

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

GESSICA VIEIRA VASCONCELOS

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE
APLICAÇÃO EM TODOS OS CASOS DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL**

**ARACAJU
2017**

GESSICA VIEIRA VASCONCELOS

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE
APLICAÇÃO EM TODOS OS CASOS DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADORA: Prof. Ma. Antonina Gallotti Lima Leão.

**ARACAJU
2017**

GESSICA VIEIRA VASCONCELOS

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE
APLICAÇÃO EM TODOS OS CASOS DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma. Antonina Gallotti Lima Leão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Esp. Raissa Nacer Oliveira de Andrade
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Esp. Gilda Diniz dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais Maria do Carmo e José, meus irmãos Edvaldo, Jacielma, Jocilea e Rafael, e a meu marido Marcos, pela compreensão e incentivo na conquista deste sonho.

AGRADECIMENTOS

À Deus, minha fortaleza e refúgio, que não me deixou desistir diante dos obstáculos e dificuldades, fazendo-me acreditar que eu era capaz de concluir mais essa etapa, a Ti a minha eterna gratidão.

Aos meus queridos Mestres pelos ensinamentos durante esses cinco anos de curso, sem a contribuição de vocês nada disso seria possível.

Aos professores Antonina e Fernando, por terem me ensinado a construir um projeto científico culminando nesta monografia.

De forma especial quero agradecer a minha mestra e orientadora, Prof. Antonina Gallotti, que me recebeu como orientanda com todo carinho e atenção, serei eternamente grata por toda a sua contribuição para esta conquista. Sou fã incondicional da sua sabedoria, do seu talento e determinação em tudo o que faz, da humildade e respeito com que trata as pessoas, enfim sou grata a Deus por ter me concedido a oportunidade de ser sua aluna e orientanda.

Aos meus amados amigos, que compartilharam diversos momentos, sejam de alegria, tristeza e/ou desespero nos dias de provas. Obrigada por todo companheirismo, incentivo e amizade, a vocês Janaína, Vanessa, Isis Lorena, Dariele, Patrícia, Rafael, Cleiton, e Vinaldo a minha gratidão e amizade.

Ao amigo Rafael Santana, por toda boa vontade e disponibilidade para me ajudar e assessorar no meu projeto de pesquisa, como também no desenvolvimento deste trabalho, sem a sua ajuda eu não teria conseguido chegar até aqui. Muito obrigada e que Deus abençoe cada passo que você trilhar.

Ao amigo Fernandes, por ter viabilizado o meu acesso a 26ª vara cível da comarca de Aracaju. Deus te abençoe.

No momento em que as ciências psicossociais identificaram as funções paternas e maternas, demonstrando a indispensabilidade da participação de ambos os genitores para o sadio desenvolvimento psicoemocional dos filhos, a preservação da convivência com os dois, mesmo quando separados, tornou-se prioritária. Tal reconhecimento é que ensejou a consagração da guarda compartilhada, que deve ser estabelecida preferencialmente, mesmo que haja dissenso ou desentendimentos entre os genitores. Se fosse admitido o compartilhamento somente quando o pedido fosse consensual, sequer haveria necessidade de previsão legal. Como o estado de beligerância dos pais coloca o filho em situação de vulnerabilidade, o ECA autoriza que o juiz, ao estabelecer a guarda compartilhada, imponha aos pais que se submetam a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

Maria Berenice Dias (2011)

RESUMO

A guarda de filhos é um instituto jurídico que decorre diretamente do poder familiar, de modo que após a dissolução conjugal discute-se como será conduzida a convivência com a prole. O tema tem ensejado bastante discussão, inclusive após a última alteração do Código Civil de 2002, através da lei 13.058/2014 que adere a guarda compartilhada, não só como uma nova modalidade junto a guarda unilateral, mas também por enquadrá-la no ordenamento jurídico como regra. A guarda compartilhada tem sido vislumbrada como um instrumento de redução de conflitos familiares com a finalidade de proporcionar um convívio familiar saudável ao menor. O ordenamento jurídico busca sempre proteger o infante, com base no Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, sob a perspectiva de que ele deve ser a parte menos prejudicada diante da dissolução conjugal. Diante de tal inovação, a presente pesquisa teve como objetivo analisar a importância da nova lei da guarda compartilhada como garantia do direito constitucional a convivência familiar, sob a ótica do princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente. Para tanto, seguiu-se o método dedutivo, combinado, quanto à natureza, com estratégias de cunho qualitativo, por meio da pesquisa bibliográfica, através da qual foram analisadas fontes como a legislação específica ao tema, livros de diversos doutrinadores, artigos científicos, monografias, dissertações e teses de doutorado. Espera-se que os resultados alcançados possam contribuir para um aprofundamento nos embates acerca do tema, tanto no âmbito acadêmico quanto jurídico e, extrapolar esses espaços alcançando a sociedade.

Palavras-chave: Dissolução Conjugal. Proteção. Filhos. Guarda Compartilhada. Superior Interesse do Menor. Convivência Familiar.

ABSTRACT

Child custody is a legal institute that stems directly from family power, so that after conjugal dissolution it is discussed how cohabitation with the offspring will be conducted. The topic has led to a lot of discussion, including after the last amendment of the Civil Code of 2002, through the law 13.058 / 2014, that adheres to shared custody, not only as a new modality with unilateral guard, but also to frame it in the legal system as a rule. Shared custody has been envisaged as an instrument for reducing family conflicts with the aim of providing a healthy family relationship for the child. The legal system always seeks to protect the infant, based on the Principle of the Superior Interest of the Child and the Adolescent, from the perspective that he must be the least prejudiced party before the conjugal dissolution. Faced with such an innovation, the present research had the objective of analyzing the importance of the new shared guardian law as a guarantee of constitutional right to family coexistence, from the point of view of the Superior Concern of Children and Adolescents. For that, the deductive method was followed, combined with nature, with qualitative strategies, through bibliographical research, through which sources such as legislation specific to the subject, books by various lecturers, scientific articles, monographs, Dissertations and doctoral theses. It is hoped that the results achieved will contribute to a deepening of the conflicts on the subject, both in the academic and legal spheres, and to extrapolate these spaces reaching society.

Keywords: Conjugal Dissolution. Protection. Children. Shared Guard. Superior Interest of Minors. Family living.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR	13
2.1	Evolução Jurídica do Instituto da Guarda no Direito Brasileiro	14
3	PODER FAMILIAR E GUARDA: CONCEITOS E MODALIDADES.....	19
3.1	Poder familiar	19
3.1.1	Suspensão, Destituição e Extinção do poder familiar.....	21
3.2	Guarda	22
3.2.1	Modalidades de Guarda	23
4	GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE ACERCA DA LEI Nº 13.058/2014	29
4.1	Princípios Norteadores	29
4.2	Efetivação do Direito Constitucional à Convivência Familiar.....	31
4.3	Principais Inovações Legais.....	34
4.3.1	Aplicabilidade Obrigatória: o papel da mediação e o apoio de equipe interdisciplinar.....	36
4.4	Contribuição para Inibir a Alienação Parental	40
4.5	Aplicação da Guarda Compartilhada na 26ª Vara Cível da Comarca de Aracaju.....	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	52
	APÊNDICES.....	57

1 INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade em constante transformações que implicam em mudanças em diversas esferas, sejam elas sociais, econômicas, políticas, culturais, no mundo jurídico e, conseqüentemente no que diz respeito às entidades familiares, ou seja, novos conceitos, perspectivas, arranjos familiares foram desenvolvidos adaptando-se a realidade social. Diante dessas novas formas de laços conjugais e familiares, surgem também conflitos que podem acarretar em separações e divórcios.

Com base nesta perspectiva, o Estado busca mecanismos de proteção para crianças e adolescentes advindas de relações conjugais em dissolução. Tal aparato se dá pela fragilidade na qual se encontra o infante, e principalmente para assegurar que este venha a ser a parte menos prejudicada diante de tal situação e garantir o direito constitucional à convivência familiar.

Para isso, um dos mecanismos adotados é o instituto da guarda. A guarda de filhos é um dos componentes do poder familiar e quando o laço conjugal se desfaz inicia-se a discussão sobre como será conduzida a questão da convivência dos ex-cônjuges com a prole. Antes do Código Civil de 2002, havia previsão de que a guarda dos filhos ficaria com o genitor ausente de culpa na ruptura da relação matrimonial, ou com quem já estivesse convivendo se já houvesse separação de fato.

Com o advento da lei 11.698/2008, a guarda compartilhada passou a ser normatizada como uma forma de propiciar a convivência entre os pais e filhos, assegurando o melhor interesse do menor, porém estaria condicionado ao bom relacionamento extraconjugal dos genitores.

Em 2014, o legislador inovou a ordem jurídica com a lei 13.058, que positivou a guarda compartilhada como regra, assegurando o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente e proporcionando um convívio diário e contínuo com seus genitores.

Diante de tal contexto, surgiu uma questão de pesquisa instigante para ser investigada, a saber: qual a importância da nova lei da guarda compartilhada, como

meio de proporcionar o direito constitucional à convivência familiar, sob a ótica do Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente?

Diante da questão central desta pesquisa, algumas questões norteadoras foram desencadeadas, visando alcançar os objetivos pré-definidos, quais sejam: 1). Diante da inovação trazida pela lei 13.058/2014, é possível a aplicação da guarda compartilhada como regra em todos os casos após a dissolução conjugal? 2). Qual a relação entre o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente e o direito constitucional à convivência familiar, proporcionado pela guarda compartilhada? 3). Em que medida o deferimento da guarda compartilhada contribui para inibir a prática da Alienação Parental? 4). Como está sendo a aplicação da guarda compartilhada na prática?

Em se tratando da metodologia da pesquisa, o estudo foi desenvolvido com base no método dedutivo, pois parte-se da compreensão geral para então compreender o caso específico. Esta ideia, converge com o objeto desta pesquisa, já que a guarda de filhos tem passado, ao longo dos anos, por modelos paradigmáticos de família.

Além disso, para desmistificar o cerne que envolve o instituto da guarda compartilhada, bem como o seu entorno, foi necessário combinar estratégias através do método qualitativo para análise do objeto de estudo em sua totalidade. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, através da seleção e análise de fontes como legislação específica, livros, artigos científicos e monografias.

A partir dessa nova realidade, além do levantamento bibliográfico, surgiu o interesse em realizar um estudo de caso, optando por aplicar questionário semiestruturado na 26ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, com a intenção de saber como está sendo na prática a aplicação dessa nova abordagem, quais as dificuldades de aplicação quando não há consenso, se esse novo modelo tem inibido a alienação parental, dentre outras questões. Para tanto utilizou-se a entrevista onde os entrevistados expressaram sua opinião sobre o tema em estudo, através de suas próprias experiências e interpretações.

Destaca-se que, para um resultado mais detalhado e consistente, seria necessária uma pesquisa em outras varas de família, no entanto tendo em vista a limitação temporal para elaboração da pesquisa, essa não foi a essência da

construção do trabalho, e sim um adendo especial, mero “termômetro” de como está sendo a aplicação da guarda compartilhada na prática. Assim, utilizou-se como instrumento de coleta de dados uma entrevista semiestruturada, fazendo uso de cinco perguntas como roteiro de entrevista, (anexado ao final no “Apêndice A”), direcionadas a elucidação das questões norteadoras mencionadas acima.

E assim, referida entrevista propôs-se a responder os principais questionamentos, analisando a importância da guarda compartilhada e as condições necessárias para garantir, às crianças e adolescentes, os direitos estabelecidos, à luz do Princípio do Superior Interesse do Menor.

O tema proposto visa ampliar a importante discussão relativa ao compartilhamento da guarda após o desfazimento do laço conjugal inclusive, trazendo à baila as situações excepcionais práticas da operacionalização.

Trata-se de tema atual, que, no entanto, ainda precisa ser esclarecido para a sociedade, acadêmicos e operadores do direito acerca da importância da guarda compartilhada como meio de propiciar uma base psicológica familiar ao menor, através do convívio, de forma que a criança ou o adolescente seja a parte menos prejudicada na dissolução conjugal.

A presente pesquisa buscou, ainda, enfatizar a importância da nova lei da guarda compartilhada como norma garantidora do direito constitucional à convivência familiar sob a ótica do princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, como também discutir a inovação trazida pela lei 13.058/2014, e a possível aplicação da guarda compartilhada como regra em todos os casos após a dissolução conjugal.

Visou, também, identificar quais medidas devem ser adotadas para aplicar a guarda compartilhada quando a dissolução do casamento se procede de forma litigiosa, envolvendo conflitos entre os genitores; e, por fim, analisar a opção pela guarda compartilhada como ferramenta para prevenir a incidência da alienação parental diante do desfazimento dos laços conjugais.

Esta monografia quanto à sua composição, contempla na introdução a contextualização acerca da evolução da sociedade, como também as novas formas de arranjos conjugais, e a proteção ao infante nos casos de dissolução conjugal, por

ser a parte mais frágil da relação, bem como a metodologia aplicada para a consecução do objetivo proposto com este estudo.

Em seguida, no segundo capítulo, intitulado “Do Pátrio Poder ao Poder Familiar”, discute-se a evolução jurídica do poder familiar, como também de seu componente guarda, tendo em vista suas transformações derivadas do desenvolvimento da sociedade.

No terceiro capítulo, buscou-se esclarecer e diferenciar o poder familiar da guarda, analisando de forma detalhada cada instituto, especificando os direitos e deveres inerentes ao poder familiar e suas hipóteses de suspensão, destituição e extinção, bem como as modalidades de guarda de filhos.

Já no quarto capítulo, intitulado “Guarda Compartilhada: Análise Acerca da Lei nº 13.058/2014”, aprofunda-se o tema da guarda compartilhada, inicialmente analisando os princípios norteadores e o direito constitucional a convivência familiar, destacando, na sequência, as principais inovações trazidas pela lei e, por fim, a contribuição da guarda compartilhada para inibir a alienação parental.

Ademais, trouxemos à título de exemplificação da operacionalização da guarda compartilhada um breve estudo da 26ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, momento em que foi oportunizando uma compilação de opiniões e respostas dadas pela juíza e promotor diante de entrevista aplicada, com o intuito de ilustrar como está sendo a aplicação da guarda compartilhada na prática.

À guisa de conclusão, sintetizou-se todo o exposto, trazendo à baila análise das questões levantadas na gestação desta pesquisa, tendo a convicção de que este não tem o condão de esgotar o tema diante da complexidade e especificidades que o estudo exige.

2 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

O direito à convivência familiar tem sido largamente discutido nas últimas décadas e, dessa forma, o instituto da guarda passou por modificações contínuas para garantir que referido direito seja cada vez mais respeitado e assim, para que possibilite a compreensão do objeto principal da pesquisa, faz-se necessário uma breve incursão histórica pela evolução jurídica do poder familiar e de seu componente guarda.

A doutrina, de modo geral, coloca como ponto de partida para o estudo do poder familiar a Civilização Romana, momento em que denominava-se pátrio poder e caracterizava-se por existir um chefe da família patriarcal, ou seja, o pai detinha o poder de dispor sobre a vida do filho, como por exemplo, expor ou matar o filho, abandoná-lo e vendê-lo. Rosana Barbosa Cipriano Simão (2011, p. 73 e 74), ressalta:

O pátrio poder representava efetivamente uma sujeição dos filhos em relação ao domínio paterno. Era uma visão bastante discriminatória, uma vez que a mãe não podia atuar da mesma forma que o pai na educação, cuidados e escolhas em geral para com os filhos do casal.

Esse pensamento de família patriarcal atravessou boa parte da história e foi inclusive adotado pelo Código Civil de 1916, que manteve a nomenclatura “pátrio poder”, elegendo o marido como chefe da sociedade conjugal, pessoa que detinha o total controle sobre as decisões referentes à pessoa dos filhos e administração dos bens, e, de acordo com o art. 380 do Código Civil do referido diploma legal, cabia a mulher exercer o pátrio poder apenas na falta do marido.

No entanto, com a evolução da sociedade, o quadro legislativo foi modificando, a ponto que, após a Constituição Federal de 1988, que trouxe nos direitos fundamentais a igualdade de direitos entre homens e mulheres, como também o princípio da igualdade das relações familiares, o Código Civil de 2002 adotou a terminologia “poder familiar”. Desde então, o ordenamento jurídico brasileiro designou o poder familiar como um instituto destinado à proteção dos filhos do nascimento até a maioridade.

No tocante ao exercício do poder familiar, já que a Constituição Federal de 1988 havia abolido qualquer diferenciação do homem e da mulher, com o advento do Código Civil de 2002 foram assegurados direitos e deveres para ambos os genitores.

2.1 Evolução Jurídica do Instituto da Guarda no Direito Brasileiro

Inicialmente verifica-se que a guarda decorre diretamente do poder familiar, no qual os pais possuem direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores. Ao longo dos anos, o instituto da guarda vem passando por transformações derivadas da evolução da sociedade e principalmente a necessidade de proteção à criança e ao adolescente. A primeira norma a regulamentar a guarda na nossa legislação foi em 1890, através do Decreto 181, no art. 90 que previa em seu texto:

A sentença do divórcio litigioso mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, si esta for inocente e pobre.

Percebe-se que o critério de definição da guarda à época era de culpabilidade de umas das partes, bastante repressivo, tendo em vista que se vivia uma sociedade machista e conservadora. O Código Civil de 1916 trouxe distinções detalhando hipóteses de dissolução amigável e judicial quanto à aplicação da guarda, e nesse sentido Waldir Grisard Filho (2016, p. 66) esquematiza as regras dos arts. 325 e 326 do CC/1916:

a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que depois dessa idade, seriam entregues ao pai; c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues à guarda do pai; d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e abem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda.

No decorrer da história observa-se na doutrina destaque para vários decretos que foram regulamentando, no sentido de aprimorar tal instituto. Clodoaldo Crispim José (2015, p. 8) elenca da seguinte forma:

- Dec. Lei 3.200/1941. Art. 16: Determinou que a guarda ficasse com o progenitor reconhecente se ambos o fossem sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor.
- Dec. Lei 9.701/1946: Disciplinou a guarda de filhos no desquite judicial, quando não entregues aos pais, mas à pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente.
- Lei 883/1949: Regulamentou o reconhecimento de filhos ilegítimos.
- Lei 4.121/1962: Promoveu alterações no desquite litigioso, mas conservou as disposições do desquite amigável relativamente à guarda de filhos.
- Lei 5.478/1968: Fez a alteração da matéria de alimentos.
- Lei 5.582/1970: Modificou o artigo 16 da Lei 3.200/41, colocando, agora, o poder à mãe, quando reconhecido por ambos os genitores.

É importante ressaltar que somente em 1977, com a chegada da Lei 6.515 que instituiu o divórcio no ordenamento brasileiro, foi abolido o termo culpa ou inocência, no entanto ainda continuou existindo resquícios de conservadorismo. Foi intitulada a seção II “Da Proteção da Pessoa dos Filhos” com as seguintes regras:

Art. 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Art. 11 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art. 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Art. 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art. 14 - No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 e 13.

Parágrafo único - Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.

Art. 15 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 16 - As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos.

A legislação supracitada, demonstra que, embora não existisse os termos “culpa” ou “inocência” como norte para aplicar o instituto da guarda, se não houvesse acordo entre os genitores, os filhos ficariam com o genitor que não houvesse dado causa à separação judicial, conforme art. 5º da referida lei.

Um grande marco a ser destacado nesta linha evolutiva é a Magna Carta brasileira, uma vez que referida legislação rompeu com um grande paradigma de discriminação até então existente entre homens e mulheres em nosso país, consolidando a verdadeira igualdade de direitos tão preconizada nos tratados internacionais relacionados. E assim, o exercício do poder familiar passou a ser exercido em igualdade de condições modificando toda a forma de pensar que povoava a sociedade brasileira e sua legislação à época vigente.

E assim, prevê o art. 227 da CF/88 não apenas à família, como também à sociedade e ao Estado um rol de obrigações que, se consumadas, viabilizam a proteção integral aos infantes juvenis da seguinte forma:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei 8.069/1990, veio para ratificar e ampliar ainda mais os direitos da criança já assegurados pelo Constituição Federal de 1988, fazendo com que seus maiores interesses sejam respeitados de forma prioritária, em sintonia com o princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, como preconiza o art. 22 do ECA: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes

ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Com as mudanças trazidas pela Carta Magna de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, restou defasado o Código Civil de 1916. A seguir surgiu o Código Civil de 2002 aderindo às regras já existentes, destacando o interesse do menor, porém suas mudanças não contemplaram a prioridade ao instituto da guarda compartilhada.

Essa omissão sinaliza que, muito embora houvesse mudanças, ainda existiam resquícios do paradigma cultural até então existente, que resultou em uma falha legislativa vindo de encontro às transformações da sociedade, e principalmente ao interesse superior do menor.

Nesse cenário, a família sofreu grandes transformações em seus padrões de relacionamento. A mulher foi conquistando seu espaço na sociedade e no mercado de trabalho, passando a dividir com o homem as responsabilidades da vida conjugal, em contrapartida, o homem teve que se adaptar a essa nova realidade e passar a contribuir com funções que antes não exercia. E assim, atualmente, os pais vivem, conforme entendimento do doutrinador José (2015, p. 10) “uma época de horizontalidade e diálogo, sendo que o novo comportamento na criação dos filhos trouxe à rotina da família um ambiente em que ambos decidem a melhor forma de administrar as decisões pertinentes ao bom convívio familiar”.

Diante dessas transformações na sociedade, dos novos modelos e arranjos familiares, houve também um aumento no número de separações e divórcios, havendo a necessidade de repensar a guarda dos filhos, uma vez que os direitos e obrigações inerentes ao poder familiar foram equiparados. Perde-se o sentido, por exemplo, de uma guarda unilateral que apenas um genitor exerce o poder familiar de forma exclusiva, a não ser em situações excepcionais. Assim, tornou-se necessária a implementação do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, através da Lei 11.698/2008 que alterou os arts. 1583 e 1584 do Código Civil de 2002, com objetivo de viabilizar a corresponsabilidade dos pais nas decisões sobre os filhos.

No entanto, houve algumas falhas na edição da lei, que resultou em decisões na não aplicação da guarda compartilhada, como por exemplo, nos casos

que houvesse dissenso entre os pais, a legislação dizia que seria aplicada a guarda compartilhada “sempre que possível”. Esse termo expandiu interpretações diversas, e conseqüentemente resultou na aplicação da guarda unilateral quando não houvesse acordo entre os genitores.

Daí surgiu a necessidade de instituir a guarda compartilhada de forma objetiva, como regra no ordenamento jurídico, propiciando a garantia à convivência familiar de forma a atender ao melhor interesse do menor. Referida inovação veio através da Lei 13.058/2014, que alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. As alterações acima, compõem exatamente a base desse trabalho, e, portanto, serão tratadas de forma mais detalhada nos capítulos seguintes.

3 PODER FAMILIAR E GUARDA: CONCEITOS E MODALIDADES

Visando esclarecer e diferenciar o poder familiar da guarda, buscamos analisar neste momento o instituto da autoridade parental, para fins de identificar seu conceito, características e obrigações, averiguando-se as hipóteses de suspensão, destituição e extinção, e, por fim, efetuarmos a distinção entre poder familiar e guarda. Na segunda parte do capítulo, feita a diferenciação entre tais institutos, detalhou-se a guarda dos filhos, trazendo o conceito, características e as modalidades de exercício.

3.1 Poder familiar

Como destacado anteriormente, o poder familiar compreende um conjunto de direitos e deveres que os pais possuem em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores. Waldyr Grisard Filho (2016, p. 45), conceitua o poder familiar como “conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”.

Verifica-se tal proteção pelo fato de que as crianças e os adolescentes possuem direitos personalíssimos, que são o direito de ser educado, amparado, protegido, direcionado, alimentado. Para melhor compreensão Venosa (2008, p. 300 - 301) aponta três características do poder familiar, sendo estes:

- a) indisponível, não podendo ser transferido para terceiros por iniciativa dos titulares – ressalva-se que os pais que consentem na adoção não transferem o poder familiar, mas renunciam a ele; b) indivisível, uma vez que não pode ser fracionado – com a ressalva da possibilidade de divisão do seu exercício, como ocorre quando os pais são separados; e c) imprescritível, pois não pode ser extinto pelo decurso do tempo ou pelo desuso, somente podendo o genitor perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei.

O Código Civil de 2002 normatiza no art. 1.634 nove incisos especificando as obrigações inerentes ao poder familiar quanto à pessoa dos filhos. A primeira diz respeito a dirigir-lhe a criação e educação (art. 1634, I do CC), que também tem respaldo no art. 22 do ECA. Assim, é de responsabilidade dos pais o direcionamento educacional dos filhos.

O inciso II do art. 1.634 do CC vigente determina aos pais ter os filhos em sua companhia e guarda, ou seja, partilhar afeto, convivência, informações, experiências para que se logre a proteção e integral formação aos filhos. Dentre as obrigações inerentes, destaca-se no inciso III do art. 1.634 do CC, a competência para que os genitores possam conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem.

Foi incluído pela Lei 13.058/2014, os incisos IV e V do art. 1.634 do CC que preveem respectivamente que, os pais poderão conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior, e a faculdade de conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município.

Os genitores possuem a prerrogativa de nomear tutor para a ocorrência de falecimento de ambos os genitores (art. 1.634, VI do CC). A nomeação pode ser feita por testamento ou documento autêntico, somente valendo a nomeação se o outro genitor não sobreviver ou não puder exercer o poder familiar. É inerente também a função parental, o dever de representar seus filhos, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade (art. 1.634, VII do CC).

Ao pais, cabe igualmente o poder de, reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, isso é o que enfatiza o inciso VIII do art. 1.643 do CC. Ou seja, é direito dos pais ter a guarda dos filhos para efetivamente proporcionar convívio e proteção. Diante dessa convivência, deve, exigir-lhes que preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, IX do CC). E nesse conjunto de direitos e deveres, cabe aos detentores da função parental o usufruto e administração dos bens dos filhos. Havendo divergência pode qualquer um dos genitores recorrer ao judiciário para dirimir o impasse conforme preceitua o art. 1.690 do CC e art. 21 do ECA.

Por fim, é importante ressaltar ainda, acerca do poder familiar, que mesmo que deixe de existir relacionamento conjugal entre os genitores, não altera em nada as responsabilidades com os filhos, haja vista que esse é um direito decorrente da filiação e não do casamento.

3.1.1 Suspensão, Destituição e Extinção do poder familiar

O legislador, através da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, instituiu mecanismos de proteção contra atos nocivos ao desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, com objetivo de cumprir os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Proteção Integral, e do Melhor Interesse do Menor.

Esses mecanismos foram dispostos em hipóteses que determinadas ações ou omissões que prejudiquem a criança e ao adolescente possam acarretar a suspensão ou a perda do poder familiar. E como forma de assegurar tais garantias, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 8º diz que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Ou seja, é papel do Estado em intervir se houver violência, por exemplo, em qualquer de seus membros.

O Código Civil vigente, no art. 1.637, traz três hipóteses que podem ocorrer a suspensão do poder familiar, são eles: o abuso de autoridade, falta de deveres a eles inerentes, má administração dos bens dos filhos e pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Torna-se prudente que referidas hipóteses sejam analisadas com devido cuidado, haja vista que, uma decisão precipitada, com o objetivo tão somente de punir os genitores, traga consequências que prejudiquem muito mais o menor, em razão do rompimento de tal vínculo com a família.

O procedimento de suspensão também está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 24 e 155 a 163. A suspensão do poder familiar não significa dizer que os pais não possam visitar os filhos, ou que não tenham a obrigação de prestar alimentos, com base no art. 33, § 4º do ECA.

No tocante a destituição do poder familiar o art. 1.638 do CC traz hipóteses que podem acarretar tal sanção através de uma decisão judicial. Percebe-se que as hipóteses de perda do poder familiar possuem um cunho de gravidade, ou seja, ações ou omissões que afetem o desenvolvimento psíquico, físico e moral da criança e do adolescente. Diante de tal gravidade a penalidade da destituição do poder familiar possui caráter permanente.

Por último, as hipóteses de extinção do poder familiar estão elencadas no art. 1.635 do CC que decorrem de causas naturais que fazem cessar a autoridade dos pais, são elas, pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial nas hipóteses do art. 1.638 do CC que trata da destituição do poder familiar.

É importante neste momento diferenciar o instituto do poder familiar da guarda, por se tratar de mecanismos distintos. O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que são naturalmente atribuídos aos genitores quando da constância ou mesmo diante do término do casamento. No entanto, a guarda decorre do poder familiar, é o direito que os pais têm de ter consigo a guarda dos filhos para educá-los e protegê-los. É possível, que em algumas situações, os filhos podem ser colocados sob a guarda de terceiros, de acordo com a codificação civil, embora o poder familiar continue com os pais. Nesse caso, destaca-se apenas o componente guarda mas permanece o poder familiar aos pais.

3.2 Guarda

A guarda é o poder que os pais têm, de ter seus filhos consigo, para direcioná-los e gerenciar as decisões de sua vida. E por isso, torna-se tão importante a sua regulamentação na aplicação dos casos de dissolução conjugal, haja vista, o caráter de proteção e desenvolvimento do menor. Sobre essa importância, Waldyr Grisard Filho (2016, p. 77) discorre com precisão que:

Decorre da multiplicidade de problemas que envolvem esse ramo peculiar do direito, que deve ser constantemente aprimorado, caminhado no sentido da proteção integral dos filhos, para tornar efetivo seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária e assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O termo guarda é definido como uma forma de dever dos pais de conviver, cuidar e manter a criança ou o adolescente em um ambiente afetivo. Tartuce (2016, p. 1.319), afirma que a guarda deve atender a três referenciais de continuidade:

a) o *continuum* de afetividade, segundo o qual o menor deve ficar sob a guarda do genitor em cuja companhia se sentir mais feliz e seguro – logo, é preciso saber averiguar quem é o genitor que

representa para a criança uma figura de apego, sendo o seu porto seguro nos momentos difíceis, garantindo-lhe segurança, cuidado adequado e confiança tão necessários para o bom desenvolvimento de suas potencialidades, de seu caráter e de sua personalidade; b) o *continuum* social, considerando-se o ambiente vivido pelo menor no instante da separação dos pais; e c) o *continuum* espacial, preservando seu espaço, porque a personalidade do menor nele se constrói e se desenvolve, considerando que quando há mudança do local onde vive, da escola onde estuda, ou da igreja que frequenta, “a criança perde seu referencial de espaço, ou melhor, o envoltório espacial de sua segurança e, conseqüentemente, poderá haver desequilíbrio em seus relacionamentos sociais [...]”.

Faz mister salientar, a diferença entre a guarda perante o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A guarda instituída pelo Código Civil, está voltada a proteção dos filhos quando da dissolução do matrimônio, ou seja, regulamenta a proteção do menor diante de separação ou divórcio dos genitores. No entanto, com relação a guarda regulada pelo ECA, trata-se de situações de crianças e adolescentes que já não convivem com os pais e estão com seus direitos fundamentais ameaçados ou violados. De acordo com o art. 28 do ECA, a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos da Lei. No presente trabalho monográfico daremos destaque para a guarda oficial preconizada pelo direito de família após o desfazimento do laço conjugal.

3.2.1 Modalidades de Guarda

Algumas modalidades de guarda estão expressamente consagradas na legislação e outras apresentadas pela doutrina. O Código Civil previa, em regra, a guarda unilateral, na qual um dos cônjuges ficaria com a guarda e o outro com a obrigação de alimentação, visitação e fiscalização do exercício da guarda por quem a detinha.

A guarda unilateral, de acordo com o art. 1.583, §1º do CC, é atribuída a um dos genitores ou a quem o substitua. Essa modalidade atribui ao genitor, não somente a guarda física dos filhos, mas também de forma exclusiva o poder de decisão. Por muito tempo essa sempre foi a regra, porém, com a ajuda de estudos psicológicos, foi avaliado o quão importante se faz a presença dos pais na vida dos filhos para que esses tenham um crescimento saudável. Por isso, a legislação foi

evoluindo, e no momento esta modalidade de guarda deve ser aplicada de forma excepcional.

O art. 1.584, §2º/CC, dispõe que “estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja exercê-la”. Ou seja, fica claro o caráter de excepcionalidade que a norma traz, pois a guarda compartilhada passa a ser a regra no ordenamento jurídico, salvo a vontade de um dos genitores. Essa ressalva deve ser avaliada com devido cuidado, como entende Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 56):

Mesmo com a nova previsão legislativa, comungamos do pensamento que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, de equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse.

Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificando em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.

Com base nesses pontos destacados pelo doutrinador acima, torna-se importante a reflexão no que diz respeito a efetivação do direito constitucional a convivência familiar a criança e ao adolescente, pois mero desinteresse de um dos genitores, ou mesmo sob ameaça do outro, muitas vezes já havendo alienação parental, fere referida garantia e ignora o melhor interesse do menor.

Nesse contexto, percebe-se a importância da Lei 13.058/2014, ao tornar a guarda unilateral uma exceção, tendo em vista a desigualdade imposta a um dos genitores, de não poder participar da vida dos filhos e se apresentar a esses somente como mero visitante com hora marcada. Tal situação, muitas vezes, torna o genitor uma pessoa estranha e sem referenciais na vida daquele filho, por não participar de sua rotina.

Nessa esteira ainda, cabe ressaltar a alteração prevista no § 5º do art. 1.583/CC, que prevê se excepcionalmente for aplicada a guarda unilateral, o genitor não guardião tem a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, ou seja, tem o direito de saber como está sendo a rotina visando resguardar os interesses destes.

Outra modalidade de guarda é a alternada, apresentada pela doutrina, e muito confundida com a guarda compartilhada. A guarda alternada tem por objeto a alternância de tempo de forma exclusiva, material e jurídica, a um ou a outro genitor. Ou seja, a cada período de tempo pré-estabelecido, o filho mora com um dos genitores, que possui a guarda unilateral sobre ele durante aquele determinado tempo. Com isso, diferencia-se totalmente da guarda compartilhada, haja vista, que essa, não há uma alternância de tempo de convivência de forma exclusiva, e sim compartilhada; os genitores compartilham ao mesmo tempo a igualdade de direitos de poder decidir e participar conjuntamente sobre a vida dos filhos.

Observa-se, pois, que a alternância de guarda se torna prejudicial ao desenvolvimento do menor, pois dificulta a este construir referenciais, hábitos, integração social, razão pela qual não existe previsão expressa, e são raros os casos de aplicação desse instituto na jurisprudência se comparados a guarda unilateral e compartilhada. Verifica-se uma das poucas decisões concedendo a guarda alternada, citada por Simon (2015, p. 21):

TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.08.072716-4/001, RELATOR DES. ALBERTO VILAS BOAS, julgado em 02/08/2011 FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral.

Segundo Rosa (2015, p. 59), “inexiste uma fórmula mágica ou mesmo manual de regras incontroversas que garantam sucesso perante o relacionamento familiar, contudo, a alternância de tempo de forma estanque e inflexível poderia gerar desconforto e falta de referencial para a prole”.

A doutrina também apresenta a guarda nidal, vem do latim *nidus*, que significa ninho, ou seja, traz o sentido de que os filhos devam permanecer no ninho. E é exatamente esse o sentido que os filhos permanecem no lar originalmente do casal, e os genitores é quem se revezam para exercer o poder familiar.

A princípio a aplicação desse instituto não traz nenhum prejuízo para os filhos, tendo em vista haver uma continuidade da relação familiar, com referências de moradia, hábitos e laços sociais. No entanto, pode se tornar inviável, observando o fator custo alto, mas principalmente, a vinda de um novo matrimônio dos pais em que venham a ter outros filhos.

Rosa (2015, p. 60) na linha desse pensamento discorre que:

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para sua moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria, no mínimo, prejudicada.

No entanto, não há nenhuma proibição legal para que, caso exista consenso entre os genitores de adotar essa modalidade de guarda, com o fator econômico possível, o juiz poderá homologar esse acordo, observando sempre o princípio do Melhor Interesse do Menor.

Dando continuidade às modalidades de guarda, é importante salientar que o ordenamento jurídico traz a possibilidade de a guarda ser atribuída a terceiros. O parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil, prevê que:

Art. 1.584, § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Assim e conforme observa Rosa (2015, p. 61), “nessas hipóteses entra em jogo a modalidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicada, via de regra, quando a criança está exposta a algum risco (físico ou psicológico) caso mantida na companhia de seus genitores”, seja por ação ou omissão.

Trata-se de um instituto bastante utilizado, que na maioria das vezes é concedida aos avós, tios, irmãos mais velhos, ou seja, busca uma linha de parentes com mais afinidade e afetividade e que o ambiente seja saudável ao desenvolvimento da criança e do adolescente. À guisa de fundamentação, cabe destacar:

Família. Guarda. Demanda proposta pelos avós paternos contra genitores da infante. Criança, atualmente, com 9 anos de idade inserida e adaptada à família extensa (avós paternos). Laudos técnicos peremptórios. Genitor ajustado à nova situação familiar e que se esforça para participar do cotidiano de sua filha. Realidade que não pode ser desconsiderada. Guarda compartilhada entre avós e pai. Possibilidade. Aplicação dos artigos 33 do ECA, 1.583 e 1.584, § 5º do CC/02. Pluralização das responsabilidades. Melhor interesse da criança. Sentença retificada. Apelação do pai parcialmente provida. (TJ-RJ - APL: 00026158020068190055 RJ 0002615-80.2006.8.19.0055, Relator: DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO, Data de Julgamento: 25/03/2015, DÉCIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 30/03/2015 11:25)

Existem casos em que os genitores estão passando por situações que os impedem de exercer o poder familiar, como por exemplo, tratamento de dependências químicas, estudos no exterior ou mesmo com restrição de liberdade, daí é necessário que seja atribuída a guarda dos filhos à parentes com maior afinidade e afetividade possível, para que estes assumam a responsabilidade para com os menores até que referida dificuldade seja superada.

Por último, temos a guarda compartilhada, que é uma modalidade inserida no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.698/2008, modificando os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, mas que já era um instituto muito vivenciado e aplicado nas decisões judiciais, embora não como regra (obrigatória).

O código Civil em seu art. 1.583, define a guarda compartilhada, no parágrafo primeiro como sendo “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”. No entanto, a redação dada pela Lei nº 11.698/2008 ao art. 1.584, § 2º do CC, ao mencionar a expressão “sempre que possível”, deixou como interpretação de que se não houvesse consenso entre os pais, não existiria a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, com isso os juízes tendiam a excluir a possibilidade de aplicar a guarda compartilhada nos casos de litígios entre os pais.

Diante dessa “omissão legislativa”, o ordenamento jurídico inova com a lei 13.058/2014 ao dispor a guarda compartilhada como regra, e mais, não apenas prevê, mas recomenda à aplicação sempre que não houver acordo entre os genitores, conforme o parágrafo segundo do art. 1.584 do CC/2002.

Nesse sentido, Leal (2003) *apud* Vargas e Casagrande (2015, p. 727) entendem que:

Com o término da sociedade conjugal, ocorre a cisão da guarda, fato esse que, se não for bem conduzido, poderá trazer sérias consequências na estrutura familiar, e principalmente para os filhos, considerando que os envolvidos (pais e filhos) passam a viver comandados por uma decisão judicial que fixa o modo de seus relacionamentos, um definido como guardião, normalmente a mãe, a quem cabem as responsabilidades: o outro como detentor do direito-dever de visitas e da obrigação de pagar alimentos, o pai. Contudo, o desejo dos genitores em participarem conjuntamente na educação e desenvolvimento dos filhos, mantendo um convívio cotidiano, deu origem a uma nova espécie de custódia e proteção aos filhos de pais separados, a guarda compartilhada.

E assim na guarda compartilhada o tempo de convívio será fixado de forma equilibrada entre os genitores e a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos menores. A regra é que seja aplicada a guarda compartilhada, porém não sendo possível, seja por não atender ao melhor interesse dos filhos ou pela falta de desejo de um dos genitores em exercê-la, será aplicada a guarda unilateral. Observa-se, pois, que o ordenamento jurídico inova com a lei 13.058/2014 ao dispor a guarda compartilhada como uma modalidade de corresponsabilidade de deveres e obrigações de ambos os genitores e como forma de garantir o direito constitucional a convivência familiar.

4 GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE ACERCA DA LEI Nº 13.058/2014

Neste capítulo, destacou-se o tema da guarda compartilhada, partindo-se dos princípios constitucionais norteadores da guarda conjunta e o direito constitucional à convivência familiar, bem como as principais novidades introduzidas pela Lei nº 13.058 de 2014, e ainda, o auxílio da mediação e de equipe interdisciplinar como instrumento fundamental para encontrar o diálogo necessário ao compartilhamento da guarda. Por fim, analisou-se a contribuição da guarda compartilhada para inibir a alienação parental.

4.1 Princípios Norteadores

A Lei nº 13.058 de 2014 trouxe a importante função de efetivar os pilares já consagrados pela Constituição Federal de 1988, que são os princípios da Igualdade entre genitores, do Melhor Interesse do Menor e da Proteção Integral.

A Carta Magna enfatizou a igualdade de gêneros de forma expressa mais de uma vez em seu texto. O art. 5º, caput, proclamou que “todos são iguais perante a lei” e no inciso I do citado artigo, especificou que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

É importante frisar que a desigualdade entre os gêneros surgiu do contexto, onde a mulher tinha apenas o dever de cuidar da casa e dos filhos e o homem tão somente de prover o sustento da família, e conseqüentemente na hipótese de dissolução conjugal, por a mulher possuir esse “status”, entendia que à mãe melhor se aplicava a guarda dos filhos. Por isso tanto tempo se passou sendo a guarda atribuída de forma unilateral e preferencialmente a genitora.

No que diz respeito a relação jurídica da família não foi diferente, o art. 226 da Constituição estabeleceu que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Com isso, o ordenamento jurídico desconstruiu toda aquela visão machista e conservadora que prevalecia e buscou efetivar o princípio constitucional da Igualdade Parental, através da Lei nº 13.058 de 2014.

Em 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a convenção sobre os Direitos da Criança, momento em que foi conquistada uma maior garantia

ao menor de dezoito anos, quando estabeleceu em seu art. 3º, tópico I, que “ todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil em 1990, por meio do Decreto presidencial n. 99.710/90.

Dessa forma, há o princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, que passou a ser orientador para definir não somente a modalidade de guarda de filhos, como também para o legislador na elaboração de futuras regras. Segundo Diniz (2011) *apud* Pinto (2014, p. 41), este princípio permite “o integral desenvolvimento de sua personalidade e é diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita, etc.”

Outro importante artigo da Convenção que trata do superior interesse do menor é o art. 18, tópico I:

Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

O ECA também contempla o superior interesse do menor no art. 100, parágrafo único, IV, diz que esse é um dos princípios que regem a aplicação das medidas de modo geral:

Interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto

Bem se vê, pois, que o melhor interesse possui relação com o bem-estar do infante, e implica dizer que não diz respeito somente ao auxílio material aos filhos, e sim o gesto de acolhida, imposição saudável de limites, afeto, aproveitamento do tempo de convívio de modo a permitir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Neste sentido, o princípio da Proteção Integral engloba todo o contexto acima abordado, ou seja, as crianças e os adolescentes disporão de uma totalidade de direitos fundamentais, para a eles afirmar a vida digna e a garantia prioritária do melhor interesse do menor na fase de seu crescimento e amadurecimento.

O princípio da Proteção Integral está previsto na CF/88 no art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Como é sabido, os direitos fundamentais descritos acima não são exaustivos, pois a Carta Magna veda a supressão desses direitos, mas não a ampliação dessas garantias. Nas disposições preliminares do ECA no art. 1º diz que “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, ou seja, todo o estatuto tem como principal objetivo a proteção integral do infante.

Como o princípio do Superior Interesse do Menor mencionado anteriormente, a proteção integral também está prevista no art. 100, parágrafo único, II do ECA, como um dos princípios que regem a aplicação de medidas, que diz: “proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”

Portanto, o supramencionado princípio está ancorado tanto na Carta Magna como no ECA afirmando que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos perante a família, a sociedade e o Estado e que necessitam de prioridade absoluta por está em processo de desenvolvimento.

4.2 Efetivação do Direito Constitucional à Convivência Familiar

A lei 13.058/2014 trouxe a importante função de efetivar a garantia constitucional à convivência familiar a criança e ao adolescente. Está previsto no art. 227 da Carta Magna que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar.

Neste sentido, a guarda compartilhada, como modelo de corresponsabilidade entre os genitores nas decisões atinentes a vida dos filhos, torna-se instrumento garantidor desse direito constitucional. Como já visto anteriormente, o art. 1.583, §2º do Código Civil traz em seu texto que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Ou seja, a interpretação dada pelo legislador é de que haja uma convivência equilibrada.

Na visão do pesquisador Sé (2013),

O que a lei busca garantir é o afeto familiar, a saúde, a segurança e a educação, como condições satisfatórias para o desenvolvimento dos filhos após a separação do casal. (SÉ, 2013, P. 40). [...] A feição constitucional e civilista brasileira de proteção da família conforma a convivência familiar como um dos pontos mais importantes para a formação física, psicológica e mental da criança e do adolescente. A guarda compartilhada torna-se então, segundo a doutrina e as normas, prioridade, mesmo não havendo acordo entre os pais. (SÉ, 2013, p. 45).

Embora na guarda compartilhada, exista a necessidade de decisão conjunta sobre as decisões da vida dos filhos, é importante que haja uma organização na rotina de convivência. Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 125) entende que:

Na fixação do regime de convivência deve ser buscada, em um ambiente ideal, uma construção conjunta dos dias, horários e locais de retirada, sempre pensando no melhor interesse da prole. Os horários devem atender ao conforto dos filhos e não dos genitores. Por meio do auxílio da equipe interdisciplinar atuante na Vara de Família ou em ambiente mediativo (por meio de sessões de mediação) os pais podem apresentar um plano de convivência detalhado e pensado em conjunto.

Um plano de convivência consensual seria o ideal, pois estaria conciliando os interesses pessoais dos genitores com o superior interesse da criança. Porém sabe-se que nem sempre isso acontece, principalmente nos casos de litígio entre os genitores. Por isso, Rosa (2015, p. 125) também argumenta:

Quando não existir essa disposição, não haverá outra saída: mediante provocação dos advogados ou, em último caso, de ofício, o juiz e o promotor deverão auxiliar as partes nesse mister e, até mesmo, realizar esse projeto de forma impositiva. Desimporta

manifestação de desejo do não guardião. Afinal, o que está em jogo é a garantia do direito de convivência familiar cuja titularidade não é dos progenitores, mas sim dos filhos.

Esse entendimento é o que dispõe o art. 1.584, §3º do Código Civil com redação dada pela lei 13.058/2014:

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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Importante considerar outra situação que deve ser pensada; trata-se dos casos em que os pais moram em cidades distintas, a legislação já dispõe que a cidade base de moradia da criança será aquela que melhor atender a seus interesses, daí a confirmação de que não há problema algum, em aplicar a guarda compartilhada na hipótese descrita. Ou seja, o fato dois genitores estarem decidindo de forma conjunta os aspectos importantes da vida da prole, torna-se fatores importantes para bom desenvolvimento educacional, psíquico e social da criança e do adolescente.

No que diz respeito à convivência familiar nas situações descritas acima, reitera Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 126 e 127) sobre esse aspecto:

Na hipótese de pais que residem em cidades diferentes, qualquer dos pais – ou o juiz de ofício ou por provocação do promotor – poderá determinar dias e horários de convivência por meio de ferramentas *on-line*. [...] “distância física não é distância afetiva”, e as novas tecnologias podem e devem ser utilizadas para minimizar os efeitos da geografia, visto que o coração tem ferramentas muito mais poderosas e efetivas do que os eventuais quilômetros que podem separar um filho de seus pais.

Assim, é imprescindível que os pais saibam a importância que se torna sua participação ativa na vida dos filhos, visto que estes, estão em fase de crescimento e precisam de um desenvolvimento saudável. Por isso o fundamento da guarda compartilhada, como meio de garantir o direito constitucional a convivência familiar, ainda que muitas vezes de forma impositiva, observando o superior interesse da criança e do adolescente.

4.3 Principais Inovações Legais

Como já citado anteriormente, a Lei nº 11.698/2008 positivou a guarda compartilhada no ordenamento jurídico, que até então já se utilizava bastante pelos tribunais, mas não havia previsão legal, promovendo tal instituto preferencial no que concerne definir a guarda de filhos.

No entanto, mesmo a legislação sendo clara quanto a sua aplicabilidade, o entendimento das decisões era no sentido de fixar a guarda unilateral, tendo em vista a expressão equivocada dada através do art. 1.584, §2º redigido da seguinte maneira: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Daí a expressão “sempre que possível” possibilitou interpretações subjetivas do magistrado no momento de decisão, de que a aplicação da guarda compartilhada estaria vinculada ao consenso entre os genitores, que inclusive, tornava-se argumento de um dos genitores com intuito de almejar de forma unilateral a guarda do filho.

A Lei 13.058 de 2014, conhecida por lei da guarda compartilhada, tornou o art. 1.584, §2º mais objetivo em sua estrutura, com a seguinte redação: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”

A lei da guarda compartilhada trouxe, positivamente, o esclarecimento quanto ao verdadeiro significado da guarda compartilhada. Desde a sua entrada em vigor, foi gerada uma polêmica não só na sociedade como entre os operadores do direito, pois o artigo 1.583, §2º gera questionamentos ao tratar que “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e o com o pai”, extraindo duas interpretações equivocadas.

A primeira fazendo alusão a denominada guarda alternada, que consiste na alternância de domínio do poder familiar dos genitores, a qual é completamente diferente da guarda compartilhada, e a segunda interpretação trata-se quanto ao tempo de convívio que deveria ser igualitário, ou seja, 50% para cada genitor.

No entanto, intencionou o legislador, que na guarda compartilhada o que se deve prevalecer é o convívio e a participação dos genitores na vida dos filhos, ou

seja, as decisões que influenciam, como por exemplo educação, saúde, esporte, lazer, viagem, dentre outros importantes para o crescimento e desenvolvimento saudável da prole.

Nesse sentido, Waldyr Grisard Filho (2016, p. 215) leciona que a interpretação dada ao art. 1.583, § 2º deve prevalecer:

A de que a guarda compartilhada de fato representa uma convivência mais próxima, até com períodos mais amplos e horários flexíveis, mas o tempo de convivência deverá sempre ser dividido de forma equilibrada, de acordo com as peculiaridades de cada caso, e nunca aprioristicamente de forma matematicamente igualitária.

No que diz respeito ao tempo de convívio igualitário, vale ressaltar que foram na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, aprovados três enunciados que evidenciam o real sentido dessa divisão de tempo equilibrada:

ENUNCIADO 603 – A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

ENUNCIADO 604 – A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

ENUNCIADO 606 – O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

Alterando, ainda, o art. 1.583, §3º do CC, a lei 13.058/2014 determina que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Essa regra, soluciona importante pontos controversos. O primeiro que o compartilhamento da guarda independe se os genitores moram ou não na mesma cidade.

E o segundo refere-se aos conflitos gerados por um dos genitores que detém a guarda física, que por muitas vezes se utilizava da alteração de domicílio injustificada para dificultar o convívio com o outro genitor. Situação essa, que o legislador configura como ato típico de alienação parental, no art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei 12.318/2010: “mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós”.

O critério a que se refere o art. 1.583 §3º do CC, “aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”, diz respeito ao próprio convívio familiar, o núcleo familiar que melhor realiza o interesse do infante.

Outra inovação trazida pela Lei 13.058 de 2014 ao art. 1.583, foi a inserção do parágrafo quinto, que prevê a situação excepcional de aplicação da guarda unilateral; nesse caso o genitor não guardião é obrigado a supervisionar os interesses dos filhos, e para tanto, possui o direito legítimo de solicitar quaisquer informações ou prestações de contas em assuntos que afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos.

Conforme interpretação dos § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, na disputa pela guarda dos filhos, o magistrado deverá aplicar a guarda compartilhada, desde que ambos os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar, o que poderá ser constatado com a ajuda de orientação técnico-profissional ou equipe interdisciplinar que avaliará caso a caso. Por fim, neste mesmo parágrafo segundo do artigo 1.584, o legislador inseriu a obrigatoriedade da guarda compartilhada, a qual será estudada no subtítulo a seguir.

4.3.1 Aplicabilidade Obrigatória: o papel da mediação e o apoio de equipe interdisciplinar

A guarda compartilhada, já comentada anteriormente, possuía caráter meramente preferencial, de acordo com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008 ao artigo 1.584, § 2º, tendo em vista a expressão “ sempre que possível”. Com a nova leitura da lei 13.058/2014, a guarda unilateral somente será aplicada quando não for possível a aplicação da guarda conjunta, haja vista o fato de privar a criança ou adolescente do convívio diário e contínuo com os seus genitores a qual guarda conjunta concede.

Nesse sentido Farias; Rosenvald (2016, p. 688) entendem que:

Efetivamente, a guarda compartilhada diz respeito à forma (inovadora) de custódia de filhos (de pais que não convivem juntos) pela qual a criança ou adolescente terá *uma residência principal* (onde desenvolverá a sua referência espacial, com o relacionamento com vizinhos, amigos, escola...), mantendo, porém, uma convivência simultânea e concomitante com o lar de ambos os genitores, partilhando do cotidiano de ambos os lares (aniversários, alegrias, conquistas...). Enfim, é o exercício do mesmo dever de guarda por ambos os pais.

A guarda compartilhada possui fundamentos constitucionais e psicológicos que visam garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

Trata-se de modalidade de guarda que enseja, para sua aplicação de forma consensual, uma superação de mágoas e frustrações por parte dos genitores, porém mesmo que persistirem os ressentimentos, nem por isso será afastada a aplicação da guarda compartilhada como um convívio que melhor atende o interesse dos filhos. A inovação dessa alteração legal foi ter positivado, de forma expressa, a guarda compartilhada como regra, independente de convivência harmônica entre os genitores.

Nesta mesma direção, o judiciário brasileiro tem decidido da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LEI Nº 13.058/2014. REGRA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. I - De acordo com a Lei nº 13.058/2014, que altera os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil, a guarda compartilhada dos filhos é regra em todos os casos, ainda que não haja acordo entre os pais, salvo quando existir motivo excepcional que a impeça; II- Na espécie, não há elementos que afastem a possibilidade da incidência da guarda compartilhada. Na verdade, verifica-se que os genitores moram na mesma cidade (São Luis/MA) e no mesmo bairro (Cidade Operária), fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina das crianças, que poderão frequentar, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores; **III- O Estudo Social indica a competência de ambos os genitores para dividirem o cuidado e criação de seus filhos, apontando a guarda compartilhada como medida mais proveitosa para os maiores interessados, as crianças, que hoje contam com 05 (cinco) e 03 (três) anos de idade;** Apelo parcialmente provido. (TJ-MA - APL: 0589172014 MA 0004339-58.2014.8.10.0001, Relator: JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, Data de Julgamento: 10/03/2015

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/03/2015) (grifo nosso)

Dias (2016, p. 517-518), no mesmo sentido, acentua que:

A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre pais. Pode ser imposta pelo juiz, independentemente de concordância dos genitores. 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 conjunta.

O Superior Tribunal de Justiça, outrora, teve oportunidade de estabelecer precedentes sobre o tema, asseverando expressamente que a guarda compartilhada deve ser aplicada, inclusive nas demandas litigiosas:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. **2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.** 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. **5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.** 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014) (grifo nosso)

Por outro lado, para alguns doutrinadores a guarda compartilhada não deve ser sempre aplicada; é o que dispõe Tartuce (2016, p. 1324- 1325):

[...] Acredita-se na existência de certos entraves para a efetivação da guarda compartilhada [...] Isso porque, para que seja possível a concreção dessa modalidade de guarda, este autor acredita ser necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma convivência mínima, pois, caso contrário, será à formação do filho, pelo clima de guerra existente entre os genitores.

Na hipótese em que os genitores reivindicam a guarda do filho e demonstram ter condições de tê-lo em sua companhia, é deferida a guarda compartilhada e os pais serão encaminhados, se necessário, para um acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, para desempenharem as funções parentais. No entanto, se a guarda é determinada pelo juiz, este deverá estabelecer as atribuições e definir períodos de convivência, e para isso é aconselhável que seja feita avaliação interdisciplinar, conforme dispõe o Código Civil no artigo 1.584, § 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Nos casos de conflitos entre os genitores, é de suma importância que o judiciário busque o auxílio de uma equipe interdisciplinar formada por outros profissionais como, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, para que possibilite uma solução na aplicação da guarda compartilhada. Deve ser buscado também outros instrumentos de gestão de conflitos, como a mediação.

A guarda compartilhada terá maior chance de ser efetiva e sustentável se nascida do consenso, e para tanto a mediação é um instrumento necessário. A mediação, através de um mediador capacitado, auxiliará no restabelecimento da comunicação para apaziguar o conflito e deve ser sempre uma faculdade para as partes.

Para Levy (2016, p. 131),

A mediação familiar possibilita o restabelecimento da comunicação entre os mediandos, a reavaliação dos pontos conflituosos, o estímulo da compreensão recíproca dos pontos divergentes e convergentes e o desenvolvimento da coparticipação nas decisões tomadas e corresponsabilidade pelas escolhas feitas.

Em 2015, foi editada a Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil, no seu art. 694, prevê expressamente que, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação. Se estabelecido o acordo, este é redigido pelos advogados e, se necessário, homologado judicialmente.

4.4 Contribuição para Inibir a Alienação Parental

A alienação parental configura-se mediante a prática de atos de um dos genitores, utilizando-se de argumentos que denigrem a imagem do outro genitor ou qualquer pessoa que detenha a guarda da criança. Tal situação, evidenciam-se geralmente, quando o genitor ressentido pela dissolução conjugal, usa os filhos como arma para atingir o outro. E é a partir de relatos inverídicos que a criança se afasta ainda mais, e passa a rejeitar o pai ou a mãe.

Maria Berenice Dias em artigo “Alienação Parental e suas Consequências” publicado em seu site (2012, p. 1) discorre sobre alienação parental:

Grande parte das separações produz efeitos traumáticos que vêm acompanhados dos sentimentos de abandono, rejeição e traição. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos da agressividade direcionada ao parceiro. A forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam.

Torna-se importante fazer uma diferenciação acerca da terminologia Síndrome da Alienação Parental (SAP) e Alienação Parental (AP). Segundo Denise Maria Perissini da Silva (2011, p. 47), a AP “caracteriza o ato de induzir a criança a rejeitar o pai/mãe-alvo (com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações de abuso sexual)”. No entanto, a SAP “é o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente dos atos de Alienação Parental”.

A Lei 12.318 de 2010, dispõe sobre a Alienação Parental, conceituando e esclarecendo para o ordenamento jurídico brasileiro as situações e procedimentos relacionados a tais práticas e, conceitua no artigo 2º que:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Diante do conceito trazido pela legislação, destaca-se que os atos de alienação parental podem ser praticados por qualquer pessoa que tenha a guarda ou vigilância do menor, ou seja, não necessariamente são sempre praticados pelo pai ou a mãe. O parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318 de 2010, traz um rol exemplificativos de atos que caracteriza a alienação parental:

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar exercício da autoridade parental;
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Vários doutrinadores comungam do entendimento que a guarda compartilhada possui papel fundamental para inibir a alienação parental, tendo em vista a característica da corresponsabilidade que é imposta a ambos os genitores em igualdade de condições, de modo que possibilita a participação efetiva na vida dos filhos e a garantia ao direito constitucional a convivência.

Nesse sentido, a psicóloga Denise Maria Perissini da Silva (2011, p. 54), discorre:

É imprescindível que a guarda compartilhada venha a ser devidamente regulamentada e seja aplicada adequadamente aos casos concretos, para desfazer os graves prejuízos psicológicos que as crianças filhas de pais separados atualmente atravessam: “ser órfãos de pais vivos”, isto é, terem os vínculos com os pais não guardiões irremediavelmente destruídos pela SAP, à partir da sensação de abandono e desapego ao genitor ausente, e apresenta sintomas psicossomáticos e/ou psicológicos decorrentes dessa perda de vínculos com o genitor ausente e não com o contexto da separação em si.

Comunga do mesmo entendimento, de que a guarda compartilhada é um instituto eficaz para inibir a alienação parental, Carla Alonso Barreiro Núñez (2011, p. 42):

Filho precisa de pai e mãe para estruturar a sua personalidade dignamente (individualidade) e a guarda compartilhada é o mecanismo mais eficaz para inibir a Alienação Parental no seio de um núcleo familiar, quando da ocorrência da ruptura conjugal, com má elaboração da nova situação por parte de um dos cônjuges/conviventes. Desta forma, a possibilidade de convívio com o filho para os pais separados (acepção aqui usada em sentido lato), deixará de ser arma de vingança, pois ambos terão igualdade de contato e vivência, com a aplicação da guarda compartilhada, fato que impedirá que o acesso ao filho seja moeda de troca ou de desforra.

Ainda nessa esteira cabe citar o recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS – APELAÇÃO CIVIL), que destaca o entendimento de que a guarda compartilhada afasta a alienação parental:

APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO PATERNA. IMPROCEDÊNCIA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. RECONHECIMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. DESCABIMENTO. REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA DEFERIDA NA SENTENÇA AO GENITOR. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORCIONALIDADE A SER OBSERVADA EM RELAÇÃO À VERBA HONORÁRIA. COMPENSAÇÃO. VIABILIDADE. **1. Caso em que os estudos técnicos realizados na instrução foram categóricos no sentido da inexistência de situação a contraindicar o convívio paterno-filial, ocorrência que amparou a improcedência do pedido de suspensão das visitas paternas (objeto da ação), revelando, em contrapartida, a dificuldade de comunicação e de cooperação entre os genitores, a litigiosidade decorrente da separação, bem como os negativos reflexos desse conflito no desenvolvimento emocional do filho menor, responsabilidade que deve ser imputada a ambos os genitores, não autorizando o pretendido**

reconhecimento da alienação parental alegadamente praticada pela genitora (objeto da reconvenção). 2. Considerando que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, corretamente estabelecido na origem o seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante. 3. A ausência de consenso entre os pais não pode... servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ. 4. Manutenção da sentença no ponto em que fixou como base de moradia a residência da genitora e regulamentou o convívio paterno-filial nos termos propostos pelo genitor, em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis. 5. Não tendo o genitor demonstrado sua situação de fazenda e, assim, que faz jus à concessão da assistência judiciária gratuita, deve ser revogado o benefício deferido em seu favor na sentença, conforme requerido no apelo da genitora. 6. Descabido o redimensionamento da sucumbência recíproca, pois inócurre o alegado decaimento mínimo do genitor, devendo ser mantida a proporção estabelecida na sentença para o pagamento das custas processuais, que deve ser observada também em relação aos honorários advocatícios, possibilitando-se a compensação (art. 21, parágrafo único, do CPC e da Súmula nº 306 do STJ), conforme postulado no apelo do genitor. 7. Declaração de voto do revisor. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70061663670, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09/04/2015).

(TJ-RS - AC: 70061663670 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 09/04/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/04/2015). (grifo nosso).

Feitas essas considerações é importante ressaltar que a alienação parental constitui ato de violência contra o infante e, recentemente, foi sancionada a Lei 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e prevê em seu art. 4º, II, b:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

II - violência psicológica:

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

Diante dessa nova regulamentação legislativa, percebe-se que a prioridade deve ser a garantia dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna e que o Estado deve proteger a criança e do adolescente de qualquer forma de violação ou ameaça de violação aos seus direitos, para que estes possuam um desenvolvimento saudável, sendo a guarda compartilhada um importante instrumento preventivo dessa forma de violência já tipificada.

4.5 Aplicação da Guarda Compartilhada na 26ª Vara Cível da Comarca de Aracaju

O estudo de caso teve como objetivo aprofundar a pesquisa com vistas a melhor compreensão da operacionalização da guarda compartilhada na 26ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, respondendo questionamentos que a pesquisadora não esclarece somente com a doutrina, ratificando ou refutando o levantamento bibliográfico acerca do tema, pois trata-se de fenômeno amplo e complexo, necessitando ser entendido no ambiente em que ocorre.

Dessa forma investigou-se, ainda que de forma superficial, a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada em todas as situações de desfazimento dos laços conjugais, partindo do seu contexto real e de forma exploratória. Escolheu-se a 26ª Vara Cível da Comarca de Aracaju e aplicou-se uma entrevista através de um roteiro de cinco perguntas, à juíza titular e ao promotor, direcionadas ao objetivo principal da pesquisa, baseada nas questões norteadoras.

No primeiro momento foi perguntado a ambos (embora em momentos diversos) se a guarda compartilhada está sendo aplicada como regra e em que situações, na prática, não está sendo aplicada. Para a juíza, via de regra sim, porém em situações que não existe uma inteligência emocional entre os casais, o respeito, uma comunicação básica se torna inviável.

Daí percebe-se que na prática, embora a lei tenha deixado claro que a guarda compartilhada é a preferência, inclusive, estando os genitores aptos a exercer o poder familiar mesmo não havendo consenso, o aplicador do direito possui a dificuldade de não aplicar em tal situação.

Para o promotor, muito embora conste na legislação como sendo regra, ainda há um predomínio da guarda unilateral, porque os genitores ainda não estão

preparados para esse compartilhamento; trata-se de uma questão comportamental que precisa de tempo. Para ele, dois elementos são cruciais para o consenso: o egoísmo e o orgulho. Torna-se imprescindível a comunicação e o bom senso; o ideal é que as pessoas terminassem a relação de forma digna, com respeito. Afirma que na verdade o que ocorre é que um quer ganhar do outro e a criança se torna um cabo de guerra, e o papel do Ministério Público é garantir o melhor interesse da criança, mas reafirma que predomina a guarda unilateral, e principalmente ficando com as mães.

Com a resposta do promotor, observa-se que os fatores “consenso”, “comunicação” está de alguma forma definindo o tipo de guarda aplicado ao caso, independente do que lei prevê. Diante das respostas e justificativas, observa-se que, o judiciário ainda está à mercê da vontade dos ex-cônjuges.

Posteriormente foi indagada quais as principais dificuldades enfrentadas quando da aplicação da guarda compartilhada nas dissoluções conjugais. De alguma forma já havia sido respondido, mas a juíza reforça que as dificuldades são a falta de consenso, comunicação e também a forma que a geração foi criada, de não mediar, de não conciliar, e sim com a mentalidade de litigar, de que um tem que ganhar. Para ela, esse é um modelo que está mudando paradigmas e umas das formas de conseguir isso, é começar na base, como por exemplo nas universidades.

Da mesma forma, para o promotor, como já havia comentado anteriormente, as dificuldades são exatamente a falta de entendimento, a comunicação, junto com o egoísmo e o orgulho. Na sua opinião somente com o tempo pode mudar esse paradigma e as pessoas mudarem o comportamento.

Em ato contínuo, perguntou-se, em situações de litígio entre os ex-cônjuges, como conciliar os interesses pessoais dos genitores com o superior interesse da criança. Do ponto de vista da juíza, o interesse da criança é sempre sua meta, que eles fiquem bem, mas elenca que, por atuar numa área menos favorecida, as vezes os pais pedem alimentos e não pensam na guarda.

Diante desse contexto, acrescenta que há a necessidade de fazer um planejamento de visitas, por acontecer, algumas vezes, de um dos genitores não morar na mesma cidade, e explica a importância dos dois participarem e compartilharem juntos as decisões importantes dos filhos, mas sempre com o

propósito do melhor interesse da criança. A magistrada fez uma observação no que diz respeito aos pais que moram em cidades distintas, para ela, a guarda compartilhada é aplicada, e a criança terá como base de moradia a que melhor atender ao seu interesse, resguardado o direito de visita ao não guardião e os genitores compartilharem a tomada de decisões, por exemplo colégio, esporte, cursos, saúde e outros.

O representante do *parquet*, ao responder à pergunta mencionada acima, afirma que para lei o que prevalece é o interesse da criança, mas que não deixa de avaliar a situação dos genitores, no entanto, procura sempre deixar claro que o trabalho deve ser voltado a conseguir uma solução que será melhor para a criança. Para o entrevistado, os litígios acontecem exatamente porque os genitores ficam pensando nos seus direitos, como já citado, tendo em vista, o egoísmo e o orgulho, por isso a justiça deve trabalhar, buscando principalmente os interesses da criança.

Foi indagado também, se na opinião deles a guarda compartilhada tem, de fato, conseguido inibir a ocorrência de alienação parental. A magistrada opina de que há uma melhora no sentido de diminuir, tendo em vista o contato mais próximo e constante, com a participação na rotina do filho, aos poucos vai desmistificando a imagem que o outro genitor faz, porém admite que não pode afirmar que cessa. Mas é uma forma de diminuir os casos, por detecta-se com mais facilidade a incidência da alienação parental, e procurar o judiciário e ajuda emocional. Para o promotor, como o índice de aplicação da guarda compartilhada tem sido baixo, não possui tanto fundamento para tal afirmação, mas que na sua opinião, tendo em vista a participação ativa dos genitores que a guarda conjunta proporciona, ajuda a inibir a alienação parental.

Por fim, foi questionado se, o fato de o juiz informar aos pais o significado, a importância, a similitude de direitos e deveres e as sanções pelo descumprimento previstos no art. 1.584, §1º do Código Civil garante um bom gerenciamento da guarda compartilhada a ponto de efetivar o direito a convivência familiar ou há a necessidade de outros meios, recursos, a exemplo do suporte de uma equipe multidisciplinar.

A juíza conclui que seria muito importante se existisse uma equipe com psicólogo, psicopedagogo, mediador para todos os casos, no entanto, é um serviço muito precário no nosso estado. O judiciário possui uma equipe multidisciplinar, no

entanto para todas as varas, por isso se torna muito precária e precisa-se de mais pessoas especializadas na área, como por exemplo, psicólogos infantis. Enfatiza que já houve um avanço com a sala que o Tribunal possui, do depoimento sem dano, mais que precisa de mais profissionais, principalmente nos casos que se detecta alienação parental, a importância do acompanhamento dessa equipe no momento posterior.

Para o representante do Ministério Público, na 26ª Vara Cível, está mais presente o conciliador e que seria importante se tivesse a figura do mediador. Observa que o judiciário de Sergipe possui uma equipe multidisciplinar, no entanto para todas as varas, o que torna precária. Conclui na mesma linha de raciocínio da juíza, de que há a necessidade de mais profissionais, como psicólogos, psiquiatras, mediadores, principalmente nos casos de litígio e indícios de alienação parental, para tentar fazer um acompanhamento com os genitores e os filhos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo enfatizar a importância da nova lei da guarda compartilhada como norma garantidora do direito constitucional à convivência familiar, sob a ótica do princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, como também discutir as inovações trazidas pela lei 13.058/2014, e a possível aplicação da guarda compartilhada como regra em todos os casos após a dissolução conjugal.

Preliminarmente, com a pretensão de analisar os institutos da autoridade parental e da guarda, fazendo uma breve incursão histórica pela evolução jurídica de ambos, verificou-se que o poder familiar se originou desde a civilização romana, na qual denominava-se de pátrio poder, onde o homem era o chefe da família patriarcal e detinha o poder de dispor sobre a vida do filho e a mulher exercia basicamente as atribuições de cuidadora do lar e dos filhos.

Este cenário perdurou-se por muito tempo, mais foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe no seu bojo de direitos fundamentais a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Diante desse novo paradigma, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o poder familiar como instituto destinado à proteção dos filhos e, com advento do Código Civil de 2002, no tocante ao exercício, foram assegurados direitos e deveres para ambos os genitores em igualdade de condições.

Nessa perspectiva, observou-se que a família sofreu grandes transformações, a mulher foi conquistando seu espaço na sociedade e no mercado de trabalho, e o homem teve que se adaptar à nova realidade e passar a contribuir com funções que antes não exercia. Diante dessa equiparação de direitos entre os gêneros, perdeu-se o sentido, por exemplo, da guarda unilateral que apenas um genitor exerce o poder familiar de forma exclusiva. Assim, surgiu a necessidade de instituir a guarda compartilhada.

No tocante a guarda compartilhada, foi realizada uma análise acerca da lei nº 13.058/014, detalhando os principais pontos. Inicialmente analisou-se os princípios constitucionais que são pilares para a guarda compartilhada. Foi evidenciado que o princípio da Igualdade Parental fundamenta a guarda conjunta como a corresponsabilidade de direitos e deveres dos genitores inerentes a prole,

como também, o princípio do Superior Interesse do Menor deve ser considerado como orientador de todas as questões relativas a criança, e do bem estar do infante, de modo a garantir o seu desenvolvimento saudável. E que o princípio da Proteção Integral, engloba todos os direitos assegurados, mas enfatiza a necessidade de prioridade absoluta por está em processo de desenvolvimento.

Nesse toar, demonstrou-se também, a guarda compartilhada como um instrumento garantidor do direito constitucional à convivência familiar, tendo em vista, a corresponsabilidade entre os genitores nas decisões atinentes a vida dos filhos. Verificou-se que na guarda conjunta, o tempo de convívio dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre o pai e a mãe, e para tanto, se não houver consenso, o juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência, em observância ao princípio do Superior Interesse do Menor.

Outro ponto analisado foram as inovações trazidas pela lei nº 13.058/2014. Constatou-se que umas das inovações foi ter positivado a guarda compartilhada como regra, mesmo se não houver acordo entre o pai e a mãe, corrigindo a falha da lei anterior que ao dispor a expressão “sempre que possível”, possibilitava interpretação de que a aplicação da guarda compartilhada estaria vinculado ao consenso dos genitores.

Observou-se que o fato de os pais morarem em cidades diferentes, não impede o compartilhamento da guarda, inclusive a própria lei traz em seu texto que, na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia do filho, será aquela que melhor atender a seus interesses.

Verificou-se ainda que, nos casos excepcionais de aplicação de guarda unilateral, o genitor não guardião é obrigado a supervisionar os interesses da prole, e para isso, foi assegurado o direito legítimo de solicitar quaisquer informações ou prestações de contas em assuntos que afetem a saúde física, psicológica e a educação dos filhos.

Diante da obrigatoriedade da guarda compartilhada, restou demonstrado que o objetivo é garantir maior participação dos genitores no crescimento e desenvolvimento dos filhos, ou seja, ter em sua formação referencial de ambos os

pais, como também garantir o direito fundamental da convivência familiar a criança e ao adolescente.

Enfim, observa-se que a doutrina, em regra, apoia a guarda compartilhada como modalidade de guarda que melhor se adequa ao crescimento e desenvolvimento da prole, e que o judiciário já se posicionou, em algumas ocasiões, nesse mesmo sentido. No entanto, a falta de consenso entre os genitores, ainda é um fator que dificulta a aplicação da guarda compartilhada, por isso, destacamos alguns mecanismos que podem auxiliar no restabelecimento da comunicação, como as equipes multidisciplinares, formadas por conciliadores, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras e mediadores, por entendermos que a mediação é um instrumento muito importante na solução desses conflitos, e tem sido incentivada na legislação brasileira.

No tocante a possibilidade de a guarda compartilhada ser inibidora da alienação parental observou-se que, diante da característica de corresponsabilidade em igualdade de condições a ambos os genitores, haverá maior facilidade de visualizar a alienação, tendo em vista a participação efetiva dos genitores na vida dos filhos, e conseqüentemente desmistificar os falsos relatos que o genitor incute sobre o outro para o filho, ou mesmo procurar ajuda.

Por fim, realizou-se breve estudo de caso com objetivo exploratório utilizando uma entrevista aplicada na 26ª vara cível da comarca de Aracaju, com objetivo de obter um parâmetro de como está sendo a aplicação da guarda compartilhada na prática. Observou-se que não está ocorrendo totalmente de acordo com o que a lei e a doutrina preveem, pois, o fator consenso ainda é preponderante na decisão do magistrado.

Em suma, diante da opinião da magistrada e do promotor entrevistados, com base em suas experiências e interpretações, observa-se que na prática há dificuldades na aplicação da guarda compartilhada, visto que a comunicação e o consenso são fatores preponderantes nas sentenças, e por isso não está sendo aplicado em todos os casos de dissolução conjugal. Extrai-se ainda, que para ambos, a guarda compartilhada é um instituto em adaptação e precisa-se de mecanismos que auxiliem esse processo, como equipes multidisciplinares, conciliadores, psicólogos mediadores, dentre outros.

Finalizando, podemos constatar que a guarda compartilhada é um instrumento garantidor do direito constitucional a convivência familiar, e que se bem gerenciada, é uma modalidade fundamental para o desenvolvimento saudável, seja ele físico, psíquico e social da criança e do adolescente.

No entanto, por ser um instituto divisor de paradigmas, observamos que a guarda compartilhada ainda está em fase de adaptação e que para viabilizar a sua aplicação em todos os casos é importante, nesse processo, o auxílio de outros mecanismos, como por exemplo, estimular e desenvolver pesquisas com a temática nas faculdades de direito a preparar os futuros operadores do direito a conciliar, mediar, buscar uma solução pacífica, como também o judiciário viabilizar equipes com conciliadores, mediadores, psicólogos para todas as varas de família, com o objetivo de ajudar na pacificação de conflitos entre os genitores e auxiliar para que a criança passe por tal situação sendo a menos afetada.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Renato Faloni de. Guarda compartilhada: a distância não importa ao afeto e à responsabilidade. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM)**. Minas Gerais. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1141/Guarda+compartilhada%3A+a+dist%C3%A2ncia+n%C3%A3o+importa+ao+afeto+e+%C3%A0+responsabilidade>>. Acesso em: 17 jan. 2017, 13h12min.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Civil e processual civil. Família. Apelação cível. Guarda compartilhada. Lei nº 13.058/2014. Regra. Melhor interesse da criança. Apelo provido parcialmente. APL: 0589172014 MA 0004339-58.2014.8.10.0001. Relator: JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO. Data de Julgamento: 10/03/2015, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/03/2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelações cíveis. Família. Alteração do regime de visitação paterna. Improcedência. Estabelecimento da guarda compartilhada. Procedência. Manutenção. Reconhecimento de alienação parental. Descabimento. Revogação da gratuidade judiciária deferida na sentença ao genitor. Cabimento. Sucumbência recíproca. Proporcionalidade a ser observada em relação à verba honorária. Compensação. Viabilidade. Apelação Cível Nº 70061663670, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09/04/2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.
- BRASIL. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Alienação parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2016.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.
- BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. **Casamento Civil**. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 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.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. **Sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm>. Acesso em: 20 abril 2017.

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. **Lei da guarda compartilhada.** Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil. Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Lei de Mediação. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Convenção sobre os Direitos da Criança. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. A guarda dos filhos. In: _____. **Curso de Direito Civil:** vol. 5. 8ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

CHERULLI, Jaqueline. A Guarda Compartilhada no Brasil. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM).** Minas Gerais. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil>>. Acesso em: 17 jan. 2017, 13h15min.

DIAS, Maria Berenice. Convivência compartilhada. In: _____. **Manual de Direito das Famílias.** 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 516 – 523.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental e suas consequências. 2012. Disponível em: <[http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_500\)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_500)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2017, 14h22min.

DOMINGUES, Leandro Fagundes. A nova lei da guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16529&revista_caderno=14>. Acesso em 19 jan. 2017, 15h26min.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. A guarda compartilhada. In: _____. **Curso de Direito Civil**. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 688 – 696.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 2008.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Jornada de direito civil VII: enunciados aprovados. Coordenador Científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 54. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados%20aprovados%20-%20VII%20jornada/view>>. Acesso em: 15 fev. 2017, 15h40min.

JOSÉ, Clodoaldo Crispim. A Efetivação do Princípio do Melhor Interesse da Criança na Guarda Compartilhada. Pág. 07 a 45 [S.I]: **Repositório Institucional da UFSC**, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/161837>>. Acesso em: 13 jan. 2017, 09h33min.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2016, p. 121 – 135.

LISBOA, Tânia Torres de Alckmim. Guarda Compartilhada X Convivência Familiar. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM)**. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 26 fev. 2016, 11h25min.

KASPER, Bruna Weber. A Guarda Compartilhada e a Lei Nº 13.058 De 2014 sob a Ótica dos Princípios Constitucionais. Pág. 42 a 73 [S.I]: **Repositório Digital Lume da UFRGS**, 2016. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/147621>>. Acesso em: 15 jan. 2017, 14h45min, 10h25min.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda Compartilhada. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187 – 204.

MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada. In: _____. **Curso de Direito de Família**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016, p. 464 – 486.

MADALENO, Rolf. A Lei da Guarda Compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2016, p. 289 – 304.

- MALVEIRA, Jamile Saraty. “Tomem que o filho é de vocês!”: sobre a lei da guarda compartilhada obrigatória. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM)**. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1045/%E2%80%9CTomem+que+o+filho+%C3%A9+de+voc%C3%AAs%21%E2%80%9D%3A+sobre+a+lei+da+guarda+compartilhada+obrigat%C3%B3ria>>. Acesso em: 17 jan. 2017, 13h20min.
- NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda Compartilhada e Mediação Familiar: a importância da convivência. In: Paulino Neto, Analdino Rodrigues (org.). **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Equilíbrio, 2011, p. 101 – 106.
- NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. Guarda Compartilhada: Um Caminho para inibir a Alienação Parental. In: Paulino Neto, Analdino Rodrigues (org.). **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Equilíbrio, 2011, p. 31 – 43.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Guarda compartilhada obrigatória – Em benefício dos filhos. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM)**. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1035/Guarda+compartilhada+obrigat%C3%B3ria+%E2%80%93+Em+benef%C3%ADcio+dos+filhos>>. Acesso em: 17 jan. 2017, 13h22min.
- PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3533>>. Acesso em: 13 jan. 2017, 09h11min.
- PINTO, Anna Beatriz Rossi Nogueira. O Problema Da Eficácia Da Aplicação Da Guarda Compartilhada Aos Casos De Alienação Parental. Pág. 35 a 53 [S.l.]: **Repositório UniCeub**, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6118/1/21046894.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2016, 10h30min.
- RIO DE JANEIRO. **APL 00026158020068190055**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178780706/apelacao-apl-26158020068190055-rj-0002615-8020068190055>. Acesso em: 18 fev. 2017
- ROSA, Conrado Paulino da. Guarda compartilhada e a postura do STJ: a parentalidade por sinais de fumaça. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM)**. Minas Gerais. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1132/Guarda+compartilhada+e+a+postura+do+STJ%3A+a+parentalidade+por+sinais+de+fuma%C3%A7a>>. Acesso em: 17 jan. 2017, 13h10min.
- SANTOS, Alessandro Coimbra dos; RIBAS, Juliana Ferreira. Aplicação da guarda compartilhada como regra: ainda que inviável? Uma análise do instituto da guarda diante da lei 13.058/2014. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM)**. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1070/Aplica%C3%A7%C3%A3o+da+guarda+compartilhada+como+regra%3A+ainda+que+invi%C3%A1vel%3F+Uma+an%C3%A1lise+do+instituto+da+guarda+diante+da+lei+13.058.2014>>. Acesso em: 17 jan. 2017, 13h17min.

SÉ, Julivaldo Silva Sento. A Natureza Jurídica da Alienação Parental em Face do Direito Civil Brasileiro. Pág. 35 a 46 [S.I]: **Biblioteca on-line da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.fanese.edu.br/>>. Acesso em: 03 maio 2016, 10h30min.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilha e Síndrome de Alienação Parental**: o que é isso? São Paulo: Ed. Armazém do Ipê, 2011.

SILVA, Vaudilena Bezerra da. Guarda Compartilhada e Alienação Parental. Pág. 12 a 20 [S.I]: **Biblioteca Digital da Universidade Estadual da Paraíba**, 2012. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/5314>>. Acesso em: 15 jan. 2017, 14h20min.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. O abuso de direito no exercício do poder familiar. In: Paulino Neto, Analdino Rodrigues (org.). **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Equilíbrio, 2011, p. 69 – 83.

SIMON, Arthur da Silva. A Guarda Compartilhada após a lei n. 13.058/2014: aspectos teóricos, práticos e análise da jurisprudência catarinense. Pag. 11 a 44 [S.I]: **Repositório Institucional da UFSC**, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/157121>>. Acesso em: 13 jan. 2017, 09h16min.

TARTUCE, Flávio. O problema da guarda na dissolução do casamento. Análise atualizada com a EC 66/2010 e com a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/2014). In: _____. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2016, p. 1316 – 1336.

TREDINNICK, André Felipe A. C. GUARDA COMPARTILHADA: o princípio da igualdade dos cônjuges na inteligência do inciso v do artigo 1.634 do Código Civil. **Instituto Brasileiro de direito de Família (IBDFAM)**. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 26 fev. 2016, 11h10min.

VARGAS, Adriane Wottrinc. CASAGRANDE, Aline. A Guarda Compartilhada Como Meio Eficaz No Combate À Alienação Parental. **Revista Da Universidade De Santa Cruz Do Sul (UNISC)**. Rio Grande do Sul: UNISC, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/13201/2258>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Poder Familiar. In: _____. **Direito Civil**. 8ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 293 – 311.

APÊNDICES

APÊNDICE A – ROTEIRO DE ENTREVISTA

Após o advento da chamada lei da Guarda Compartilhada nº 13.058 de 2014, questiona-se:

1. A guarda compartilhada está sendo aplicada como regra? Em que situações ela, na prática, não está sendo aplicada?
2. Quais as principais dificuldades enfrentadas quando da aplicação da guarda compartilhada nas dissoluções conjugais?
3. Em situações que envolvem litígio entre os ex-cônjuges, como conciliar os interesses pessoais dos genitores com o superior interesse da criança?
4. Na sua opinião a guarda compartilhada tem, de fato, conseguido inibir/prevenir a ocorrência de alienação parental? Porque?
5. O fato de o juiz informar aos pais o significado, a importância, a similitude de direitos e deveres e as sanções pelo descumprimento previstos no art. 1.584, §1º do Código Civil garante um bom gerenciamento da guarda compartilhada a ponto de efetivar o direito a convivência familiar ou há a necessidade de outros meios, recursos, a exemplo do suporte de uma equipe multidisciplinar?

APÊNDICE B – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

CONVITE

Convido V. S.^a a participar, como voluntária, da pesquisa: “A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE APLICAÇÃO EM TODOS OS CASOS DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL”.

Gessica Vieira Vasconcelos
Acadêmica

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Eu, _____, Registro Geral nº _____/SSP/____, CPF nº _____, dou meu consentimento livre e esclarecido para participar como voluntária da pesquisa supracitada, sob a responsabilidade da acadêmica Gessica Vieira Vasconcelos, Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE, orientada pelo Prof. Ma. Antonina Gallotti Lima Leão.

Assinando este termo do consentimento, estou ciente de que este estudo tem por objetivos: a) enfatizar a importância da nova lei da guarda compartilhada como norma garantidora do direito constitucional à convivência familiar sob a ótica do princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente; b) discutir a inovação trazida pela lei 13.058/2014; c) analisar a viabilidade de aplicação da guarda compartilhada como regra em todos os casos após a dissolução conjugal.

Obtive, ainda, todas as informações necessárias para poder decidir conscientemente sobre a minha participação na referida pesquisa, inclusive optar pela forma de coleta e registro dos dados (gravação ou por escrito) e livre para interromper a qualquer momento. E certa de que meus dados pessoais e outras informações que possam me identificar serão utilizados com minha aquiescência.

Os resultados gerais obtidos nesta pesquisa serão utilizados apenas para alcançar os objetivos propostos para a formatação final do trabalho monográfico conforme tema supracitado, bem como sua publicação em congresso ou revista científica especializada.

Toda e qualquer dúvida acerca da pesquisa poderá ser sanada diretamente com a pesquisadora, por meio do telefone (79) 98864-7934 ou pelo e-mail gessicavasconcelos@acad.fanese.edu.br

Aracaju/SE, ____ de abril de 2017.

Voluntária