

**O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E
A GUARDA COMPARTILHADA****THE PRINCIPLE OF THE CHILD'S BEST INTEREST ABOUT
THE SHARED CUSTODY****Paulo César Ribeiro Martins**(Doutor em Psicologia como Profissão e Ciência pela PUCCAMP
Prof. da Faculdade de Direito da UPF da disciplina Psicologia Aplicada ao Direito)**Angela Maria Soldá**

(Acadêmica do Curso de Direito e de Letras da UPF)

E-mail: paulo011@terra.com.br

O presente trabalho objetiva discutir a guarda compartilhada, quando confrontada com o princípio do melhor interesse da criança. Para o seu desenvolvimento, utilizou-se do método dedutivo amparado em bibliografias relacionadas ao tema. O instituto da guarda compartilhada, embora já bastante utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sofre severas críticas quando a sua imposição se dá nos casos em que não há possibilidade de convívio pacífico entre os genitores. Constatou-se que havendo impossibilidade de diálogo entre os genitores, não há que se discutir acerca desta, já que tal situação acarretaria graves danos à integridade moral dos filhos.

Palavras-chave: Direito à convivência familiar; Direito de família; Direitos humanos e fundamentais; Guarda compartilhada; Psicologia.

This paper aims to discuss about the shared custody when confronted with the principle of the child's best interest. For its development it was used the deductive method supported by bibliographies related to the theme. The model of shared custody, though widely used by the Brazilian legal system, suffers severe criticism when imposed in cases where there is no possibility of peaceful coexistence between the parents. It was found that if there is impossibility of dialogue between the parents, there is nothing to discuss about it, once such situation would result in serious damages to the children's moral integrity.

Keywords: Right to family living; Right to family; Ruman and fundamental rights; Rhared custody; Psychology.

1. INTRODUÇÃO

A guarda conjunta ou compartilhada encontra-se em uso há certo tempo no cotidiano do judiciário brasileiro. Com a entrada em vigor da Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008¹, o instituto ganhou respaldo

legal, figurando entre as modalidades de guarda previstas no Livro IV do Código Civil brasileiro, o qual trata do Direito de Família. A nova lei tem sido bem recepcionada por parcela considerável de doutrinadores civilistas brasileiros². Ao mesmo tempo, há operadores

¹ BRASIL. *Lei n. 11698 de 13 de junho de 2008*. Altera os artigos. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em 15 jul. 2009c. p. 01.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 401.

do direito que visualizam falhas na nova lei, o que pode possibilitar o uso inadequado do instituto³.

Os doutrinadores que criticam a aplicação da Lei nº. 11.698/2008 se amparam na justificativa de que, em não sendo possível a convivência pacífica entre os pais, não poderá o juiz impor a guarda conjunta, uma vez que, caso o magistrado venha proceder dessa forma, estaria ferindo o princípio do melhor interesse da criança. Neste caso, para esta, muito melhor seria a convivência diária com apenas um dos pais, não presenciando constantes desentendimentos entre estes⁴. Os juristas, os quais defendem a relativa harmonia do casal separado como um dos requisitos fundamentais para que o magistrado concorde com a guarda compartilhada salientam que não é a criança que deve se adequar às possibilidades e às viabilidades dos pais. Todavia, o casal deve, em benefício da prole, tentar constituir um relacionamento suficientemente bom, que possibilite aos filhos continuar tendo a companhia freqüente tanto do pai quanto da mãe, fortalecendo, assim, os vínculos e a convivência familiar⁵.

A nova Lei da Guarda Compartilhada tem gerado férteis discussões, justificando a importância de uma reflexão crítica em favor dos brasileiros e das brasileiras, pois as circunstâncias demonstram que o sucesso do novo instituto depende da boa indicação e aplicação da Lei nº. 11.698/2008.

2. LEI Nº. 11.698/2008 – LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o advento da Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, passou-se a disciplinar o instituto da guarda compartilhada, o qual era aplicado, no Brasil, amparado no Direito Comparado, principalmente oriundos da França, Espanha, Portugal, Cuba e Uruguai. Além desses, outros dispositivos já existentes no ordenamento jurídico pátrio serviam como base para sustentá-lo, especialmente o artigo 229 da Constituição Federal Brasileira⁶, o qual refere que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Outro ponto de alicerce eram os artigos oriundos do atual Código Civil⁷, tais como o artigo 1579⁸, o qual evidencia que o divórcio não modificará os direitos e os deveres dos pais em relação aos filhos; o artigo 1632⁹, o qual preconiza que as relações entre pais e filhos não devem ser alteradas com o término da separação judicial, do divórcio e da dissolução da união estável, salvo no que diz respeito ao direito que estes têm de ter em sua companhia os filhos; e o artigo 1690¹⁰, parágrafo único, o qual afirma que os pais devem decidir, conjuntamente, as questões referentes aos seus filhos, sendo que, em havendo discordância entre os genitores, qualquer um deles pode, objetivando uma solução necessária, recorrer a esfera judicial. Essa modalidade de custódia consagra a responsabilidade e a cooperação diária dos pais na criação e na educação dos filhos menores, fazendo com que estes participem de todas as decisões relacionadas à prole, de forma mais igualitária¹¹.

A guarda pode ser entendida como a atribuição determinada a um dos pais, separadamente ou a ambos em conjunto, de exercer encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Caso seja exercida por apenas um dos pais, estar-se-ia diante da modalidade de guarda unilateral ou exclusiva. Quando atribuída a ambos os genitores, denominar-se-á guarda conjunta ou

³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a lei nº. 11.698/2008. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009, p. 101.

⁴ GARCIA, Marco Túlio Murano. Reflexões sobre a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil: guarda compartilhada e outras questões. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, out./nov. 2008, p. 107.

⁵ FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. Os filhos e o divórcio. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 47, abr./maio 2008, p. 77.

⁶ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2007, p. 145.

⁷ BRASIL, *Código Civil*: míni. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

⁸ *Ibid.* p. 195.

⁹ *Ibid.* p. 200.

¹⁰ *Ibid.* p. 208.

¹¹ ALVES, Op. Cit., p. 103.

compartilhada¹². Esta é decorrente da dissolução do casamento ou da união estável, o que modifica a estrutura familiar, acarretando uma redefinição de papéis, já que os pais deixam de exercer conjuntamente as funções parentais e os filhos deixam de residir com ambos os genitores. Com a guarda conjunta ou compartilhada, busca-se uma maior aproximação entre pais separados e filhos, garantindo uma *coresponsabilidade parental*, mantendo o vínculo entre ambos, o que seria perdido com a simples visitação¹³.

A nova lei alterou a redação original do artigo 1.583 do atual Código Civil¹⁴, definindo, em seu 1º parágrafo, o instituto da guarda compartilhada como a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres, exercidos, conjuntamente, entre pais que não vivam sob o mesmo teto, em relação aos filhos havidos em comum. Segundo Fonseca¹⁵, o texto legal infere que somente com a guarda conjunta é que os pais, separados, exercerão os direitos e os deveres oriundos do poder familiar. Evidentemente, esta colocação é para enfatizar a importância do convívio familiar, já que outros modelos familiares, como a família monoparental, podem tranquilamente atender o melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, o conceito de guarda compartilhada refere-se à igualdade de participação dos pais em toda e qualquer decisão que esteja relacionada aos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena. Tal instituto, de fato, deve ser compreendido como aquilo que se compartilha e não como uma detenção ou alternância de direitos¹⁶.

Nesse contexto, a guarda conjunta não pode ser associada e confundida com a guarda alternada que, segundo Alves¹⁷, não é recomendada. Esta última tutela apenas o interesse dos pais, implicando em exercício unilateral do poder familiar, beneficiando os genitores e não levando em conta o que é melhor para a criança,

que convive, por exemplo, um mês somente com o pai e outro somente com a mãe, trazendo prejuízos significantes para o desenvolvimento dos filhos¹⁸. Já quanto à guarda compartilhada, é altamente recomendável quando bem indicada e, sobretudo, bem aplicada, pois consiste no exercício simultâneo do poder familiar, mantendo o vínculo afetivo dos filhos com ambos os genitores.

3. APLICABILIDADE E OBJETIVO DA GUARDA COMPARTILHADA

A proposta do instituto da guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que a separação pode acarretar nos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais. Nesse sentido, a guarda compartilhada, para Dias¹⁹, tem como objetivo fazer com que os pais estejam presentes de forma mais integral na vida de seus filhos. Seguindo as mesmas orientações, Furquim²⁰ salienta que, com a guarda compartilhada, tanto o pai, quanto a mãe serão responsáveis, conjuntamente, pela educação e pela formação dos filhos, podendo participar da vida destes, sem que seja imposto um regime rígido de visitas, num espírito de respeito à privacidade do ex-cônjuge.

A guarda conjunta pode ser fixada por consenso entre os pais ou por determinação judicial, conforme estabelece o artigo 1584, incisos I e II do atual Código Civil²¹. Cabe ressaltar que, conforme expõe Dias²², mesmo que tenha sido definida a guarda unilateral antes do advento da lei que modificou a redação desse artigo, qualquer um dos pais pode pleitear a alteração, o que, automaticamente, vai envolver um juiz de Direito e um promotor para julgar a adequação da guarda compartilhada.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Neto. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº. 11.698/2008. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 6, out./nov. 2008b. p. 24.

¹³ DIAS, op. cit., p. 401.

¹⁴ BRASIL, 2009a. p. 195.

¹⁵ FONSECA, Priscila Corrêa da. Guarda compartilhada x poder familiar: um inconcebível contra-senso. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 49, ago./set. 2008. p. 8.

¹⁶ OLIVEIRA, Simone Costa Saletti. Guarda compartilhada. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 49, ago./set. 2008. p. 19.

¹⁷ ALVES, op. cit., 103.

¹⁸ GUIMARÃES, Marilene Silveira; GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira. Guarda - um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos. In: ZIMMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 477.

¹⁹ DIAS, op. cit., p. 401.

²⁰ FURQUIM, op. cit., p. 80.

²¹ BRASIL, 2009a. p. 195.

²² DIAS, op. cit., p. 402.

Após a dissolução do casamento ou da união estável, segundo Fonseca²³, determinada a guarda conjunta, os genitores continuam a possuir direitos em relação aos filhos, tais como os enumerados no artigo 1634 do Código Civil Brasileiro. Esses direitos dizem respeito à criação, à educação e guarda, atribuir ou negar consentimento para casar, nomear tutor, representá-los e assisti-los, reclamá-los de quem os detenha de forma ilegal e exigir que seus filhos lhes prestem obediência e respeito, atribuindo serviços apropriados à sua condição ou faixa etária.

O compartilhamento da guarda também gera a divisão de encargos. No caso da prestação alimentícia, continua em vigor o velho binômio: possibilidade de quem paga e necessidade de quem recebe. Presume-se que, com a guarda conjunta, o ajuste do pensionamento decorra naturalmente entre os genitores. No entanto, como essa modalidade de guarda pode ser imposta pelo juiz, no caso de não haver acordo entre os pais, caberá a este fixar o valor dos alimentos. Ressalta-se que a criança, mesmo na guarda compartilhada, terá um lar fixo, gerando, assim, maiores encargos financeiros ao guardião que residir com ela. Diante disso, tanto pode ser acordada, entre os pais, a divisão de tais despesas, como também o pagamento de um valor previamente fixado para ambos.

Tal modalidade de guarda objetiva uma maior cooperação entre os pais, fazendo com que ambos participem, de forma mais igualitária, das tarefas e das decisões referentes aos filhos. A guarda compartilhada visa romper com um sistema tradicional em que os cuidados diários da prole são delegados apenas a um dos pais, comumente a mãe, enquanto ao outro cabe somente o direito a visitas e à contribuição financeira para o sustento²⁴.

Lôbo²⁵ enfatiza que com a nova lei que regula a guarda compartilhada não se introduz apenas uma nova modalidade de guarda, mas também se possibilita uma considerável reforma no modelo de relacionamento entre pais separados e filhos. A Lei favorece um substancial fortalecimento do direito de convivência

familiar, afastando a preferência da guarda/visita. Nesse contexto, o projeto de lei do Estatuto das Famílias, no capítulo que abarca a guarda dos filhos e o direito de convivência, aconselha ao juiz que opte pela guarda conjunta sempre que possível, garantindo que a criança conviva com ambos os pais²⁶. Evidentemente, pode ocorrer o descumprimento do dever de guarda, mas a Lei Pátria tem tomado providências para esses casos.

A Lei nº. 11.698/2008 também estabeleceu uma nova redação ao parágrafo 4º do artigo 1584, ao prever que, em caso de alteração não autorizada do regime de guarda ou o descumprimento imotivado de qualquer cláusula, seja ela unilateral ou compartilhada, o seu detentor pode sofrer redução das prerrogativas que lhe foram atribuídas, como, por exemplo, o número de horas de convivência com o filho. Tal cominação legal traz consigo uma sanção civil para a hipótese de descumprimento tanto da guarda unilateral quanto da compartilhada, o que, conforme entendimento de Lôbo, é de discutível utilidade, uma vez que tal regra pode vir a comprometer a guarda conjunta ou ampliar a alienação parental, no caso de guarda unilateral²⁷.

Nos casos de sanções, a convivência do filho com seus genitores restará prejudicada, já que a lei prevê a redução do número de horas de convivência. Por outro lado, pode ser conveniente ao pai ou a mãe desejar que isso venha a ocorrer, pois, se deve lembrar que, nem sempre, a disputa judicial é pela maior convivência, mas sim, por motivos inconscientes motivados por rancores decorrentes da separação²⁸. No entanto, o judiciário está a serviço de fortalecer o poder familiar numa visão pós-moderna.

²³ FONSECA, op. cit., p. 7.

²⁴ Ibid. p. 9.

²⁵ LÔBO, op. cit., p. 23.

²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 177.

²⁷ LÔBO, op. cit., p. 25.

²⁸ ESTROUGO, Mônica Guazelli. *Direito de família: quando a família vai ao tribunal*. In: ZIMMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. ; RODRIGUES, Ruy Zoch. *Uma inversão do sentido da demanda judicial a partir das motivações inconscientes*. In: ZIMMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 377.

4. O PODER FAMILIAR

O Instituto do Poder Familiar surgiu com o direito romano e era conhecido como o pátrio poder, no qual o pai detinha mais poderes sobre a prole do que a mãe. À época, o pátrio poder representava um poder absoluto, podendo decidir inclusive sobre a vida e a morte dos filhos²⁹. Atualmente, o poder familiar não tem mais a mesma concepção de poder absoluto, exercidos pelos pais sobre os filhos, como antigamente. Hoje é concebido como um poder centrado e amparado na afetividade, no respeito e no bem estar da criança.

Com o advento do atual Código Civil brasileiro, passou-se a utilizar a denominação poder familiar em substituição ao pátrio poder. Conforme expõe o artigo 1.630 do referido código, os filhos estão sujeitos ao poder familiar quando menores, ou seja, enquanto não alcançada a maioridade civil aos dezoito anos. Venosa³⁰ prefere a redação do artigo 87 do projeto de lei do Estatuto das Famílias ao tratar do mesmo assunto, o qual refere que o poder familiar, representado na autoridade parental, deve ser exercido no melhor interesse dos filhos, deixando de enfatizar a relação de sujeição destes em relação aos pais, o que remete a época do pátrio poder.

No entanto, o poder familiar também envolve a autoridade parental, que é exercida pelos dois genitores, os quais são seus titulares, devendo ser observado o princípio constitucional que garante a igualdade entre os sexos, com a intenção de salientar a inexistência de uma relação de hierarquia entre ambos. Nas palavras de Oliveira³¹, “é um conjunto de deveres e direitos que são atribuídos aos pais que o exercem sobre a pessoa do filho e dos seus bens”. Dessa forma, compete aos pais o exercício conjunto do poder familiar, decidindo assuntos relacionados aos seus filhos, enquanto estes não adquirem capacidade plena. No entanto, o poder familiar não pode ser entendido como o exercício de um poder supremo, mas sim como um encargo decorrente de lei, imposto pela condição de paternidade e maternidade, o qual está disposto no atual Código

Civil e direciona-se a todos os filhos reconhecidos, independente de sua origem³².

Até as últimas décadas do século XX, o exercício do pátrio poder ficava, na maioria das vezes, com o pai. Tal entendimento foi alterado com a redação do artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal de 1988³³, e, em momento posterior, de forma mais clara e objetiva, com o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90)³⁴. Tanto o dispositivo constitucional, quanto o ECA enfatizam que a autoridade parental poderá ser exercida de forma igualitária pelo homem e pela mulher.

De acordo com o exposto, tanto o pai, quanto a mãe, podem exercer a autoridade parental, sendo que nenhum destes perde o exercício do poder familiar com a separação ou o divórcio, conforme disposto no artigo 1.632 do Código Civil vigente. Oliveira³⁵ afirma que tal instituto não pode ser objeto de transferência, seja a título gratuito ou oneroso, da mesma forma que não possui tempo prescricional e decadencial. Dessa forma, segundo a mesma autora, o poder familiar tem as seguintes características:

Irrenunciabilidade – uma vez que os pais não podem deixar de exercê-lo; indisponibilidade – garante ao filho o recebimento de assistência; indivisibilidade – não no seu exercício; imprescritibilidade – não extingue pelo seu “desuso”; e obrigatoriedade – tem que ser exercido³⁶.

Entretanto, mesmo com tais garantias, o cônjuge ou companheiro que não detém a guarda, vê seus poderes de autoridade parental diminuídos. A pessoa que se encontra nessa situação poderá recorrer ao judiciário, quando entender que o exercício do pátrio poder não está sendo convenientemente exercido. Uma alternativa viável, segundo Venosa³⁷, para que isso não ocorra, é estabelecer a guarda conjunta, sendo que, em período concomitante, os genitores continuam com seu poder familiar inalterado, não suprimindo nem

²⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 13.

³⁰ VENOSA, op. cit., p. 293.

³¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 14.

³² VENOSA, op. cit., p. 295

³³ BRASIL, 2007. p. 143.

³⁴ Id., 2009b.

³⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 16.

³⁶ Ibid. p. 17.

³⁷ VENOSA, op. cit., p. 297.

suspendendo o pátrio poder do pai ou da mãe. Tal modalidade de guarda também permite à criança continuar a ter contato com seus referenciais de masculino e de feminino, constituindo, assim, um ponto de suma importância para o seu desenvolvimento³⁸.

Com o implemento de tal modalidade de guarda, passou-se a levar em consideração o desenvolvimento integral dos filhos, tentando evitar que a separação coloque um ponto final ao vínculo de convivência contínua entre pais e filhos. Dessa forma, objetiva garantir aos pais um acompanhamento contínuo do crescimento do filho, uma vez que a convivência passou a ser vista como imprescindível para o seu desenvolvimento, vindo ao encontro da doutrina da proteção integral, atendendo ao melhor interesse da criança e garantindo a dignidade da pessoa humana.

5. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A GUARDA COMPARTILHADA

O poder judiciário prioriza o melhor interesse da criança e do adolescente e, nesse sentido, os filhos também têm seus interesses. No que diz respeito à guarda compartilhada, o melhor interesse dos filhos pode ser utilizado como controle ou solução. O critério de controle, primeiramente, se caracteriza por ser um instrumento que visa permitir uma maior vigilância da autoridade parental, podendo, caso seja necessário, retirar o exercício desse direito. Já, o critério de solução, será empregado sempre que o juiz, analisando cada caso, decidir que, tendo em vista o melhor interesse do filho, a guarda deve ser deferida aos pais, conjuntamente. O critério do melhor interesse da criança apresenta variedade de conteúdo, sendo consagrado como uma cláusula geral e como um princípio protetivo que deve se adequar a cada caso concreto. Para sua real efetivação, se faz necessária uma situação fática, na qual são avaliados os interesses morais e materiais da criança, respeitando a particularidade das partes envolvidas³⁹.

Quando há uma separação, a relação marido e mulher é desfeita, pondo fim ao vínculo de convivência que havia entre ambos. Para Furquim⁴⁰, o mesmo não deve ocorrer entre pais e filhos, já que cabe aos pais a formação moral e intelectual de sua prole, desde o nascimento até sua maioridade ou além desta. Fazendo uso de seus ensinamentos, os pais devem procurar manter uma relação de amizade e carinho, muito importante para o desenvolvimento sadio de seus filhos.

Segundo o novo diploma legal, de acordo com a nova redação dada ao artigo 1584, parágrafo 2º do Código Civil, cessada a convivência entre os pais e não havendo um acordo entre ambos acerca do modo de convivência que cada um terá com os filhos em comum, deverá o juiz aplicar a guarda compartilhada, desde que possível, a fim de assegurar aos filhos o direito de um contato permanente com seus genitores. No entender de alguns doutrinadores como Alves⁴¹, tal dispositivo, ao dar preferência à guarda compartilhada colocando-a como regra de observância quase obrigatória do exercício da autoridade parental após o término do casamento ou da união, na hipótese de não haver acordo entre os pais, sujeita tal modalidade a um provável retrocesso, impossibilitando por completo o sucesso que poderia advir com esta, colocando em risco o melhor interesse da criança.

Já, em concordância com o que afirma Lôbo⁴², a criança não deve ser levada a escolher com quem quer ficar. É direito dela ter contato com ambos, possibilitando, assim, que usufrua das duas linhagens de origem, bem como da cultura, posição social e orientação religiosa. Caso a criança tenha que optar por um dos pais, ou se o magistrado decidir pelo mesmo desfecho, tal situação irá ocasionar uma sobrecarga emocional tanto na criança, quanto no pai que fora preterido na escolha. Deve o juiz cercar-se de cuidados e oferecer a oportunidade da criança ser ouvida, tendo em vista o depoimento sem danos, sem lhe atribuir o mérito por essa difícil escolha⁴³.

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 94

³⁹ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos: na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 124.

⁴⁰ FURQUIM, op. cit., p. 77.

⁴¹ ALVES, op. cit., p. 96

⁴² LÔBO, op. cit., p. 23.

⁴³ GUIMARÃES; GUIMARÃES, op. cit., p. 478.

Não restam dúvidas que o escasso contato com o pai ou com a mãe, através de visitas esporádicas, semanais ou quinzenais, não é recomendável para o desenvolvimento da personalidade do filho, uma vez que se faz imprescindível uma maior participação daquele, quando da educação e cuidado deste⁴⁴. Com a entrada em vigor da Lei que está sendo objeto de análise, a guarda compartilhada passou a ser regra, com dever de observância, visando garantir que o instituto seja dotado de efetividade. No entanto, conforme apontamento de Dias⁴⁵, “a tendência ainda é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, sob justificativa de que é necessário o consenso entre as partes”.

Salienta Garcia⁴⁶ que o instituto da guarda compartilhada nem sempre poderá ser adotado, uma vez que depende da atitude e da disposição dos pais. Para o autor, a regra geral continua sendo a da guarda unilateral, pois, nem sempre é fácil conciliar os interesses dos pais, fazer com que eles se disponham a dividir de forma harmoniosa a tarefa de criar o filho, afastando as diferenças pessoais do dever que têm de juntos zelá-lo e cuidá-lo. Nesse sentido, Alves⁴⁷ ensina que diante da existência prévia e contínua de litígio entre os genitores, não se recomenda a fixação da guarda conjunta, “sob pena não só de frustração da medida, mas, sobretudo, de violação do melhor interesse do filho”, o qual deve ser priorizado pelo juiz. Para que a guarda compartilhada venha a ter o sucesso esperado, conforme Lôbo⁴⁸, se faz necessário um trabalho conjunto entre o juiz e as Varas de Família, visando a conscientização dos pais, bem como a superação de seus conflitos, o que pode ser conseguido através da mediação e do tratamento psicológico⁴⁹.

Confiou o legislador, no melhor discernimento dos pais, por acreditar que suas escolhas são, presumidamente, sempre em benefício dos filhos. No entanto, o juiz deve verificar se o acordo é, efetivamente, favorável ao menor, conforme orientação do artigo 1.586 do atual Código Civil, atribuindo-lhe o poder de intervir, modificando o que fora anteriormente ajustado, sempre que houver motivos considerados graves⁵⁰. A aplicabilidade do instituto em questão depende de um amadurecimento dos pais, de relativa superação de mágoas e de frustrações que, porventura, ainda tenham um do outro, para que, ao final, a referida lei não se torne inócua e considerada fomentadora de maiores problemas entre os genitores⁵¹.

Dessa forma, caso a guarda conjunta venha a ser exigida e o conflito pré-existente entre os genitores continuar, tal circunstância pode prejudicar o bom andamento desse instituto, violando o princípio do melhor interesse da criança. Desse ponto de vista, de acordo com Alves⁵², apresenta-se de extrema improbabilidade o compartilhamento da guarda entre pessoas que continuam preservando desavenças, dificultando a convivência entre ambas, podendo desencadear o desenvolvimento da alienação parental. A situação pode ser contornável, como fora ressaltado anteriormente, pela prática da mediação, uma vez que tal conflito pode ser trabalhado e não vir a ser transferido tão intensamente aos filhos, ou até ser encaminhada uma solução definitiva, de modo a harmonizar o convívio familiar, proporcionando um desenvolvimento saudável da nova configuração familiar. No entanto, conforme posicionamento de Lôbo⁵³, para que a mediação alcance o resultado esperado, os pais devem participar de sucessivas sessões com o mediador até darem-se conta da melhor forma de exercer conjuntamente a guarda. Ao mediador nada cabe decidir, pois não lhe compete julgar nem avaliar os direitos de cada genitor, devendo contribuir somente com a efetividade da transação feita pelos pais⁵⁴, para, assim, viabilizar a guarda compartilhada que, diante dos princípios constitucionais do melhor

⁴⁴ ALVES, op. cit., p. 101.

⁴⁵ DIAS, op. cit., p. 401.

⁴⁶ GARCIA, Marco Túlio Murano. Reflexões sobre a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil: guarda compartilhada e outras questões. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, out./nov. 2008. p. 107.

⁴⁷ ALVES, op. cit., p. 113.

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008a. p. 177

⁴⁹ MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A prática moderna da mediação: integração entre a psicologia e o direito. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 497.

⁵⁰ LÔBO, op. cit., p. 24.

⁵¹ DIAS, op. cit., p. 402.

⁵² ALVES, op. cit., p. 110.

⁵³ LÔBO, op. cit., 2008^a, p. 177.

⁵⁴ MARODIN; BREITMAN, op. cit., p. 499.

interesse da criança e da convivência familiar, é, sem dúvida, a modalidade mais satisfatória de guarda.

Conclui Dias⁵⁵ ao afirmar que a preferência legal é pelo compartilhamento, garantindo, assim, maior participação dos genitores no desenvolvimento da prole. Seguindo o exposto pela mesma autora, o novo modelo de co-responsabilidade, além de ser ideal, é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, a ponto de retirar da guarda a idéia de posse. Notavelmente, a nova lei da guarda compartilhada tem sido recebida com entusiasmo pela comunidade jurídica brasileira, embora possam ser citadas algumas falhas, as quais deverão ser corrigidas com o passar do tempo. É um instituto que deve ser concebido, não apenas como uma vitória dos pais, mas sim como uma valiosa conquista dos filhos, os quais devem ver atendidos, primeiramente, os seus interesses, rompendo com um período histórico relativamente longo, no qual o importante era atender os interesses dos pais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de preservar, sob qualquer hipótese, o interesse da criança e do adolescente, bem como sua integridade como pessoa humana, achou-se por bem regular, expressamente, um modelo alternativo de guarda que já vinha sendo utilizado há certo tempo pelo ordenamento jurídico pátrio, a guarda conjunta ou compartilhada.

Acredita-se, todavia, que ainda há alguns pontos a serem discutidos, principalmente no que tange à possibilidade de imposição da guarda conjunta pelo magistrado. Salienta-se, dessa forma, que não basta o advento de uma lei para legitimar um juiz a optar por esta ou por aquela modalidade de guarda. É necessária uma mudança cultural da sociedade brasileira, principalmente no sentido de conscientizar os pais da necessidade de participar ativamente do dia-a-dia de seus filhos. Sabe-se que há muitos pais que, embora tenham o direito de visitação preservado, não o exercem. Deve-se procurar mudar a mentalidade de que

basta um auxílio financeiro para suprir a carência afetiva na vida do filho, valorizando o carinho, a atenção e a participação ativa que são fundamentais.

Os genitores devem ter em mente que, com o fim do casamento ou da união estável, os laços parentais existentes entre estes e seus filhos não devem se enfraquecer, tampouco se desfazer. Para que a relação familiar seja preservada, a guarda compartilhada mostra-se, oportunamente, a melhor solução para dar condições, a fim de que a nova estrutura familiar seja construída com o espírito de preservação de relações éticas e solidárias, e que os filhos tenham contato com seus referências materno e paterno, com o intuito de diminuir os impactos da ruptura ocasionada pela separação.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a lei nº. 11.698/2008. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009. p. 95-117.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. *Código Civil*: míni. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 19 jul. 2009b.

_____. *Lei n. 11698 de 13 de junho de 2008*. Altera os artigos. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em 15 jul. 2009c.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos: na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ESTROUGO, Mônica Guazelli. Direito de família: quando a família vai ao tribunal. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A.

⁵⁵ DIAS, op. cit., p. 402.

C. M. (Orgs.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 253-263.

FONSECA, Priscila Corrêa da. Guarda compartilhada x poder familiar: um inconcebível contra-senso. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 49, ago./set. 2008. p. 7-11.

FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. Os filhos e o divórcio. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 47, abr./maio 2008. p. 77-82.

GARCIA, Marco Túlio Murano. Reflexões sobre a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil: guarda compartilhada e outras questões. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, out./nov. 2008. p. 107-114.

GUIMARÃES, Marilene Silveira; GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira. Guarda - um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 477-496.
LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº. 11.698/2008. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 6, out./nov. 2008b. p. 23-35.

MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A prática moderna da mediação: integração entre a psicologia e o direito. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 497-511.

OLIVEIRA, Simone Costa Saletti. Guarda compartilhada. *Revista Iob de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 49, ago./set. 2008. p. 12-34.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Ruy Zoch. Uma inversão do sentido da demanda judicial a partir das motivações inconscientes. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 377-384.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.