 2008, p. 444)

O instituto da guarda é indiscutivelmente um dos mais delicados em nosso ordenamento jurídico, devido ao bem estar da criança e adolescente que é sempre a principal preocupação, destinando-a primeiramente a assistência material do filho comum, a sua educação e desenvolvimento.

Sabemos que a dissolução do casamento ou da união estável não põe fim à autoridade parental, embora o exercício conjunto por ambos os pais sofra notáveis modificações, pois na maioria das vezes a guarda dos filhos fica confiada a um dos genitores.

Grisard Filho (2009, p 68), afirma que:

a guarda não é da essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviver pacificamente, ou seja, a primeira (guarda) não exclui o segundo (poder familiar). A guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior grau de independência, possui desdobramentos próprios.

Nessa nova concepção de família, o nobre doutrinador Gonçalves (2009, p.374), em sua obra Direito de família, nos ensina: "O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

Antigamente a guarda, nos casos de dissolução do casamento, era deferida judicialmente às mães, pelo fato, de naquela época, a figura materna ser considerada guardiã da prole desde a concepção, observando-se ainda a disponibilidade da genitora de dedicar-se aos filhos, já que o pai tinha que ausentar-se durante todo o dia para trabalhar.

Como já dito, com a inserção da mulher no campo laboral e a incorporação do princípio constitucional da igualdade entre homem e mulher, levam a enfrentarmos uma mudança na estrutura familiar e na visão de que a guarda deve ser conferida à mãe. Essa mudança social deu início a diversos questionamentos acerca da guarda dos filhos menores, mas sempre com a preocupação em procurar prevalecer o bem estar dos filhos e a convivência destes com ambos os pais.

Por guarda, entende-se proteção, observância ou administração. Nesse sentido, se expressa Grisard Filho (2009, p.48):

A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho do lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. Uma vez descumpridos estes, sujeita-se o titular relapso a sanções civis e penais, por abandono de família.

A questão da guarda é discutida em nosso ordenamento jurídico em dois tratamentos jurídicos diferenciados: o previsto pelo Código Civil de 2002 e outro pela Lei nº. 8.090/90, Estatuto da Criança e Adolescente, conforme Levy (2008, p.43).

Temos em relação à guarda civil, a questão da proteção dos filhos menores no âmbito da família parental, ao passo que a guarda estatutária trata da guarda das crianças e adolescentes em situação de risco. Eis aí a diferença entre a competência da vara de família e da vara da infância e juventude nesta matéria.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1990, em seu princípio 2º, estabelece que:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança. (DECLARAÇÃO, 2010)

Respaldados nesse princípio, entendemos que na decisão da guarda deve-se privilegiar o maior interesse da criança e do adolescente.

3.1 DOS DIVERSOS TIPOS DE GUARDA

Existem em nosso ordenamento jurídico, doutrinadores como Grisard Filho, Maria Berenice, Akel, dentre outros citados nesse trabalho, que utilizam em

suas obras de diversos termos para definir o tipo de guarda exercida pelo genitor ou pelo guardião. Senão vejamos:

3.2 GUARDA COMUM

Durante a constância do casamento ou da união estável a guarda comporta a igualdade dos pais em relação à vida dos filhos menores. Essa guarda tem a denominação de guarda comum, decorrente de um estado natural, pelo simples fato de ser pai e mãe, onde estes convivem mutuamente com seus filhos, exercendo conjuntamente o poder familiar.

3.3 GUARDA DESMEMBRADA, DELEGADA

Em regra, a guarda está vinculada ao poder familiar. Entretanto, excepcionalmente, pode ser exercida por quem não detém esse poder, isto é, há o desmembramento da guarda do poder familiar. Isso ocorre quando, por exemplo, existem pais que por algum motivo não podem criar seus filhos, ou no caso de menor abandonado em situação de risco. Dessa forma, incumbe ao Estado-juiz destitui-los do poder familiar e, conseqüentemente, da guarda, atribuindo-a a um terceiro. Por isso é que se diz guarda desmembrada, porque desvinculada do poder familiar. Em consonância com o ilustre Grisard Filho (2009), esse tipo de guarda é ao mesmo tempo delegada.

3.4 GUARDA ORIGINÁRIA

É aquela correspondente aos pais, aquela da própria filiação, onde estes possuem o direito-dever de plena convivência com os filhos menores, exercendo assim, todas as funções do poder familiar.

3.5 GUARDA DERIVADA

Entende-se por derivada, aquela que não está vinculada diretamente ao poder familiar. É proveniente da lei, como no caso do tutor que detém a guarda do tutelado porque a lei determinou.

No entender de Grisard Filho (2009, p. 85), "guarda derivada é aquela que surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor".

3.6 GUARDA DE FATO

No conceito ofertado por Grisard Filho (2009, p.86), assim se apresenta:

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

Trata-se, pois, do caso em que uma mãe em desespero deixa uma criança na porta de alguém, ou seja, não há nenhum vínculo.

3.7 GUARDA PROVISÓRIA

A guarda provisória ou temporária, nos dizeres de Levy (2008, p.49):

Diz-se que a guarda é provisória quando é temporária, deferida liminarmente a fim de emprestar juridicidade a uma situação fática emergencial. O deferimento da guarda é a título provisória, pressupondo um procedimento judicial em andamento ou que tomará curso, como, por exemplo, nos processos de separação judicial litigiosa, regulamentação do direito de guarda, adoção.

3.8 GUARDA DEFINITIVA

Já a guarda definitiva, esta não pode mais ser alterada no processo de conhecimento em que foi estabelecida, sendo necessário a interposição de uma

ação distinta, mediante a ocorrência de um fato novo. Lembrando que a guarda, em sentido amplo, nunca será definitiva, pois não faz coisa julgada material, mas tão somente formal. Conforme Grisard Filho (2009, p.93) "a modificação da guarda de filhos terá lugar tantas vezes quantas sejam necessárias, sem que com isso se possa falar em coisa julgada", dado o caráter provisório que ela tem.

Após a ruptura da sociedade conjugal ou da união estável é que os conflitos em relação à guarda dos filhos aparecem com mais veemência. Infelizmente, na maioria dos casos, surgem disputas pela guarda material e legal dos filhos.

O que mais se nota nas varas de famílias, é o egocentrismo dos casais em tentar uma espécie de "vingança", no tocante ao fracasso do relacionamento, dessa forma, estando totalmente envolvidos com a lide que lhes cercam, atingem a parte mais fraca, os filhos.

No caso da separação ser consensual, compete ao casal regulamentar a questão referente à guarda e à visita do menor, competindo ao juiz homologá-la se estiver de acordo com o bem estar moral, material e espiritual do filho comum, podendo o magistrado, em caso contrário, escusar-se da homologação.

3.9 GUARDA ÚNICA

No ensinamento de Levy (2008, p.53), tem-se que:

A guarda pode ser exercida de maneira exclusiva por um dos genitores, em decorrência de titularidade exclusiva do poder familiar, como, por exemplo, na falta de reconhecimento de paternidade, nas hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar, ou no caso de co-titularidade do poder familiar e fracionamento do exercício do poder familiar, em razão da ausência ou da ruptura do relacionamento conjugal dos genitores, por meio de acordo ou decisão judicial atribuidor de exercício da guarda a somente um dos genitores.

Percebe-se, ainda, nas varas de família, a grande preferência por este modelo de guarda e seu deferimento, na maioria das vezes, para a figura materna

A bipartição da guarda surge com a separação conjugal ou com a dissolução da entidade familiar, tendo em vista que era, e ainda é concedida a somente um dos pais, conferindo ao outro apenas o direito de visitas.

O parágrafo 3º do artigo 1583 da Lei de nº. 11.698/2008 estabelece que a "guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos" (BRASIL, 2008).

Vejamos o que diz o parágrafo 2º do artigo 1583 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação (BRASIL, 2008).

Vê-se, portanto, que não se trata da melhor condição financeira e sim o melhor afeto e disposição para garantir saúde, segurança e educação ao menor.

É de suma importância que os genitores entendam que, neste tipo de guarda, alguns atributos do poder familiar devem ser executados em conjunto, como exemplos, a questão do consentimento para o casamento, da emancipação, da autorização para os filhos se ausentarem do Brasil e outras decisões que legalmente necessitam de unicidade entre os genitores.

Percebemos, nesse tipo de guarda, que tanto os pais como os filhos saem prejudicados. A criança fica sob a guarda de somente um dos genitores – na maioria das vezes com a mãe – perdendo assim o referencial da presença de ambos os pais em sua vida. O filho sofre pela ausência paterna na medida em que o pai acaba por tornar-se uma visita ou um mero provedor de pensão alimentícia. Situações como o genitor querer ver ao filho ou este ao pai, e não poder, porque não é o seu dia, é totalmente angustiante.

Tem-se observado que a unilateralidade não agrada aos pais e muito menos aos filhos, que almejam a convivência com ambos os genitores, isto posto, tem-se mostrado ineficaz para muitos esse tipo de guarda e com isso a necessidade de adoção de outras medidas para sanar esse vazio que cerca a família. Deste modo surgiu a necessidade da guarda compartilhada, onde o convívio familiar seria mais constante.

3.10 GUARDA ALTERNADA

Neste modelo de guarda, Grisard Filho (2009, p.91) diz que tanto a guarda jurídica como a material, é atribuída a um e ao outro dos genitores, o que caracteriza a alternância no período em que o filho menor mora com cada um dos pais.

O que difere a guarda alternada das outras espécies de guarda, é que nesta cada um dos pais tem, ao seu tempo, a guarda exclusiva e em momento posterior o direito-dever de fiscalização e visita.

Amaral citado por Akel (2009, p.93), expressa seu posicionamento:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo dos períodos, os papéis invertem-se.

Essa forma de guarda não merece acolhida, uma vez que afronta o principal fundamento deste instituto, qual seja a proteção integral do menor.

Conforme já dito, expõe Grisard Filho (2009, p.91): "Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de "continuidade", que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança". Vejamos entendimento jurisprudencial:

EMENTA: 'AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. 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 convivência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irreversíveis, 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' (RJ 268/28).' (TJSC - Agravo de instrumento n. 00 000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000).(BRASIL, 2000, grifo nosso)

3.10.1 Vantagens

A única vantagem que os profissionais da área jurídica e psicológica detectam nessa espécie de guarda é a convivência constante de pais e filhos.

3.10.2 Desvantagens

Esta espécie de guarda é bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança ou adolescente. É totalmente prejudicial à consolidação dos hábitos, valores e formação da sua personalidade face à instabilidade emocional e psíquica criada pela inconstância de lares. A formação dos menores resta prejudicada, não sabendo que orientação seguir, paterna ou materna.

Na guarda alternada os filhos ficam à mercê da vontade dos pais, são jogados de um lado para o outro, surgindo em várias ocasiões, situações inconvenientes como, por exemplo, quando precisam de seus pertences como, livros, brinquedos, roupas, entre outros e se lembram que deixaram na casa de quem esteve no dia ou na semana anterior.

Nesse entendimento, Nóbrega (2008, p.28), ressalta:

Alternar a guarda de filhos não se mostra, em princípio, como algo que represente vantagem para os pais ou para a formação dos menores, gerando para eles, em realidade, o risco da quebra de hierarquia, com evidente prejuízo para os mesmos. Há perda de um referencial, em função de se admitir alternância de residência com indubitosa mudança de ambientes que em nada contribui para uma formação uniforme.

3.11 GUARDA COMPARTILHADA OU CONJUNTA

A questão da guarda sempre foi um assunto delicado e de profunda preocupação dos pais e dos profissionais da área do direito e da psicologia, pois dela está assegurado o desenvolvimento sadio do menor. Com o aceleramento na estrutura familiar, os profissionais ligados à área de família necessitam assegurar aos pais uma repartição justa, equitativa da autoridade parental e aos filhos algo que

lhes assegurem o convívio com ambos os pais e dessa forma, amenize os efeitos devastadores da maioria das separações.

Nesse sentido é que surgiu a Guarda Compartilhada, como uma das formas de exercício da autoridade parental aos pais que desejam continuar a relação com os filhos quando fragmentada a família, visando propiciar a ambos essa igualdade constitucionalmente assegurada, reforçando a necessidade de garantir o melhor interesse da criança/adolescente e a igualdade entre homem e mulher na responsabilização dos filhos, evitando o enfraquecimento do laço parental.

Conforme salienta Mazia (2009,), *in verbis*:

Apresenta-se a guarda compartilhada como solução para o conflito que surge por pretenderem os pais separados, tenham sido casados ou não, de terem maior contato com os filhos, assegurando-lhes a igualdade de condições na orientação da formação dos filhos.

A Guarda Compartilhada encontra amplo fundamento psicológico, pois esse compartilhamento visa, precisamente, amenizar as perdas que o divórcio dos pais efetivamente acarreta, beneficiando a criança/adolescente à medida que ambos os genitores estão igualmente envolvidos em sua criação e educação, cuidando da tentativa de diminuir os nefastos efeitos da saída de um deles da vida diária dos filhos. Há a co-responsabilização dos genitores com relação aos filhos, ou seja, ambos possuem a plena responsabilidade sobre os menores, mesmo se esses infantes ou adolescentes morem com um ou com o outro.

O que se pretende com a guarda compartilhada é estender aos genitores o direito à continuidade nas relações com os seus filhos, mesmo após a separação, o que sempre foi muito difícil nessa situação, pois o rancor e as mágoas sempre falaram mais alto. Dessa forma, tanto o pai quanto a mãe, poderão dar continuidade nas decisões acerca do destino de seus filhos e poderão propiciar-lhes igualdade de convivência com ambos os pais.

Nessa divisão de tempo de convivência, não interessa quem estará detendo a custódia física dos filhos, ambos são responsáveis pela criação, educação, saúde e lazer destes descendentes comuns, usufruindo da mesma relação de direitos e deveres para com os referidos filhos, assim como era antes da dissolução do casamento ou união estável, não devendo ser confundida com a guarda alternada, esta, como já vimos, caracteriza-se pela alternância de residência dos pais em determinados períodos bem definidos.

A convivência dos filhos com ambos os genitores é extremamente fundamental para o bom desenvolvimento psíquico do menor. Para isso, importante se faz o entendimento que quando o relacionamento dos pais termina, cessa apenas a relação conjugal entre os mesmos, mantendo-se, então, a relação paterno-filial, que vai ser exercida e compartilhada entre pais e filhos para sempre.

Madaleno (2004, p.90), com muita propriedade aduz:

Conjunta, portanto, é a prática do poder familiar, considerando que só mesmo unidos pelo casamento ou pela estável convivência, em relação familiar de inteira e harmonia, seria factível a adoção da guarda compartilhada, pois neste caso estariam os pais compartilhando a custódia dos filhos, conciliando com a sua estável relação, sem alternar o tempo de estadia com a prole, como parece para muitos, se confundir a custódia compartilhada.

Mais uma vez alertamos o fato de não confundirmos a guarda alternada com a compartilhada. Naquela, o menor perde seu referencial, devido às alternâncias de residência, potencializadas com a mudança de ambientes educacionais, em que nada contribui para uma formação uniforme. Na guarda compartilhada, os filhos possuem residência fixa, eleita pelos pais mediante consenso, ou pelo magistrado quando este avalia as condições de cada situação, claro que sempre buscando preservar os interesses dos menores.

3.11.1 Vantagens

Diversas são as vantagens, trazidas pela guarda compartilhada em prol do bem estar dos filhos e do fortalecimento dos laços de afetividade e confiança entre eles, dentre as quais se destacam: não impõe aos filhos a escolha por um dos pais, situação esta de extremo sofrimento para eles; divisão das dificuldades e das soluções relativas ao futuro dos filhos; direito de convivência mais constante e igualitário; maior envolvimento dos pais na relação com seus filhos, aumentando, dessa forma, o grau de confiança e cumplicidade entre eles; desenvolvimento psicoemocional de grau mais elevado que de crianças/adolescentes sob guarda única; probabilidade menor dos filhos possuírem problemas emocionais, baixa estima etc.; liberação das mães da guarda unitária, viabilizando para elas o acesso

aos seus objetivos, que não sejam apenas o de cuidar dos filhos, entre outros relacionados a este tema.

Na guarda compartilhada os filhos sentem que continuam sendo amados pelos pais e que a separação deles não enfraqueceu a ligação afetiva para com eles.

Nesse modelo de guarda, além de possibilitar ao menor manter o contato com ambos os pais, o que se define como de extrema e necessária importância para seu desenvolvimento regular e sadio, não traz o inconveniente da instabilidade familiar verificado na guarda alternada.

3.11.2 Desvantagens

As vantagens da guarda compartilhada são maiores que as desvantagens, basicamente em função da melhora na auto-estima dos filhos, constatando-se também, uma evolução no que diz respeito ao rendimento escolar, onde muitos se descontrolam, diminuição do sentimento de tristeza, frustração e do medo de abandono, já que esse modelo permite o acesso sem dificuldades a ambos os pais. Ajuda, também, na inserção da nova família de cada um dos genitores, além de conceder uma convivência igualitária a ambos os pais.

A desvantagem se dá no caso de desunião entre os genitores, o que tornaria esta espécie de guarda extremamente dificultosa, diante da ausência de acordo em relação à criação e educação dos filhos.

3.12 ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO

Aninhamento ou nidação é a espécie de guarda em que a criança permanece morando na mesma casa, tendo seus hábitos e rotinas preservados, competindo aos pais, em períodos alternados, revezarem-se nos cuidados com o filho, ou seja, aqui são os pais que alternam as residências.

Trata-se de um modelo raro e de difícil aplicação, pois seria necessário que cada genitor mantivesse uma residência, além da casa onde morariam por certo período de tempo com os filhos.

Essa espécie de guarda foi sendo introduzida devido à modernização social, mas não é vista com bons olhos por dificultar a necessidade de vínculos estáveis, necessários para a formação da personalidade destas crianças e adolescentes.

Na tentativa de buscar amparo jurisprudencial acerca do assunto, não identificamos, nas decisões dos Tribunais Pátrios, nenhum julgado concedendo essa espécie de guarda.

4 DA GUARDA COMPARTILHADA – LEI Nº 11.698/2008

Com o rompimento da vida conjugal, os filhos são os maiores prejudicados e isso se tornou motivo de grande preocupação para profissionais da área. Pensando no bem-estar dos filhos e seu crescimento saudável é que surgiu a guarda compartilhada ou guarda conjunta, há pouco mais de 20 anos na Inglaterra e trasladando-se França, Canadá, Estados Unidos, Argentina e Uruguai (GRISARD FILHO, 2009, p.139).

No Brasil, inicialmente, a Guarda Compartilhada foi introduzida informalmente, sem embasamento legal expresso, diferentemente de outros, como já visto, cujos ordenamentos jurídicos o modelo já encontrava amparo legal. A normatização desse instituto no ordenamento brasileiro somente ocorreu com a instituição da Lei de nº 11.698/2008, sancionada no dia 13 de junho de 2008 pelo presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, entrando em vigor no dia 15 de agosto de 2008.

Até a aprovação dessa Lei, os magistrados só deferiam a guarda compartilhada quando ambos os genitores acordavam acerca do assunto. Com a legislação em tela isso mudou. Hoje, o magistrado analisará cada caso e, verificando que a guarda compartilhada é o melhor para a criança/adolescente, essa será deferida independentemente da vontade dos pais.

Trata-se, de uma evolução que pausadamente vai tomando conta da sociedade, no que concerne ao reconhecimento da igualdade entre os genitores e de um novo modelo social que tem pai e mãe separados, mas unidos num único objetivo: o de criar seus filhos da maneira mais digna e humana possível.

O avanço na corresponsabilidade veio fortalecer o desenvolvimento dos filhos menores, para um crescimento sadio, sem traumas, proporcionando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda aquela idéia de posse.

Preceitua o art. 1.584 do Código Civil de 2002, em sua nova redação dada pela Lei nº 11.698/2008, *in verbis*:

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.)

Precisamos ter em mente que quem se separa é o casal e não os pais dos filhos, aqueles necessitarão de unicidade para resolver assuntos como educação, escola, saúde e outros que vierem a surgir. Aqui, ambos os genitores exercem a guarda, não podendo, haver violação aos interesses do menor. Os pais, conjuntamente, ainda que separados, decidem acerca do bem estar moral, intelectual e material do menor, compartilhando assim, de todas as diretrizes relacionadas a educação e criação dos filhos.

A guarda compartilhada ou conjunta necessita da cooperação dos genitores para que se atinja o objetivo maior que é a convivência sadia com ambos os pais. Os genitores devem isolar os filhos dos conflitos relacionados ao casal, sendo de difícil aplicação prática o seu estabelecimento numa relação em que os pais vivam em constantes discussões.

Percebemos em nosso meio, que as crianças que vivem em lares destruídos, sem amor, em verdadeiros campos de guerra, são crianças problemáticas, desequilibradas devido às disputas constantes entre os pais e nesse tipo de cenário a fixação da guarda compartilhada pode não ser possível, o que deve ser analisado pelo juízo competente.

No caso de estabelecimento de uma guarda unilateral, o juiz de família deve averiguar, entre outros fatores, se o genitor a quem será atribuída a guarda exclusiva facilita e promove a visitação do filho comum pelo outro genitor não guardião, como uma forma de se evitar a ocorrência de um afastamento forçado deste.

Deve-se ter sempre presente que para a concessão da guarda compartilhada não deve ser exigido a ocorrência de consenso entre os pais, mas sim ser observado se a sua determinação causará mais malefícios ao filho do que benefícios, diante da realidade dos graves desentendimentos ocorridos entre os genitores.

Conforme o artigo 1.584 § 1º do Código Civil de 2002, alterado pela Lei nº 11.698/2008, o juiz na audiência de conciliação tem o dever de informar aos pais, acerca do significado da guarda compartilhada, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento das cláusulas.

como também, deixar evidente o significativo benefício que esta espécie de guarda traz para os filhos, que são os maiores afetados com a separação dos pais.

Hoje, com a lei em vigor, quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada, de acordo com o artigo 1.584 § 2º.

Na hipótese de determinação judicial, caberá ao magistrado estabelecer atribuições e definir os períodos de convivência, contando sempre com a ajuda de equipe interdisciplinar. Nesse sentido, refere o artigo 1584 §3º alterado pela nova lei, *in verbis*:

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

Infelizmente, ainda hoje, mesmo após a entrada em vigor da lei que estabelece a Guarda Compartilhada, o tabu ainda persiste na mentalidade da maioria dos casais em separação, tendo dificuldade de compreender a importância de compartilhar a convivência com o filho comum.

Em debate jurídico sobre o tema, o magistrado da 6ª Vara de Família do DF, expressa sua opinião

Na guarda compartilhada, há a corresponsabilização simultânea do casal com relação às crianças, ou seja, os dois pais têm a plena responsabilidade sobre os menores, mesmo se essas crianças morarem com um ou com o outro. A responsabilidade sobre os filhos é dos dois. Segundo o juiz, "a guarda compartilhada é fruto de uma parceria entre o casal, quando este consegue se separar de maneira civilizada". E o fato da criança morar com o pai ou com a mãe, não impede de um deles ter que pagar a pensão alimentícia. (CAMANHO, 2010)

Devemos compreender que os maiores beneficiados com a Lei nº 11.698/2008, sem dúvida, são os chamados filhos do divórcio, que, vivendo em um ambiente cada vez mais amistoso, terão melhores condições de se desenvolverem de forma plena, mesmo tendo os pais separados.

4.1 NO CONSENSO

Mesmo antes da existência da lei que instituiu a Guarda Compartilhada, já se via o requerimento desse tipo por consenso entre as partes nos processos de separação onde não havia litígio.

A inclusão de cláusula específica de guarda compartilhada deu início ao desencadeamento de problemáticas na aplicação desses direitos e deveres.

Atualmente, o que se vê, são mães que, detentoras da guarda unilateral dos filhos temem que os ex-maridos ou ex-companheiros estejam se sentindo "fortalecidos" com a introdução da guarda compartilhada, o que hoje, devido as mudanças sociais é de grande conquista para eles.

A guarda compartilhada surgiu como alternativa de aplicação do poder familiar no caso onde ocorre a fragmentação da família, com o objetivo de dar continuidade ao exercício comum da autoridade parental, outorgando a cada um dos pais o direito de participarem conjuntamente das decisões importantes na vida de seus filhos.

Percebe-se que aqui, não há primazia de um dos pais no que diz respeito às escolhas feitas em nome do menor, traduzindo-se assim, numa igualdade de direitos em resolver questões de condições básicas de sobrevivência da criança/adolescente, mantendo o *status quo* da relação dos pais para com seus filhos, mesmo depois do término da relação conjugal, tais como: residência fixa, escola, médico, ciclo de amizades, entre outros fatores que surgem com o decorrer dos dias.

Assim se pode ratificar pelo julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

EMENTA: SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL - GUARDA COMPARTILHADA - INTERESSE DOS MENORES - AJUSTE ENTRE O CASAL - POSSIBILIDADE - Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais)

uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos. (TJMG - AC 1.0024.03.887697-5/001(1) - 4ª T - Rel. Des. Hyparco Immesi - DJMG 24.02.2005) (BRASIL, 2005)

4.2 NO LITÍGIO

Tem-se, sem dúvida, que o maior argumento que contraria a guarda compartilhada é o de que ela não é realizável nos casos em que continua existindo litígio entre os pais mesmo após a separação/divórcio ou o fim da união estável, pois seria prejudicial ao perfeito desenvolvimento dos filhos conviverem com constantes discussões entre seus genitores.

Akel (2009, p. 110), afirma que:

Pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos contaminam a educação dos descendentes, impossibilitando qualquer tipo de diálogo e, nesta hipótese, os arranjos da guarda conjunta podem ser desastrosos.

Nessa linha de pensar, analisemos orientação jurisprudencial:

EMENTA: "APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitivada em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de visita. Apelo provido." (TJRS - Apelação Cível Nº 70005127527 - 8ª Câmara Cível - rel. Des. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - J. 18.12.03) (BRASIL, 2003).

Para haver uma extinção do litígio entre os genitores, necessário se faz a intervenção da mediação como forma de criar um meio em que fosse possibilitado aos pais estarem em consenso, dissolverem seus conflitos e assim poderem conduzir com segurança a guarda dos filhos, visando o melhor interesse destes.

4.3 RESIDÊNCIA PRINCIPAL

A questão da fixação da residência dos filhos menores é um dos pontos extremamente relevantes para se preservar o referencial da criança/adolescente após a ruptura da vida conjugal dos pais. O menor necessita desse referencial a fim de que possa dar continuidade a uma vida normal em relação às suas atividades cotidianas, bem como a formação de amigos e outros aspectos importantes para o desenvolvimento de sua personalidade.

A premissa deve sempre visar à existência de uma residência fixa, onde a criança tenha um referencial de onde mora e refere-se à “minha casa” com sustentabilidade e não, sem saber de certo onde seja realmente o seu lar.

Imaginemos uma criança de pais separados e sob o regime de guarda alternada ao ser questionada por um amigo da escola acerca de onde ela mora. Na guarda alternada, isso poderá causar uma situação vergonhosa para a infante, pois nem mesmo ela sabe onde é a sua casa devido à forma de alternância de lares entre seus genitores. E o endereço na agenda escolar, vai o do pai ou da mãe? Essas situações e outras tantas são motivos para que a criança perca seu referencial, deixando-a confusa e se achando diferente no meio das outras crianças.

4.4 DO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA

Inicialmente, precisamos saber que o direito à convivência familiar está assegurado em nosso Estatuto da Criança e Adolescente e em nossa Constituição Federal em seu artigo 227, *in verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL 2010).

O assunto envolvendo guarda e visitação de filhos gira em torno de conflitos de nível de gravidade maior, mas que deve prevalecer, por ser mais

importante o interesse da criança. É difícil para os filhos ver seus pais separados, pois eles gostariam de conviver com os dois como uma família unida, mas infelizmente isso não depende deles.

Os pais devem ter a convicção e a maturidade de entender que quando há discussões acerca das visitas, esta separação se torna cada vez mais dolorosa para os filhos.

Como mencionado, a lei ressalva a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, baseado em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada (art. 1.584 § 3º, do Código Civil), assim sendo, a um deles recairá a responsabilização pela manutenção do filho menor em sua residência.

É comum as pessoas se confundirem no que seja a Guarda Compartilhada e o Direito de Convivência ou de visitação.

O tempo de convivência deve ser sempre o maior possível entre filhos e pais, devendo ser resolvido conforme a disponibilidade de cada um.

Costumamos verificar várias formas de divisão, por exemplo: Durante a semana, o pai busca a criança na casa da mãe ou ao final da aula (v.g. terças e quintas) e leva no dia seguinte à escola. Nos finais de semana alternados, cada um fica de sexta à noite até a segunda, levando à escola. As férias e feriados prolongados serão divididos metade para cada um.

Toda criança tem direito à convivência familiar, ou seja, de participar de festas na casa dos avós, tios, madrinhas e padrinhos - esta convivência é fundamental para formação do infante. Nestes eventos, quem estiver com o filho deve facilitar a participação do menor.

4.5 DESCUMPRIMENTO

A moderna sociedade tem adotado constantemente a dissolução do casamento e da união estável. Em decorrência desse fato ocorre a disputa e regulamentação da guarda dos filhos menores, estabelecendo regras para o exercício das visitas pelo não detentor da guarda.

No Código Civil de 2002, o legislador, no art. 1.589, preocupou-se em garantir o direito de visita ao pai ou à mãe que não tivesse com a guarda dos filhos menores, concluindo-se, portanto, que o direito por parte daquele que visita é indiscutível. No entanto, há também um direito em relação àquele que é visitado, levando em consideração a condição de ser pessoa em desenvolvimento e merecer tutela especial.

Diante da existência de dois direitos, constatou-se que, por ser a criança pessoa em formação e, principalmente, por ser responsabilidade dos pais cuidarem da mesma e promover sua educação, surge para estes últimos o dever de visitar seus filhos menores.

A relação que se instaura após a ruptura conjugal, em regra, apresenta-se tumultuada. Os ex-cônjuges utilizam-se dos filhos para atingirem um ao outro e o descumprimento do pactuado para as visitas é uma das formas de vingança. Com isso, dá-se a violação de todo o compêndio de princípios e normas de proteção à criança e ao adolescente, afetando assim, o desenvolvimento psicológico dos menores.

A sentença de guarda deve ser cumprida pelas partes, sob pena de incidirem nas sanções do § 4º do artigo 1.584 do Código Civil, cujo teor é o seguinte:

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (BRASIL, 2008).

O artigo acima citado refere-se ao descumprimento das cláusulas do direito de visita na guarda unilateral, estabelecendo sanções, cuja aplicação depende de decisão judicial prolatada em ação autônoma. Devemos salientar que para que incida essas severas sanções, o fato deverá ser grave, devendo-se observar sempre o melhor interesse da criança.

Lôbo (2008, p. 25), afirma que a Lei nº 11.698, de 2008, em seu artigo 1584, § 4º, ao estabelecer a redução de prerrogativas ao detentor da guarda, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho, prevê uma sanção civil de discutível utilidade, para a hipótese de descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada.

Entendemos que essa regra pode ajudar na proliferação da alienação parental, na hipótese da guarda unilateral, ou comprometer a guarda compartilhada, uma vez que, o melhor interesse da prole na convivência com seus pais restará prejudicado, pois essa sanção reduz o número de horas de convivência entre eles.

Saudável seria aos filhos do divórcio que os pais fossem decididos no que concerne aos assuntos relacionados aos menores, procurando assim, mantê-los distantes dos conflitos conjugais, mas infelizmente não é essa situação concreta que visualizamos em nossos tribunais.

Os pais costumam envolver seus filhos em mágoas e ciúmes relacionados ao sentimento conjugal e o reflexo desses conflitos, conforme salienta Pereira (Apud MIGUEL FILHO, 2006, p. 813), é imediato e costuma dar ensejo às mais variadas reações como: deixa-se sistematicamente de se cumprir às obrigações ajustadas: obrigações de fazer, de dar ou de pagar, e que foram assumidas quando disciplinaram sobre a separação, divórcio ou o fim da união estável, ou quando romperam de fato com a vida comum, deixam de ser honradas, com o objetivo precípuo de atingir o outro cônjuge ou companheiro; até mesmo as decisões judiciais deixam de ser cumpridas e outras inadimplências seguem.

Nesse sentido, cabe ao Estado a garantia da manutenção da coparentalidade, concluindo-se pela possibilidade de se aplicar tutela inibitória, com a utilização de multa diária (astreinte), para forçar o genitor a cumprir o estipulado para as visitas.

Dias ainda explicita (2005, p.407) que:

[...] estipulada a visitação em fins-de-semana alternados, possível que o juiz fixe o valor da astreinte em um salário mínimo por cada visita que não se concretizar. E, se a mãe não entrega o filho, ou o pai não vai buscá-lo, nasce a obrigação de pagamento da multa, cujo valor reverterá a favor do filho

A astreinte possui no Direito de Família caráter desestimulador do inadimplemento das obrigações assumidas. Além disso, possui também um sentido ético no momento em que se faz romper a resistência insana do devedor que, além de causar prejuízo ao credor, desrespeita as normas do Estado-Juiz com sua inadimplência.

De acordo com os ensinamentos da doutrinadora Dias (2005, p.407), a busca e apreensão se dá quando há o deslocamento do filho da casa do guardião

para a do outro, deixando o genitor de trazer de volta o filho no dia e horário designado.

Outra forma de garantir o adimplemento do descumprimento relacionado à guarda dos filhos menores relaciona-se à prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 5º, LXVII da Constituição Federal Brasileira, pois o custo com a criação deverá ser dividido entre os genitores, na medida das condições financeiras de cada parte.

A Lei dos Alimentos (Lei nº 5.478/68), no artigo 19 trata da prisão em face do não pagamento da obrigação alimentar pelo prazo de até 60 dias, entretanto forçoso salientar que o cumprimento desta privação de liberdade, seja em regime semi-aberto ou em qualquer outro regime, não exime o devedor do pagamento dos valores devidos (artigo 733, § 2º do CPC), mas uma vez paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento do decreto de custódia, consoante regra do art. 733, § 3º do CPC.

Assim sendo, pode-se conceber que a decretação de prisão civil nestes casos, trata-se tão somente, de ato estatal visando que a parte devedora venha a adimplir a obrigação e, conseqüentemente, o cumprimento do provimento jurisdicional que ordenou tal pagamento.

Nesse diapasão, vejamos o posicionamento dos nossos Tribunais sobre o assunto:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INADIMPLEMENTO. JUSTIFICATIVA DO EXECUTADO NÃO ACEITA PELO JUÍZO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DO QUANTUM ESTIPULADO. PRECLUSÃO. PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO DO AGRAVO. DECISÃO MANTIDA. Incabível, em sede de execução de alimentos, discutir o valor do ônus alimentar anteriormente fixado, sobre o qual se operou a preclusão. Deve ser mantida a decisão monocrática que, fundamentadamente, se servindo dos elementos informativos do processo, rechaçou as justificativas apresentadas pelo alimentante, determinando o cumprimento da obrigação sobre pena de prisão civil. (Agr. Inst. 2003.004255-5, Rel. Juiz Madson Ottoni A. Rodrigues (Convocado), 2ª CC., j.u.v., 04/06/2004. DJ 22/06/2004) (RIO GRANDE DO NORTE, 2004.)

No mesmo sentido têm-se:

STJ Súmula nº 309 - 27/04/2005 - DJ 04.05.2005 - Alterada - 22/03/2006 - DJ 19.04.2006. Débito Alimentar - Prisão Civil - Prestações Anteriores ao Ajuizamento da Execução e no Curso do Processo. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. (BRASIL, 2006).

4.6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO GUARDIÃO

Aspecto de relevante importância no que diz respeito à guarda do genitor, está relacionado à responsabilidade civil, ou melhor, às perdas e danos decorrentes de qualquer ato culposos, ou doloso, praticado pelo filho menor. A questão da responsabilidade dos pais perante os filhos menores é bastante polêmica em nosso ordenamento jurídico.

Segundo o artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002, "aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". (NEGRÃO; GOUVEIA, 2008, p. 262) Essa tendência de responsabilização vigente no ordenamento jurídico brasileiro é denominada de Responsabilidade Civil. A Responsabilidade Civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra.

Como vimos em linhas anteriores, o poder familiar gera deveres para os genitores, quais sejam os de zelar pelos bens dos filhos e cuidar de seu patrimônio.

A questão da responsabilização dos pais pelos filhos menores sob sua guarda encontra-se positivada no artigo 932, inciso I do Código Civil 2002, vejamos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. (NEGRÃO; GOUVEIA, 2008, p. 266)

A responsabilidade civil objetiva dos pais vigora quando os genitores estiverem com a guarda ou o poder dos filhos, nesse caso específico, vem sendo discutida na doutrina brasileira como também pelos doutrinadores estrangeiros. O

que caracteriza a responsabilidade objetiva dos pais é que haja o nexo causal entre o ato contrário ao direito e o dano causado à vítima, baseando-se na teoria do risco.

Assim sendo, na responsabilidade objetiva, para que os pais se responsabilizem civilmente, necessário se faz que a vítima comprove que o filho foi o causador do resultado, não sendo necessário a prova do dolo ou da culpa dos genitores, cabendo o dever de ressarcimento do dano pelos pais quando ficar comprovado que o filho agiu contra as normas jurídicas, praticando assim um ato ilícito (arts. 186 e 187 do Código Civil /2002).

Seguindo entendimento jurisprudencial, enquanto exercem conjuntamente o direito de guarda é presumida a responsabilidade do pai e da mãe, exercendo solidariamente esta função, como complemento do dever de educar os filhos e manter vigilância sobre eles.

Em caso de dissolução do casamento ou da união estável e designada a unilateralidade da autoridade parental, finda a solidariedade, recaindo para o genitor guardião a presunção de culpa por atos dos filhos menores, entretanto, se a guarda for exercida na modalidade compartilhada, a responsabilização será de ambos os genitores. Guarda e vigilância são elementos inerentes da responsabilidade dos pais, ou de um deles.

A jurisprudência pátria tem entendido que é justamente essa responsabilidade objetiva que vigora no Brasil. Vejamos decisão: "São responsáveis os pais pela reparação dos danos causados pelos filhos menores sob sua GUARDA, por lhes caber precipuamente os deveres de disciplina e vigilância, de acordo com a sua idade". (TJSP, 3ª C. AP – J. 14/11/1998 – RT 394/223) (BRASIL, 1988).

Necessário se faz ressaltar que os filhos emancipados respondem por seus atos, ressaltando a emancipação voluntária, segundo Levy (2008, p. 66). Vejamos o que diz o Enunciado 41 da Jornada do STJ: – Art. 928: a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil".

No caso de ser prejudicado os filhos menores, o Código Civil 2002 ressalva: Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse

dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial. (NEGRÃO; GOUVEIA, 2008, p.473).

Não somente os danos causados ao patrimônio do menor são passíveis de reparação, como também os morais que atingirem os seus interesses. Sendo assim, o genitor que não tenha ocasionado nenhum dano ao seu filho possuirá legitimidade para ingressar em juízo na defesa dos interesses do menor, assim como o Ministério Público, quando constatado a inércia do genitor inocente, sendo nomeado, pelo magistrado, um curador especial ao menor, conforme artigo supracitado.

4.7 PROJETO DE LEI Nº 5.515/09

Encontra-se em tramitação o Projeto de Lei Nº 5.515/09, de autoria do Deputado Dr. Talmir Rodrigues (PV-SP), onde se estabelece a guarda temporária, deferida no âmbito da compartilhada.

Essa nova modalidade de guarda será concedida em caráter emergencial, de forma unilateral, não podendo ultrapassar 90 (noventa) dias corridos, durante os quais não é facultado ao guardião temporário promover alterações que possam afetar a vida normal da criança.

A preocupação na criação desse projeto é a de impedir a alienação parental - guardião que detém a exclusividade da guarda do filho, induzindo-o a romper os laços afetivos com o genitor que não detém a guarda.

Entendemos esta espécie de guarda como sendo uma medida cautelar, onde o caráter emergencial é que dará ensejo à postulação do genitor não guardião.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL – Projeto de Lei Nº 4.053/08

A temática é recente, dolorosa e intrigante, despertando interesse na psicologia e nos operadores do direito ligados à área.

A alienação parental existe e se torna cada vez mais presente nas atuais relações, afetando o desenvolvimento emocional e psicossocial dos filhos expostos aos conflitos dos seus genitores.

A guarda e visitação de filhos giram em torno de conflitos graves. O guardião alienador tenta induzir o seu filho com alegações de que o outro genitor é pessoa repudiável, impedindo assim, a visitação mesmo sendo em dias determinados judicialmente.

Em recente discussão acerca do Projeto de Lei nº 4.053/08, onde dispõe sobre a alienação parental, a advogada Dra. Sylvia Maria Mendonça do Amaral assim expõe:

Em busca de vingança, do desejo de ferir emocionalmente o ex cônjuge, os pais se esquecem dos filhos ou até mesmo os utilizam como instrumento para atingir o outro, que passa a ser seu adversário. Não haverá lei capaz de solucionar o conflito enquanto não houver a transformação desses pais e a concretização dos males causados aos filhos ao pensarem em si e não no bem-estar das crianças. (AMARAL, 2009, p. 12)

De acordo com o projeto de lei n. 4053/2008, aquele que praticar tais atos poderá sofrer punições, assim, vejamos o que diz o artigo 5º do referido Projeto:

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

- I. declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II. estipular multa ao alienador;
- III. ampliar o regime de visitas em favor do genitor alienado;
- IV. determinar intervenção psicológica monitorada;
- V. alterar as disposições relativas à guarda;
- VI. declarar a suspensão ou perda do poder familiar (BRASIL, 2008)

Em face de todo o exposto, manifestamos o nosso entendimento que o projeto de lei em referência, se aprovado nos moldes da proposta em análise, contribuirá sobremaneira para o bem estar psicológico dos filhos, na medida em que anulará o excesso de poder unilateral do detentor da guarda, origem da alienação

parental, solucionando este e vários outros problemas que são desencadeados quando é adotado o sistema de guarda unilateral.

6 MEDIAÇÃO FAMILIAR

Entende-se por mediação um meio alternativo de solução de controvérsias, litígios e impasses, onde um terceiro, neutro/imparcial, de confiança das partes, por elas livre e voluntariamente escolhido, intervém entre elas (partes) agindo como um "facilitador", um catalisador, que usando de habilidade e arte, leva as partes a encontrarem a solução para as suas pendências. Portanto, o Mediador não decide; quem decide são as partes. O Mediador utilizando habilidade e as técnicas da "arte de mediar", leva os litigantes a decidirem. A mediação age de forma preventiva, podendo agir durante ou após o processo de separação.

Vejamos o que pensa Akel (2009, p.68), acerca do tema:

A mediação é a técnica que induz as pessoas numa rápida resolução de um conflito, necessitando da intervenção de uma terceira pessoa denominada mediador que auxiliará no deslinde de uma questão de forma criativa, apresentando as partes à possibilidade de ganhos mútuos e propiciando um acordo mais satisfatório para os próprios interessados.

Para Barbosa citada por Levy (2008, p.122), expressa:

A mediação constitui um dos meios de escolha disponíveis ao cidadão para que acesse a justiça, ao lado de outros meios da mesma escala valorativa, tais como a jurisdição estatal, a conciliação e a arbitragem. Porém, são conceitos que não se confundem, pois dispõem de lógicas próprias.

Para trabalhar no campo da mediação, o profissional necessita não somente da formação na área jurídica, mas também necessário se faz que este possua um treinamento direcionado para esta finalidade, pois assim, terá ferramentas e domínio suficientes para lidar com as diversas espécies de conflitos, mantendo-se imparcial nos casos. Outro requisito importante é que este profissional seja sensível na constatação do problema, permitindo que outros mediadores possam também auxiliá-lo com outras experiências.

Mediação não se confunde com arbitragem e conciliação. Nesse sentido, vejamos o entendimento de Rodrigues Jr. citado por Alves (2008, p. 48):

O conciliador, por sua vez, apesar de não decidir, influencia diretamente na decisão das partes por intermédio de uma intervenção mais direta e objetiva. Para alcançar o objetivo final, ou seja, o acordo, o conciliador induz, dá palpites e sugestões. O árbitro, de outro lado, é o terceiro que é eleito pelas partes para que resolva o litígio relacionado a elas.

Os pais, no trâmite de uma separação, acabam esquecendo dos sentimentos dos filhos, deixando que a mágoa da relação afetiva ultrapasse todos os cuidados que eles, como pais, necessitam ter com esse pequeno ser em desenvolvimento.

No processo judicial de dissolução do casamento ou de união estável, os sentimentos como medo, hostilidade, ódio, vingança, depressão e ansiedade, fazem parte do elenco das emoções e nessas condições, os pais, na maioria das vezes, não conseguem pensar no bem estar de seus filhos, devido à dificuldade de identificação dos próprios sentimentos, em decorrência de não conseguirem identificar os papéis que cada um deve desempenhar no sistema familiar.

Observamos que a mediação é uma forma de tentar a pacificação dos conflitos. Vejamos o que diz Akel (2009, p. 71), acerca dos objetivos desse instituto:

Tal método tem como objetivos principais: evitar que as partes tomem decisões precipitadas a respeito de seus conflitos, oportunizar que as soluções sejam encontradas pelas pessoas diretamente envolvidas e não decididas por outras; esclarecer as reais necessidades e interesses de todos os envolvidos, para que as soluções sejam satisfatórias e cumpridas através de acordos viáveis; ajudar os envolvidos a exercer sua livre capacidade de tomar iniciativas com responsabilidade, cooperação e respeito mútuo e favorecer maior flexibilidade dentro da organização e relações familiares.

Seguindo o posicionamento de Levy (2008, p. 129) "a paz familiar deve surgir da compreensão pessoal, do restabelecimento do diálogo, e a mediação pode ser um instrumento facilitador do processo de entendimento parental".

Nesta linha, entendemos ser a mediação, meio necessário para a pacificação dos conflitos atinentes às contestações familiares, principalmente no que diz respeito à guarda de filhos, partindo do princípio do melhor interesse do menor.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que se o poder familiar permanece mesmo após a separação, divórcio ou dissolução da união estável, então não é preciso dividir os genitores em guardiões e visitantes. O essencial é fortalecer o exercício do poder familiar entre os pais, sendo a guarda compartilhada um meio para que os genitores o exerçam em toda a sua extensão após a ruptura, pois a aplicação da guarda compartilhada, além de preservar os laços entre pais e filhos, possibilita a garantia do exercício do poder familiar em sua totalidade por ambos os pais.

A Lei nº. 11.698/2008 reforça a co-responsabilização no cuidado com os filhos, corolário do Poder Familiar. Defende ser perfeitamente recomendado o estabelecimento da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, pois a primeira proporciona ao filho menor a conviver com ambos os pais, sem que esse laço afetivo seja prejudicado devido a separação judicial ou a dissolução da união estável.

O rompimento da vida conjugal ocasiona efeitos devastadores na vida dos filhos, muitos, por falta de convivência com um dos genitores, se sentindo esquecidos, desamparados e necessitando, muitas vezes, de auxílio psicológico para contornar o problema.

A determinação da guarda, na falta de convivência dos genitores, é sem dúvida inevitável, pois os filhos menores necessitam ser conduzidos.

É nesse cenário drástico que os operadores da área tentam criar meios de amenizar a problemática.

A criação da compartilhada traz um novo prisma ao direito de família. A visão de que os filhos necessitam somente da mãe precisa ser desconstituída, pois os pais, assim como elas, possuem papel significativo na vida desse ser em desenvolvimento. Os filhos necessitam do carinho e atenção de ambos os genitores e estes devem protegê-los dos sentimentos de perda e incerteza a que a desunião lhes submete.

De acordo com o estridado, a moderna doutrina é contrária à guarda alternada, aquela como vimos onde os filhos não possuem um referencial, ficando, na verdade, sem rumo certo.

O compartilhamento só se desenvolverá quando os operadores do Direito e os profissionais qualificados incentivarem os genitores a cooperarem e a apoiar-se

mutuamente, bem como orientá-los a cerca das vantagens e desvantagens de cada modelo de guarda, visando assim, o crescimento saudável dos filhos.

Necessário destacar que o interesse da criança precisa estar sendo preservado para que a guarda compartilhada seja estabelecida, portanto, nos casos em que um dos genitores manifestarem uma falha de natureza moral ou psicológica que afete a prole ou então não conseguirem um mínimo de entendimento, a possibilidade de guarda compartilhada desaparecerá, abrindo assim, espaço para a guarda única, atribuindo ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, principalmente, facilite e promova o contato do filho com o genitor não guardião, entre outras questões estabelecidas em lei (artigo 1583 § 2º, incisos I a III, do Código Civil/2002).

REFERÊNCIAS

A GUARDA compartilhada: cursos online para OAB e Concursos Públicos Web - R2 Direito.htm. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docsconvidados/11_15.doc>. Acesso em 31 dez. 2009.

ANDRADE, Lais Amaral Rezende de. **Guarda compartilhada dos filhos**. Disponível em: <<http://www.lex-net.com/comunidade/descricaoartigo.cfm?artigo=4>>. Acesso em 31 dez. 2009.

ALENCAR, Raquel Alcântara. **Aspectos destacados na guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=107>>. Acesso em 31 dez. 2009.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

AMARAL, Sílvia Maria Mendonça do. Alienação parental: nova lei x sentimentos. **Consulex**, Brasília, ano 13, n. 309, p.12-13, nov. 2009.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em 22 dez. 2009.

BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>. Acesso em 21 julho 2009.

BRASIL. **Código civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em 04 nov. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70029624053, Sétima Câmara Cível. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Rio grande do Sul, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/65229918>>. Acesso em : 21 jan. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil. nº 70009540543, Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Rio Grande do Sul, 6 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt260.htm>>. Acesso em: 21 de jan. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 00.000236-4. Relator: Alcides Aguiar j. Rio Grande do Sul, 26 de junho de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil. nº 1.0024.03.887697-5/001(1) - 4ª T. - Relator: Hyparco Immes. Rio Grande do Sul, 24 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 21 de jan. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil. nº 70005127527 - 8ª Câm. Cível. Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Rio Grande do Sul, 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juri>>. Acesso em: 21 de jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 309 Débito Alimentar - Prisão Civil - Prestações Anteriores ao Ajuizamento da Execução e no Curso do Processo. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.js>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

CAMANHO, Arnaldo. Guarda compartilhada de filhos em debate. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=38&id=132>>. Acesso em 05 jan. 2010.

CENEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Claudete guarda.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Claudete%20guarda.doc)>. Acesso em 31 dez. 2009.

COMEL, Denise Damo. **Poder familiar, guarda compartilhada e guarda unilateral**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/360308/?noticia=PODER+FAMILIAR+GUARDA+COMPARTILHADA+E+GUARDA+UNILATERAL>>. Acesso em 03 nov. 2009.

CORRÊA, Ariana de Melo. **Guarda compartilhada litigiosa: um arranjo possível**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/{FC1D2C05-49C3-4322-8C19-8764008009EA}guardacompartilhada_litigiosa.doc>. Acesso em 10 out. 2009.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada: uma solução para os novos tempos. *Consulex*, Brasília, ano 12, n. 275, p.26-27, Jun. 2008.

_____. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2008.

ESTATUTO da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em 04 nov. 2009.

EVANGELISTA, Anderson. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/35324>, acesso em 28 dez. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. V.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. – São Paulo: RT, 2009.

GROENINGA, Gisele Câmara. Guarda compartilhada: considerações interdisciplinares. **Consulex**, Brasília, ano 12, n. 275, p. 31-33, Jun. 2008.

GUARDA compartilhada agora é lei. **Jornal Pessoal**. Ano. 8, n. 93, ago. 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/portaldoservidor/jornal/Jornal93/utilidade_publica.aspx>, acesso em 06 jan. 2010.

GUARDA compartilhada: evolução e aspetos juridicos no moderno. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/369/446>>. Acesso em: 04 nov. 2009.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MASSAFERA, Maria Carolina Santos. A guarda compartilhada. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/11_15.doc>. Acesso em 31 dez. 2009.

MAZIA, Edna de Souza. **Guarda compartilhada: evolução e aspectos jurídicos no moderno direito de família**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisas/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/369/446>>. Acesso em 04 nov. 2009.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código civil e legislação civil em vigor**. 28. ed - São Paulo: Saraiva, 2008.

NÓBREGA, Ailton Rocha. Da guarda de filhos unilateral e compartilhada: inovações da Lei nº. 11.698/08. **Consulex**, Brasília, ano 12, n. 275, p. 28-30, Jun. 2008.

OLIVEIRA, Jospe Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Agravo do Instrumento. nº. 2003.004255-5. Relator: Juiz Madson Ottoni A. Rodrigues. Disponível em: <<http://www2.tjrn.jus.br/cjosg/index.jsp?deEmenta=&clDocumento=&nuProcesso=2003.004255-5&deClasse=&deOrgaoJulgador=&nmRelator=&dtInicio=&dtTermino=&Origem=1&rbCritérioEmenta=TODAS&rbCritérioBuscaLivre=TODAS&Submit=Pesquisar>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

SCHWARTTZ, Gustavo Bassini. **Argumentos a favor da guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/Materia.asp?CodMater=183>>. Acesso em 22 dez. 2009.

SILVA, Michel Stefani da. **A guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.Aguarda.compartilhada.com.br/CursosOnline/OAB/ConcursosPublicosWeb/R2Direito.htm>>. Acesso em 03 nov. 2009.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/a_guarda_lianemariabusnellonthome.shtml>. Acesso em 22 julho. 2009.

ANEXO A – LEI N. 11. 698 DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).” (NR)

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

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

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

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

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

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

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli

ANEXO B - PROJETO DE LEI Nº 4.053, DE 2008**(Do Sr. Regis de Oliveira)**

Dispõe sobre a alienação parental.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Considera-se alienação parental a interferência promovida por um dos genitores na formação psicológica da criança para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Parágrafo único. Consideram-se formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por equipe multidisciplinar, os praticados diretamente ou com auxílio de terceiros, tais como:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício do poder familiar;

III - dificultar contato da criança com o outro genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de visita;

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor para obstar ou dificultar seu convívio com a criança;

VII - mudar de domicílio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor;

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, o juiz, se necessário, em ação autônoma ou incidental, determinará a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes e exame de documentos.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental apresentará, no prazo de trinta dias, sem prejuízo da elaboração do laudo final, avaliação preliminar com indicação das eventuais medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 4º O processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - estipular multa ao alienador;

III - ampliar o regime de visitas em favor do genitor alienado;

IV - determinar intervenção psicológica monitorada;

V - alterar as disposições relativas à guarda;

VI - declarar a suspensão ou perda do poder familiar.

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabilize o efetivo convívio da criança com o outro genitor, quando inviável a guarda compartilhada.

Art. 7º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas a alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A presente proposição tem por objetivo inibir a alienação parental e os atos que dificultem o efetivo convívio entre a criança e ambos os genitores.

A alienação parental é prática que pode se instalar no arranjo familiar, após a separação conjugal ou o divórcio, quando há filho do casal que esteja sendo manipulado por genitor para que, no extremo, sinta raiva ou ódio contra o outro genitor. É forma de abuso emocional, que pode causar à criança distúrbios psicológicos (por exemplo, depressão crônica, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade) para o resto de sua vida.

O problema ganhou maior dimensão na década de 80, com a escalada de conflitos decorrentes de separações conjugais, e ainda não recebeu adequada resposta legislativa.

A proporção de homens e mulheres que induzem distúrbios psicológicos relacionados à alienação parental nos filhos tende atualmente ao equilíbrio.

Deve-se coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou divorciados. A família moderna não pode ser vista como mera unidade de produção e procriação; devendo, ao revés, ser palco de plena realização de seus integrantes, pela exteriorização dos seus sentimentos de afeto, amor e solidariedade.

A alienação parental merece reprimenda estatal porquanto é forma de abuso no exercício do poder familiar, e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação. Envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como com o dever de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças.

O art. 227 da Constituição Federal e o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças e adolescentes, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, exige-se postura firme do legislador no sentido de aperfeiçoar o ordenamento jurídico, a fim de que haja expressa reprimenda à alienação parental ou a qualquer conduta que obste o efetivo convívio entre criança e genitor.

A presente proposição, além de pretender introduzir uma definição legal da alienação parental no ordenamento jurídico, estabelece rol exemplificativo de condutas que dificultam o efetivo convívio entre criança e genitor, de forma a não apenas viabilizar o reconhecimento jurídico da conduta da alienação parental, mas sinalizar claramente à sociedade que a mesma merece reprimenda estatal.

A proposição não afasta qualquer norma ou instrumento de proteção à criança já existente no ordenamento, mas propõe ferramenta específica, que permita, de forma clara e ágil, a intervenção judicial para lidar com a alienação parental.

Cuida-se de normatização elaborada para, uma vez integrada ao ordenamento jurídico, facilitar a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos casos de alienação parental, sem prejuízo da ampla gama de instrumentos e garantias de efetividade previstos no Código de Processo Civil e no próprio Estatuto.

À luz do direito comparado, a proposição ainda estabelece critério diferencial para a atribuição ou alteração da guarda, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada, sem prejuízo das disposições do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista o exame da conduta do genitor sob o aspecto do empenho para que haja efetivo convívio da criança com o outro genitor. Neste particular, a aprovação da proposição será mais um fator

inibidor da alienação parental, em clara contribuição ao processo de reconhecimento social das distintas esferas de relacionamento humano correspondentes à conjugalidade, à parentalidade e à filiação.

Cabe sublinhar que a presente justificação é elaborada com base em artigo de Rosana Barbosa Ciprião Simão, publicado no livro "Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos" (Editora Equilíbrio, 2007), em informações do site da associação "SOS – Papai e Mamãe" e no artigo "Síndrome de Alienação Parental", de François Podevyn, traduzido pela "Associação de Pais e Mães Separados" – APASE, com a colaboração da associação "Pais para Sempre". Também colaboraram com sugestões individuais membros das associações "Pais para Sempre", "Pai Legal", "Pais por Justiça" e da sociedade civil.

A idéia fundamental que levou à apresentação do projeto sobre a alienação parental consiste no fato de haver notória resistência entre os operadores do Direito no que tange ao reconhecimento da gravidade do problema em exame, bem assim a ausência de especificação de instrumentos para inibir ou atenuar sua ocorrência. São raros os julgados que examinam em profundidade a matéria, a maioria deles do Rio Grande do Sul, cujos tribunais assumiram notória postura de vanguarda na proteção do exercício pleno da paternidade. É certo, no entanto, que a alienação parental pode decorrer de conduta hostil não apenas do pai, mas também da mãe, razão pela qual o projeto adota a referência genérica a "genitor". Também não há, atualmente, definição ou previsão legal do que seja alienação parental ou síndrome da alienação parental.

Nesse sentido, é de fundamental importância que a expressão "alienação parental" passe a integrar o ordenamento jurídico, inclusive para induzir os operadores do Direito a debater e aprofundar o estudo do tema, bem como apontar instrumentos que permitam efetiva intervenção por parte do Poder Judiciário.

A opção por lei autônoma decorre do fato de que, em muitos casos de dissenso em questões de guarda e visitação de crianças, os instrumentos já existentes no ordenamento jurídico têm permitido satisfatória solução dos conflitos. Houve cuidado, portanto, em não reduzir a malha de proteções à criança ou dificultar a aplicação de qualquer instrumento já existente.

Para concluir, permito-me reproduzir, por sua importância e riqueza, artigo publicado no ano de 2006 pela Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, intitulado "Síndrome da alienação parental, o que é isso?":

"Certamente todos que se dedicam ao estudo dos conflitos familiares e da violência no âmbito das relações interpessoais já se depararam com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome. Uns chamam de "síndrome de alienação parental"; outros, de "implantação de falsas memórias".

Este tema começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo denunciada de forma recorrente. Sua origem está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em consequência, maior aproximação dos pais com os filhos. Assim, quando da separação dos genitores, passou a haver entre eles uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás. Antes, a naturalização da função materna levava a que os filhos ficassem sob a guarda da mãe. Ao pai restava somente o direito de visitas em dias predeterminados, normalmente em fins-de-semana alternados.

Como encontros impostos de modo tarifado não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que só a convivência traz. Afrouxando-se os elos de afetividade, ocorre o distanciamento, tornando as visitas rarefeitas. Com isso, os encontros acabam protocolares: uma obrigação para o pai e, muitas vezes, um suplício para os filhos.

Agora, porém, se está vivendo uma outra era. Mudou o conceito de família. O primado da afetividade na identificação das estruturas familiares levou à valoração do que se chama filiação afetiva. Graças ao tratamento interdisciplinar que vem recebendo o Direito de Família, passou-se a emprestar maior atenção às questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afetivo pela ausência de convívio paterno-filial.

A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas.

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em

preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de "síndrome de alienação parental": programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Esta notícia, comunicada a um pediatra ou a um advogado, desencadeia a pior situação com que pode um profissional defrontar-se. Aflitiva a situação de quem é informado sobre tal fato. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visitação e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a

veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. Nem é preciso declinar as seqüelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.

No máximo, são estabelecidas visitas de forma monitorada, na companhia de terceiros, ou no recinto do fórum, lugar que não pode ser mais inadequado. E tudo em nome da preservação da criança. Como a intenção da mãe é fazer cessar a convivência, os encontros são boicotados, sendo utilizado todo o tipo de artifícios para que não se concretizem as visitas.

O mais doloroso – e ocorre quase sempre – é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia. Talvez, se ele não tivesse manifestado o interesse em estreitar os vínculos de convívio, não estivesse sujeito à falsa imputação da prática de crime que não cometeu.

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, mister que o juiz tome cautelas redobradas.

Não há outra saída senão buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que se está frente à síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como instrumento para acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Em face da imediata suspensão das visitas ou determinação do monitoramento dos encontros, o sentimento do guardião é de que saiu vitorioso, conseguiu o seu intento: rompeu o vínculo de convívio. Nem atenta ao mal que ocasionou ao filho, aos danos psíquicos que lhe infringiu.

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, pois a lealdade para com um dos pais implica deslealdade para com o outro, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça.

A estas questões devem todos estar mais atentos. Não mais cabe ficar silente diante destas maquiavélicas estratégias que vêm ganhando popularidade e que estão crescendo de forma alarmante.

A falsa denúncia de abuso sexual não pode merecer o beneplácito da Justiça, que, em nome da proteção integral, de forma muitas vezes precipitada ou sem atentar ao que realmente possa ter acontecido, vem rompendo vínculo de convivência tão indispensável ao desenvolvimento saudável e integral de crianças em desenvolvimento.

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.”

Por todo o exposto, contamos com o endosso dos ilustres Pares para a aprovação deste importante projeto de lei.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008.

Deputado REGIS DE OLIVEIRA

ANEXO C - PROJETO DE LEI Nº 5.515, DE 2009

(Do Sr. Dr. Talmir)

Altera os artigos 1583 à 1586 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, para aprimorar a regulação sobre guarda compartilhada

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera os artigos 1583 à 1586 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, para aprimorar a regulação sobre guarda compartilhada.

Art. 2º Os artigos 1583 à 1586 do Código Civil Brasileiro, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será compartilhada, unilateral ou temporária.

§ 1º A guarda unilateral somente será admitida quando houver:

I - concordância de ambos os genitores.

II - inexistência ou indeterminação de qualquer um deles.

III - existência de fato grave e devidamente comprovado que desabilite um, ou ambos os genitores para exercer a guarda compartilhada.

§ 2º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1584, § 5º) e, por guarda compartilhada, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Compreende-se por guarda temporária aquela concedida de forma unilateral e em caráter emergencial e temporário, não podendo ultrapassar 90 dias corridos, nem permitindo ao guardião alterações significativas na vida das crianças, como alterações de domicílio para outra comarca, mudança de colégios ou outras equivalentes e similares.

§ 3º A guarda física dos filhos, quando não possível de alternância, será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 4º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (NR)

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.

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

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

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

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

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento motivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º A eventual alteração de comarca da residência de filhos menores de dezoito anos não poderá ocorrer sem:

a) consenso dos genitores

b) autorização judicial, desde que comprovada manifesta vantagem para os menores, advinda de tal alteração de domicílio, cabendo ao genitor que com elas permanecer, ressarcir o outro genitor dos custos adicionais a que tal alteração der causa, para efetivo cumprimento do convívio familiar.

§ 6º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai e nem da mãe, deferirá a mesma à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (NR)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, poderá o juiz determinar a guarda temporária, mesmo antes do contraditório. (NR)

Art. 1.586. Havendo motivos graves, comprovados ou que importem na segurança das crianças, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem

dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais, desde que devidamente fundamentado. (NR)

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Tendo se passado um ano da sanção da Guarda Compartilhada, esta parece estar sendo considerada pelos operadores de Direito muito mais como uma sugestão do que uma Lei. A presente proposição tem o objetivo de tornar efetiva, e não sugestiva, a aplicação da legislação vigente. Além disto, as modificações legais aqui contidas visam harmonizar a questão da guarda de filhos com as propostas que desejam inibir a alienação parental, não deixando dúvidas para os operadores de Direito quanto ao empenho da sociedade contra tais praticas. Em última análise, visa a impedir que, por conta do rito processual, nossas crianças fiquem alijadas de pai ou mãe.

Por todo o exposto, contamos com o endosso dos ilustres Pares para a aprovação desse importante Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em 30 de junho de 2009.

Deputado DR. TALMIR