

GUARDA COMPARTILHADA

Marconi de Sena Almeida.

1 INTRODUÇÃO

A família, além de ser o lastro estrutural da vida de cada um, é também a base da sociedade, como afirma o art. 226 da Constituição Federal de 1988, merecendo, ainda segundo o mesmo diploma legal, especial proteção do Estado.

Diante da tamanha importância deste núcleo, necessário é atentar cuidadosamente para a situação das crianças e adolescentes cuja família foi fragmentada, levando sempre em consideração o fato de que estes seres merecem, com prioridade absoluta, proteção integral, conforme dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com este foco, o Direito aponta uma solução que vem a amenizar o sofrimento causado pelo desfazimento do núcleo familiar: a guarda compartilhada. Resta, então, compreender tal instituto, observando suas vantagens e desvantagens e, principalmente, sua eficácia diante do fato de que o art. 1.584 do Código Civil Brasileiro prevê, tanto para o instituto da guarda unilateral quanto da compartilhada, a mesma forma de fixação, que pode ser o consenso ou a determinação judicial.

Desta forma, além de analisar o instituto em si, suas vantagens, críticas e implicações, o presente trabalho visa verificar detidamente se a inexistência de consenso na fixação do compartilhamento é ou não salutar, haja vista que os benefícios oriundos do estabelecimento consensual do novo regime são indiscutíveis.

2 GUARDA COMPARTILHADA

Por Guarda Compartilhada entende-se o sistema no qual os pais que não convivem maritalmente dividem a responsabilidade legal sobre os filhos, compartilhando obrigações e responsabilizando-se conjuntamente pela tomada de decisões, cooperando entre si, em prol do bem estar físico e psicológico dos filhos.

É o exercício comum da autoridade parental, que reserva a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores. O equilíbrio dos pais, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família (OLIVEIRA, 2008, p. 68)

Nesta modalidade, a educação e criação da prole não estão sob o encargo de apenas um dos pais, pois ambos os genitores detém autoridade equivalente, tal como acontece quando a família ainda não foi fragmentada. Mantém-se, portanto, praticamente inalterados, os laços de amor, carinho, zelo e autoridade, diferentemente do que acontece na guarda unilateral.

As conseqüências da separação conjugal, na vida dos filhos, diminuem, pois a “guarda conjunta preservaria o relacionamento pais-filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psico-emocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda”.

Guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, “os pais tem efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única”, ou seja, é a divisão da guarda jurídica (OLIVEIRA, 2008, p.172)

Este modelo, portanto, ao preservar estes laços e possibilitar que os filhos continuem sendo assistidos por ambos os pais, inclusive proporcionando maior tempo de relacionamento entre eles, mantém viva a relação de pais e filhos e conseqüentemente o vínculo afetivo após a dissolução da sociedade conjugal, o que, por óbvio, prioriza o interesse dos filhos e protege a vida do ser humano em formação, sem deixar de homenagear a igualdade de gêneros preconizada pela Constituição Federal de 1988.

Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais (OLIVEIRA, 2008, p.69)

A guarda compartilhada, portanto, é a atribuição da guarda jurídica a ambos os pais, para que exerçam igualmente os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, protegendo, assim, a criança e o adolescente cujos direitos têm prioridade no plano constitucional. Dessa forma, as conseqüências da separação conjugal diminuem, trazendo um melhor desenvolvimento psico-emocional das crianças.

Para Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas,

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS, 2009, p.28),

Revela a Autora ainda que,

Nesta modalidade de guarda os pais compartilham das decisões gerais para com os filhos, incluindo cuidados médicos, educacionais, de lazer etc., permitindo a conservação dos direitos e deveres a eles imputados, pois a guarda envolve um complexo de atributos do poder familiar, inerente aos genitores. (QUINTAS, 2009, p.29)

Não restam dúvidas, portanto, que o instituto é extremamente benéfico, cabendo, contudo, estudá-lo mais detalhadamente.

2.1 Pressupostos

Infelizmente, muitos casais não tentam ou não conseguem equacionar os seus problemas durante a união para que, mesmo após a separação, possam ter uma convivência minimamente harmoniosa. O resultado disso são inúmeros pais e mães mantendo relação de inimizade. Pessoas que simplesmente não dialogam ou sequer se cumprimentam.

Em situações como essas, é impossível prosperar o sistema compartilhado, visto que seu pressuposto fundamental é a boa relação entre o

ex-casal. Isto porque nesta modalidade de guarda os pais precisarão decidir conjuntamente sobre vários aspectos da vida dos seus filhos, o que de certo, é impossível para pais que se antipatizam e não sabem separar os problemas conjugais da tarefa de ser genitor.

É importante que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos.

Os pais devem ter a consciência de que a relação entre eles , ou seja, a relação conjugal que se dissolveu é diversa da relação existente de cada um deles com os filhos que tiveram em comum (OLIVEIRA, 2008, p.171)

Confirmando o quanto argumentado:

A guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuem uma relação de respeito e cordialidade e estão emocionalmente maduros e resolvidos na questão da separação conjugal (OLIVEIRA, 2008, p. 185)

Há ainda um outro pressuposto que é o de que ambos os pais estejam aptos a assumir a guarda. Dessa forma, se um dos pais é viciado em drogas, por exemplo, não deverá ser aplicado o sistema compartilhado de guarda por ausência de condições. Como bem diz Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quitas (2009, p.72) “É preciso que tenham habilidade, capacidade legal, moral e intelectual, condições de desempenhar as atribuições do poder familiar”.

2.2 Aplicação Prática

Não existe regramento predeterminado para o funcionamento prático da guarda compartilhada, visto que ela funcionará de diferentes formas a depender do caso concreto, sendo justamente essa flexibilidade que torna o instituto tão atrativo.

Devem, os pais, por meio do diálogo, promover arranjos nos quais decidam conjuntamente e em igualdade de condições sobre aspectos importantes da vida dos filhos, visando sempre o interesse dos mesmos.

Como já explicitado no Capítulo 3, a guarda compartilhada não pressupõe a alternância de residências, o que não quer dizer que ela não possa existir. Contudo, o que configura o instituto não é a moradia, mas a cooperação mútua em prol dos filhos.

Revela-se importante ressaltar que nem todas as decisões devem ser tomadas conjuntamente, visto que tal situação traria entraves ao dinamismo da rotina familiar. Apenas as decisões importantes devem ser compartilhadas. Em verdade, devem, os pais, adotar os mesmos valores na educação dos filhos, ou seja, ambos devem adotar a mesma base de princípios que fundamentará a criação e educação das crianças e adolescentes.

Questões como o colégio a ser escolhido, as atividades de lazer a serem desenvolvidas, a orientação religiosa etc., deverão ser debatidas e solucionadas por ambos os cônjuges, posto que esta é a idéia que justifica a escolha da “guarda compartilhada”.

Em verdade, portanto, o que ocorre na “guarda compartilhada” é a plena participação de ambos os genitores em todos os aspectos da formação dos filhos, independentemente destes permanecerem da companhia de um deles apenas nos finais de semana e feriados (OLIVEIRA, 2008, p.184)

Outro fator digno de nota é explicitar que a guarda compartilhada não pressupõe igualdade de tempo na companhia do menor, pois um dos pais pode desfrutar mais do que o outro da presença do filho. O importante é que ambos possuam autoridade sobre sua vida, sendo fundamental que a criança ou o adolescente perceba que pai e mãe divorciaram-se entre si, mas permanecem unidos na tarefa de protegê-los e orientá-los.

Com a guarda compartilhada, não se pretende que o ex-casal mantenha uma relação entre si como o fora antes, apenas que as decisões no que dizem respeito aos filhos sejam tomadas em conjunto e que ambos possam manter um contato com o filho sempre que possível e da forma que acordado. Guarda compartilhada não significa tempo igual com a criança, mas que esta tenha acesso aos pais sempre que necessário.(QUINTAS, 2009, p.68)

Diante das considerações trazidas pode-se perceber a homenagem à individualização das situações que não são e não devem ser generalizadas, sob pena de desconfigurar o instituto e, o que é pior, trazer prejuízos aos filhos ao invés de garantir estabilidade aos mesmos.

3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA POR MEIO DE IMPOSIÇÃO JUDICIAL

Conforme demonstra o estudo da legislação em vigor, o ordenamento jurídico pátrio autoriza o juiz a fixar a guarda compartilhada mesmo contra a vontade de um dos pais.

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (CC 1.583, § 4º). Caso não estipulada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, há a possibilidade de ser buscada em demanda autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria (CC 1.584, I). Caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Mesmo que tenham os pais definido a guarda unilateral, há a possibilidade de um deles pleitear a alteração. Mesmo se ambos os pais discordarem, o juiz pode impor com o compartilhamento, contanto que tenha por comprovado sua viabilidade.

Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada, encaminhando os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129 III), para desempenharem a contento tal mister. (DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada, uma novidade bem vinda! Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/guarda-compartilhada--uma-novidade-bem-vinda.cont>>. Acesso em: 09 out 2010)

Desta feita, o art. 1.584 do Código Civil Brasileiro prevê, tanto para o instituto da guarda unilateral quanto da compartilhada, a mesma forma de fixação, que pode ser o consenso ou determinação judicial. Ou seja, modalidades de guarda diametralmente opostas podem ser estabelecidas através do mesmo procedimento, não havendo nenhuma especificidade na fixação da nova modalidade de guarda que exige, para o seu sucesso e conseqüentemente para o perfeito atendimento dos interesses das crianças e adolescentes filhos de pais não conviventes, uma relação lastreada pela cooperação, compreensão e diálogo.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

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; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). (BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out 2010).

No citado texto da renomada autora Maria Berenice Dias, como também na letra da lei acima transcrita, não são raras palavras como demanda, determinar, impor e decretar. Diante disso, questiona-se:

Como pais que não conseguem chegar a um acordo sobre a fixação da guarda compartilhada terão condições de acordar sobre pontos importantes da vida dos filhos?

[...] no caso da guarda compartilhada por motivo de necessidades específicas e por decreto do juiz, o que se pressupõe pedido por um dos guardiões, logo, em procedimento contencioso que consideramos inadmissível, porque onde existe conflito entre os pais, torna-se incompatível o decreto dessa novel modalidade de guarda.(OLIVEIRA, 2008, p.38-39)

Nessa esteira, cabe destacar o seguinte entendimento jurisprudencial:

Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (TJRS - Apelação Cível Nº. 70 005 760 673 – 7ª Câm. Cível – rel. Dês. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 12.03.03).

É valioso ressaltar, ainda, no que tange ao inciso II e ao § 2º do art. 1.584, as seguintes considerações:

Trata-se, como se percebe, de outra norma dispositiva que poderá gerar enormes perplexidades e dificuldades na sua inteligência e aplicação, mercê de suas omissões e falta de clareza.

Ora, uma guarda decretada pelo juiz pressupõe a existência de um procedimento ou de uma ação contenciosa por iniciativa de um dos pais ou de quem possui legitimidade *ad causam* para ajuizá-la. (OLIVEIRA, 2008, p.37)

Impende ser destacado, ainda:

[...] extraímos as seguintes conclusões: As normas propostas não seriam imperativas, mas dispositivas, já que questões de tal delicadeza e complexidade, jamais poderiam ser impostas pela lei, mas recomendadas ou sugeridas. (OLIVEIRA, 2008, p.70)

Diante do exposto, não resta dúvidas de que a atual sistemática brasileira permite que guarda compartilhada, além de ser fixada por meio de

consenso entre os pais, seja imposta através de determinação judicial. Várias dúvidas, porém, pairam sobre a pertinência desta última forma de fixação, bem como suas conseqüências. É o que se verá no Capítulo subsequente.

4 GUARDA COMPARTILHADA FIXADA POR IMPOSIÇÃO JUDICIAL: TENDÊNCIA AO FRACASSO.

Como explicitado em linhas pretéritas, o ordenamento jurídico pátrio estabelece as mesmas formas de fixação tanto para a guarda compartilhada quanto para a guarda unilateral, institutos diametralmente opostos e que, por essa razão, deveriam receber tratamento diferenciado. Isto porque a imposição da guarda compartilhada contrariando a vontade de um dos pais, vem contrariar, também, o pressuposto básico do instituto, que é a boa relação entre os genitores, trazendo, dessa forma, desde a origem, a probabilidade de falência do sistema conjunto de guarda.

É preciso que seja fixada por consentimento mútuo dos pais, arrostando-se a peculiaridade de cada caso, e mediante procedimento em que se apurem tais condições; deve-se levar em conta, por exemplo, a idade da criança ou do adolescente, a sua audição se possível; o atendimento dos requisitos que cabe aos progenitores para o seu exercício; o embasamento sempre que necessário em laudos profissionais como psicólogos e assistentes sociais, e orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, nos termos da lei.

O nível educacional e cultural e o bom relacionamento de amizade dos pais após a ruptura da união. Deve-se levar em conta também, o relacionamento harmônico do casal, a continuação do sentimento de amizade apesar da separação, como amiúde ocorre. O casal que se separa em “pé de guerra”, já desgastado, não raro, pelas amarguras e frustrações, ocorrentes nas batalhas judiciais, onde na beligerância vicejam ódios e ressentimentos e que disputam a guarda do filho em acirradas demandas, conforme demonstram os casos concretos apresentados neste livro, dificilmente chega-se a um consenso quanto à custódia e

visitação do mesmo, tornando-se absolutamente impossível a guarda compartilhada.

E, parafraseando PAULO ANDREATTO BONFIM, “Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida”.

As razões que exprimem nosso ponto de vista coincidem com o de vários juristas e pesquisadores da área [...]. (OLIVEIRA, 2008, p.71 e 72)

Se é que se pode definir apenas uma palavra chave para definir o modelo compartilhado de guarda, esta seria diálogo, pois os pais, sobretudo, precisam possuir a capacidade de se entender mutuamente, visto que todas as decisões relativas ao bem estar dos filhos deverão ser adotadas conjuntamente. Contudo, se a guarda compartilhada é imposta, ou seja, se não é fruto de um acordo homologado judicialmente, isso significa que eles não conseguiram dialogar ou que o diálogo não surtiu efeitos. Verifica-se, portanto, a inexistência de consenso desde a origem, havendo uma tendência a que isso se perpetue durante o compartilhamento da guarda.

Segundo opinião do jurista Paulo Andreatto Bonfim cujo parecer integra a obra de Oliveira (2008):

Não é preciso fazer maiores digressões para vislumbrar que nem mesmo a “guarda compartilhada” poderá ser aplicada quando ausente a necessária harmonia entre os genitores. Destarte, sendo freqüentes os conflitos, discussões, brigas, ou até mesmo agressões físicas e/ou morais a “guarda compartilhada” não terá possibilidade de ser aplicada com sucesso (OLIVEIRA, 2008, p.185)

Ressalte-se que o bem estar da prole não exige apenas que os pais consigam chegar a reiterados consensos, mas que estes ocorram de forma não conflituosa. Contudo, após o transcurso de um processo judicial que termina por impor compartilhamento de guarda não desejado por um dos genitores, será difícil que esse ex-casal encontre, de forma harmônica, denominadores comuns quanto à criação e educação dos filhos.

Segundo a Jurista Lindajara Ostjen Couto citada em Oliveira (2008):

O pressuposto de maior importância para a determinação da guarda compartilhada, no entanto, é o bom relacionamento dos pais.

Os pais que vivem em um continuado desentendimento, não cooperativos, não comunicativos, insatisfeitos e que “sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam aos filhos” podem tornar a guarda compartilhada em um tormento para seus filhos.(OLIVEIRA, 2008, p.173).

A imposição da guarda significa, ainda, a existência de um processo litigioso e desgastante, além do fato de que um dos pais se sente vencido e derrotado, enquanto outro se vê vencedor e superior. Ou seja, o binômio ganhador-perdedor, típico da guarda unilateral e contrário à idéia de compartilhamento, ao invés de desaparecer, persiste.

4.1 Os Prejuízos que a Guarda Compartilhada Imposta Pode Acarretar

Os prejuízos que a guarda compartilhada imposta pode acarretar giram, todos eles, ao redor do conflito causado ao se utilizar da coerção quando a situação exige conscientização e cooperação.

Tal conflito pode ser originado pelo fato dos pais não terem uma boa relação, sendo a guarda imposta mesmo assim; dos casos em que os pais têm uma boa relação, mas um deles não se sente preparado para a convivência constante com o ex, bem como de outras situações que têm como eixo principal a inexistência de consenso para o estabelecimento do sistema compartilhado de guarda, trazendo, como resultado o desvirtuamento do instituto.

Como já explicitado em considerações retromencionadas, o objetivo primordial da guarda conjunta é amenizar o sofrimento dos filhos que passaram

a ter a família fragmentada. No entanto, os conflitos gerados pela imposição do compartilhamento causam efeito contrário, acarretando mais dor e trauma à prole que, muitas vezes, passa a presenciar brigas nunca antes vistas ou vê se perpetuar, e de forma muito mais acentuada, as agressões comuns à relação dos pais enquanto conviventes.

Guarda compartilhada – interesse do menor – situação financeira do pai – recurso improvido. 1) Não há que se manter a guarda compartilhada quando os pais não têm uma convivência harmônica, chegando, inclusive, a agressões físicas. Tal instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação brusca do casal. Contudo, verificando que os genitores não conseguem manter um nível de civilidade suficiente, não é possível que a criança seja prejudicada emocionalmente pela relação tormentosa dos seus genitores. 2) O instituto da guarda deve atentar para o interesse do menor, não sendo possível conferir este direito a um dos pais, quando esta pretensão se baseia em fins meramente financeiros (20030310172570APC, Relator Min. JOSÉ DE AQUINO PERPÉTUO, 3ª Turma Cível, julgado em 20/03/2006, DJ 04/07/2006 p.146).

O bem estar da criança e até mesmo do adolescente, de certo, fica comprometido quando um dos pais não aceita o compartilhamento. Em determinadas situações, mais comuns do que se imagina, os filhos tornam-se confusos, ora seguindo as orientações da mãe, ora do pai, quando na verdade os genitores deveriam seguir os mesmos critérios e direcionamentos.

A atuação constante do genitor antes limitado a visitas pode, muitas vezes, ser extremamente prejudicial, confundindo aquele ser humano em desenvolvimento, retirando-lhe a paz e o equilíbrio necessários.

Desta feita, a guarda unilateral é mais benéfica do que a compartilhada fixada por imposição da autoridade judiciária, pois se na primeira

há ausência de um dos genitores ou um clima tenso que se revela mais acentuadamente em finais de semanas alternados, na outra há a presença incômoda da disputa entre os pais que, ao invés de se limitar aos períodos de visita, passa a ocorrer com assiduidade, visto que todas as decisões importantes inerentes à criança devem ser tomadas conjuntamente.

Mesmo nos casos em que os pais não revelam as contendas aos filhos, não se pode dizer que o compartilhamento imposto da guarda não traz prejuízos, haja vista que os conflitos vividos e escondidos a duras penas desestruturam aqueles que deveriam ser referenciais de estabilidade, não havendo dúvida de que se os pais são infelizes, os filhos tendem a também sê-lo.

Não se vislumbram, pois, benefícios trazidos pela guarda compartilhada fixada por imposição judicial, apenas um grande prejuízo à saúde mental daqueles que o instituto visa proteger integralmente e como prioridade absoluta, o que se revela uma grande contradição.

4.2 Conscientização ao Invés de Coação

Se a mãe reconhece no pai alguém com quem ela pode contar no que se refere à criação de seu filho e se o pai enxerga na mãe, mesmo após a dissolução conjugal, uma parceira capaz de manter o diálogo, sendo ambos capazes de harmonicamente cooperarem um com o outro, e se assim o desejam, não há porque deixar de implantar a guarda compartilhada. No entanto, isso não deve ser feito através de imposição judicial, sob pena de desestruturação da boa relação existente. Ao contrário disso, deve o juiz explicar sobre o instituto e demonstrar os seus benefícios, de forma que estimule os pais a o adotarem, cabendo ao Judiciário apenas a homologação do acordo.

Levando em consideração a situação tradicional, em que a mãe detém também a guarda física da criança, é preciso que seja explicado a ambos que a guarda compartilhada não pressupõe alternância de residências,

podendo a criança continuar a residir com a genitora. Deve ser demonstrado, ainda, que o compartilhamento não implica na anulação da pensão alimentícia, pois esta é uma dúvida freqüente dos que ainda não conhecem o instituto.

Observe-se o comentário de Otávio Luiz Rodrigues Junior:

Na guarda compartilhada, o valor dos alimentos é também influenciado por esse regime. Como o filho permanece no domínio de um dos pais, como usualmente se reconhece na doutrina, esse genitor arcará com maiores encargos e essa condição deverá refletir no valor dos alimentos devidos (COLTRO; DELGADO, 2009, p.293).

Em linhas gerais, os pais precisam entender que, uma vez fixada a guarda conjunta, eles poderão acordar sobre a melhor forma de desenvolver esse sistema no qual o maior dos beneficiados é o filho em comum. Contudo, se após todos os esclarecimentos um dos dois não desejar compartilhar a guarda, isso significa que ele não está apto a desenvolvê-la satisfatoriamente, aptidão esta que não surgirá em consequência de uma mera imposição judicial. Desta forma, o caminho é a conscientização dos pais e não a coação dos mesmos.

5 O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DO REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA

Pelo fato de cada núcleo familiar ser único e permeado de particularidades, por muitas vezes o Juiz não tem capacidade, mesmo respaldado em equipe multidisciplinar, de prever as conseqüências advindas de suas decisões. Por esse motivo, o instituto da mediação apresenta-se extremamente atrativo, devendo ser fomentado no ordenamento jurídico pátrio.

A mediação é diferente de terapia. Apesar de ter um efeito terapêutico importante, a mediação se ocuparia da solução prática do conflito através da negociação das diferenças e a terapia trabalharia no plano simbólico, visando a uma mudança pessoal e relacional, através de intervenções e interpretações na dinâmica da personalidade.

Difere também de conciliação. Enquanto esta favoreceria unicamente o acordo, sendo o braço direito da justiça, aquela favoreceria a comunicação e o questionamento. Haim Grunspun faz uma nítida diferenciação, ao afirmar que, na conciliação, os terceiros conduziram o processo na direção do acordo, opinando e propondo soluções, podendo usar seus conhecimentos profissionais nas opiniões que emitissem. Na mediação o terceiro não opinaria, não sugeriria. Nem decidiria pelas partes e estaria proibido de usar seus conhecimentos profissionais (QUINTAS, 2009, p. 99).

Na maioria das vezes os genitores buscam o Poder Judiciário porque estão precisando de auxílio para dirimir seus conflitos. No entanto, melhor do que ter um terceiro decidindo sobre aspectos importantes da família em litígio é propiciar meios para que as situações sejam dirimidas por seus próprios componentes.

É através da mediação que a justiça devolve à família o poder de decidir seu futuro, além de ser uma forma de pacificar os conflitos. Para o juiz Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, todos os esforços deveriam ser feitos com o objetivo de pacificação da família. Na mediação, o mediador, um profissional apto, propicia a negociação e a comunicação entre as partes, levando-as a elaborar acordos adequados a suas realidades em busca do melhor interesse dos filhos. (QUINTAS, 2009, p.98)

Como na mediação a decisão não é imposta, emergindo, portanto, das partes envolvidas, percebe-se aí um terreno adequado à fixação da guarda compartilhada.

Quando um casal se separa, a comunicação muitas vezes é deturpada diante dos sentimentos ruins que levaram o casal a não viver mais juntos. Mesmo aqueles pais que nunca dividiram o mesmo teto, em determinados casos, não mantêm uma discussão direta a respeito da guarda, cabendo ao advogado estabelecer seus parâmetros, o que leva os pais a um acordo que, futuramente, não irá atender as suas necessidades nem a de seus filhos. É preciso um terceiro, o mediador, que, com técnicas apropriadas, facilite a comunicação e propicie aos pais uma análise direta da contenda.

De acordo com Haim Grunspun, na mediação as tomadas de decisão e a autoridade ficariam inteiramente com as partes. O mediador agiria como um facilitador, orientando as partes na identificação dos temas, engajando-as na solução dos problemas em conjunto e explorando as possibilidades de acordos alternativos. As partes ficariam mais satisfeitas com as resoluções das mediações do que com resoluções impostas.

Portanto, a mediação favorece um acordo de guarda compartilhada mais sólido, baseado no verdadeiro interesse

das partes. Apresenta uma nítida visão aos pais da importância e responsabilidade destes na vida de seus filhos, o que é fundamental, já que a opção da guarda compartilhada deve partir dos pais e exige um bom relacionamento entre eles. (QUINTAS, 2009, p.99)

Importa ainda ressaltar que, mesmo nos casos em que a mediação não consegue alcançar um denominador comum entre os pais, não se pode dizer que foi infrutífera, haja vista que a comunicação foi estabelecida, havendo tendência à amenização do conflito.

Com a mediação o juiz não perde suas funções, podendo retomar a ação a qualquer tempo. Além do que, os acordos mediados não obrigam nem o juiz nem os pais, até que sejam homologados.

Destarte, deveria ser incluído nas Varas de Família um serviço de mediação para os processos que envolvessem guarda de filhos. (QUINTAS, 2009, p.102)

Diante das considerações acima esposadas não há dúvida de que o instituto da mediação e o da guarda compartilhada guardam uma intensa interação entre si e que, unindo ambos, é possível potencializá-los, o que só traz benefícios ao Judiciário, aos pais e, principalmente, às crianças e adolescentes que já se encontram fragilizadas em virtude da fragmentação de seu núcleo familiar.

6 CONCLUSÃO

Objetivando amenizar o sofrimento dos filhos em virtude da fragmentação do seu núcleo familiar, o compartilhamento da guarda, levando em consideração que a presença do pai e da mãe é fundamental ao saudável desenvolvimento emocional da prole, visa propiciar que os genitores, através do diálogo e cooperação, possam decidir conjuntamente sobre aspectos importantes da vida das crianças e adolescentes envolvidos.

Não havendo regras práticas preestabelecidas para o instituto, muitas vezes confundido com a guarda alternada, pode-se dizer que as vantagens superam as desvantagens, haja vista que estas últimas, em sua maioria, não fazem parte da guarda compartilhada em si, mas da forma pela qual ela vem sendo aplicada: através de imposição judicial.

Esta forma de fixação, ao invés de por fim aos conflitos, os potencializa, gerando, desde o início, a probabilidade de falência do sistema compartilhado de guarda, posto que não homenageia o entendimento, o acordo e a cooperação, atributos vitais ao desenvolvimento desta espécie de guarda.

Além disso, a fixação da guarda compartilhada através de imposição judicial, por trazer ao dia-a-dia dos pais situação indesejada, pode criar conflitos ou os agravar, o que vem a contrariar os objetivos pelos quais o novo sistema foi adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Diante da explanação detalhada a respeito de todos esses tópicos, o presente trabalho demonstrou o seu inconformismo quanto a fixação da guarda compartilhada imposta por decisão judicial, apresentando a mediação como saída bastante eficaz, haja vista que se encaixa perfeitamente ao instituto da guarda compartilhada e às necessidades das famílias, principalmente daquelas em conflito.

Desta feita, a aplicação de tal instrumento, que vem se revelando bastante propício às situações que envolvem direito de família, nada mais é do que uma homenagem à conscientização em detrimento da coação.

Isto porque na mediação os pais têm a oportunidade de, na presença de um terceiro, refletir, conversar, avaliar, ceder, conhecer o instituto da guarda compartilhada, avaliá-lo, discuti-lo e ponderar sobre ele, para, ao final levarem ao Judiciário a decisão tomada conjuntamente.

Em sendo fruto da consciência de ambos, tal decisão revela-se mais efetiva e eficaz, trazendo melhores resultados não só para aquele núcleo familiar, mas também para o sistema em si. Além disso, em sendo a guarda compartilhada adotada, tem ela, como já dito anteriormente, melhores chances de adequar-se ao dinamismo da vida familiar, haja vista que o presente trabalho comprovou os aspectos negativos oriundos da imposição.

Assim sendo, o estudo em tela demonstra que se faz necessário modificar o ordenamento jurídico ora em vigor, introduzindo a mediação nas Varas de Família e separando, no que tange à forma de fixação, a guarda compartilhada da guarda unilateral.

A guarda conjunta, por ser instituto peculiar que não se coaduna com a imposição, visto que necessita do bom relacionamento dos pais para lograr êxito, não pode continuar a receber o mesmo tratamento da guarda unilateral, devendo ser fixada única e exclusivamente através do consenso, seja ele obtido diretamente entre os pais e apenas homologado judicialmente, ou fruto da intervenção do próprio magistrado, de equipe multidisciplinar ou da mediação.

Em resumo, nas relações familiares, principalmente quando há crianças e adolescentes envolvidos, devemos apenas tentar homenagear a paz, pois como já dizia Mahatma Gandhi, “Não existe um caminho para a paz! A paz é o caminho!”. Vamos, portanto, percorrê-lo.