

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - UERN
NÚCLEO ACADÊMICO DE NOVA CRUZ
CURSO DE DIREITO

LAÍSE AMARAL DA PAIXÃO

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO COERCITIVA DA GUARDA
COMPARTILHADA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS NA COMARCA DE
NOVA CRUZ/RN

NOVA CRUZ-RN

2015

LAÍSE AMARAL DA PAIXÃO

**A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO COERCITIVA DA GUARDA
COMPARTILHADA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS NA COMARCA DE
NOVA CRUZ/RN**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito do Núcleo de Nova Cruz da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Mestra Cláudia Vechi Torres.

NOVA CRUZ-RN

2015

LAÍSE AMARAL DA PAIXÃO

**A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO COERCITIVA DA GUARDA
COMPARTILHADA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS NA COMARCA DE
NOVA CRUZ/RN**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia,
apresentado ao Curso de Direito do Núcleo de
Nova Cruz da Universidade do Estado do Rio
Grande do Norte como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Apresentado oralmente e aprovado no dia _____ de _____ de 2015.

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO:

Prof^ª. Mestra Cláudia Vechi Torres (UERN)
Orientadora

Prof^ª. Mestra Marília Ferreira da Silva (UERN)
Examinadora

Prof^º. Mestre Rogério Emiliano Guedes Alcoforado (UERN)
Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre me incentivaram para a realização dos meus ideais, encorajando-me a enfrentar todos os momentos difíceis da vida, e pela compreensão, apoio e contribuição para minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A motivação não dura sempre, por esse motivo, a elaboração deste trabalho não teria sido possível sem a colaboração, estímulo e empenho de diversas pessoas.

Desse modo, quero expressar toda a minha gratidão e apreço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para que esta tarefa se tornasse uma realidade.

Primeiramente agradeço a Deus, principal responsável por tudo isso.

A todos da minha família que, de alguma forma, incentivaram-me na constante busca pelo conhecimento. Em especial aos meus pais, Luiz e Fátima, pelo apoio, incentivo, compreensão, amor que sempre me dedicaram, por um dia terem acreditado em mim e me proporcionado a chance de realizar os meus sonhos e, sobretudo, pelo companheirismo, sempre estando ao meu lado quando precisei.

À minha irmã, Larissa, que sempre me acompanhou, e principalmente, acreditou em mim.

À minha orientadora, Cláudia Vechi Torres, que dedicou seu tempo e compartilhou sua experiência, me auxiliando na conclusão deste trabalho de conclusão de curso, meu sincero carinho e agradecimento.

Agradeço aos meus professores em geral, que me ensinaram, incentivaram e ajudaram, contribuindo assim, para que eu pudesse crescer.

Aos meus companheiros de sala, que dividiram comigo as dificuldades e os prazeres da vida acadêmica.

À Rossyleyde e Islander, que me acompanharam durante toda a minha graduação, que ouviram os meus desabafos, e foram essenciais nessa fase da minha vida.

Ao meu namorado, Alencar, pela dedicação, amor e compreensão, principalmente na minha ausência no decorrer desse trabalho.

E por fim, mas sem dúvida, não menos importante, ao meu amigo Danilo e a todos que de alguma forma ajudaram na conquista de mais uma etapa na minha vida. Agradeço por acreditarem no meu potencial, nas minhas ideias, nos meus devaneios, principalmente quando nem eu mais acreditava.

Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.

(Waldyr Grisard Filho)

RESUMO

Esta monografia é o resultado de um estudo sobre o instituto da guarda compartilhada, em um exame pormenorizado acerca da possibilidade de sua imposição diante dos casos em que a dissolução da família, com a separação dos pais, se dá de maneira litigiosa, quer seja na sua forma processual, ou mesmo, faticamente. A pesquisa tem por objetivo geral analisar a viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada dos filhos após o desenlace conjugal dos genitores, sobretudo quando há uma situação de conflito, examinando os papéis dos pais neste tipo de guarda diante da realidade fática verificada nos processos litigiosos na Comarca de Nova Cruz/RN, notadamente no ano de 2014. Para tanto, será examinada a transformação no significado do vocábulo família no decorrer dos tempos, como se compõe a nova estrutura familiar e como se dá a sua dissolução, bem como será demonstrado de que forma essas mudanças alteram o exercício do poder familiar, quais as situações no âmbito da guarda possíveis depois da dissolução da sociedade conjugal e quais os princípios constitucionais e infraconstitucionais que resguardam os direitos inerentes à família. Também será abordado o regime de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, expondo os principais benefícios e malefícios da adoção da guarda conjunta; e por fim, far-se-á uma avaliação da viabilidade da aplicação obrigatória da guarda compartilhada, em especial nos casos em que há um intenso litígio entre os pais. Este trabalho justifica-se pela necessidade de uma compreensão mais aprofundada do tema, bem como, da implantação de políticas de conscientização em virtude da realidade apresentada nos processos envolvendo a tutela de menores na referida comarca, comumente revestidos de contrariedades. A metodologia utilizada abarca um raciocínio indutivo, analisando os casos de divórcios litigiosos que trataram da guarda dos filhos e os processos de guarda propriamente ditos, e quantos desses adotaram a guarda compartilhada; bem como, conhecimentos adquiridos através de doutrinas e jurisprudências; sendo esta uma pesquisa dialética, visto que os fatos foram considerados dentro de um contexto social, psicológico, histórico e cultural; e, também, teve seus dados estudados qualitativamente, pelo que, os números obtidos serviram apenas de base para mostrar uma realidade. Além disso, fez parte de uma pesquisa aplicada que produziu informações para utilização prática na resolução de problemas específicos da comarca; e finalmente, foi feita de maneira descritiva, registrando os fatos da maneira como aconteceram, buscando compreendê-lo em razão da preocupação com sua concreta atuação. Ao final conclui-se que a guarda unilateral ainda está enraizada em nossa cultura, apesar da evolução dos papéis parentais. Além do que, a maioria dos ex-casais vem a Juízo com uma carga emocional muito tumultuada, e, por isso, tem-se que, o compartilhamento da guarda, que hoje é obrigatório, aplicados nos casos em que os pais não estejam suficientemente maduros, poderá causar um enorme desequilíbrio no desenvolvimento psicossocial do menor, que se vê em meio às intensas discussões. O convívio com ambos os pais é de extrema importância, mas desde que essa convivência contribua para que o crescimento da criança aconteça de forma saudável.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Viabilidade; Aplicação Obrigatória; Litígio.

ABSTRACT

This monograph is the result of a study of the Institute of joint custody, in a detailed examination of the possibility of its imposition on cases in which the dissolution of the family, with parental separation, takes place in a litigious way, whether in its procedural form, or even factually. The research has the objective to analyze the feasibility of coercive application of joint custody of the children after marital separation of the parents, especially when there is a conflict, examining the roles of parents in this type of guard in the face of objective reality observed in litigations in Nova Cruz/RN's district, notably in the year 2014. Therefore, the transformation in the meaning of the word family will be examined in the course of time, how new family structure is formed and how it is dissolved, and will demonstrate how these changes alter the exercise of parental power, which situations are possible in the context of guard after the dissolution of the conjugal society, and which the constitutional and infra-constitutional principles protects the rights inherent to the family. It will also be approached the guard system in the Brazilian legal system, exposing the main benefits and drawbacks of adopting joint custody; and finally, will be made an assessment of the feasibility of mandatory application of joint custody, especially in cases where there is an intense dispute between the parents. This work is justified by the need for a deeper understanding of the topic, as well as the implementation of awareness policies because of the reality presented in cases involving the protection of minors in that district, commonly coated with setbacks. The methodology includes a inductive reasoning, analyzing the cases of litigious divorces that dealt with the custody and the actual cases of custody, and how many of those have adopted a joint custody; as well as knowledge acquired through doctrines and jurisprudence; this being a dialectical study, since the facts were considered within a social, psychological, historical and cultural; and, also had their data qualitatively studied, so that the obtained results only served as a basis to show a reality. Furthermore, it was part of an applied research that produced information to practical use in solving specific problems of the region; and finally it was done descriptively, recording the facts the way they happened, trying to understand it because of concern for their concrete activities. Finally, the authors concluded that the unilateral guard is still rooted in our culture, despite the evolution of parental roles. Besides, most of the former couples come to judgment with a very tumultuous emotional, and so has that, guardian sharing, which is now mandatory, applied in cases where parents are not mature enough, it can cause a huge imbalance in the psychosocial development of the child, who finds himself in the midst of intense discussions. The contact with both parents is extremely important, since this interaction contributes to the growth of the child happen in a healthy way.

Keywords: Joint Custody; Feasibility; Mandatory Application; Litigation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	13
2.1	EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	13
2.2	CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA E SUA PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	17
2.3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FAMÍLIA.....	21
2.4	PODER FAMILIAR E O DESENLACE CONJUGAL.....	25
3	A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	29
3.1	CONCEITO DE GUARDA, SUAS ESPÉCIES E REGULAMENTAÇÃO.....	29
3.2	PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	33
4	O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	38
4.1	CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, VANTAGENS E DESVANTAGENS.....	38
4.2	APLICAÇÃO COM A LEI Nº 11.698/2008.....	42
4.3	ALTERAÇÕES COM A EDIÇÃO DA LEI 13.058/2014.....	45
4.4	INCIDÊNCIA NAS DISSOLUÇÕES CONSENSUAIS E A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA NAS SEPARAÇÕES LITIGIOSAS.....	48
5	ANÁLISE DOS CASOS DE ROMPIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR NA COMARCA DE NOVA CRUZ/RN E A QUESTÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	52
5.1	RELATO DO CASO CONCRETO E ANÁLISE DAS PROVAS APRESENTADAS	54
5.2	A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	66
6	CONCLUSÃO.....	69
	REFERÊNCIAS.....	72
	APÊNDICE.....	79

1 INTRODUÇÃO

O cenário de fragilidade das atuais relações tem modificado a composição familiar ao longo do tempo, tornando a separação de casais uma situação cada vez mais corriqueira, e a estrutura pai, mãe e filhos comuns residindo em um mesmo lar já não é o que se observa na maior parte dos casos.

Ocorre que o ideal é que os pais continuem dividindo as responsabilidades e as demais atribuições para a criação de seus filhos, protegendo seus interesses quando da separação do casal.

Até o ano de 2008, quando havia a dissolução da sociedade conjugal, a guarda unilateral era a única possibilidade jurídica, sendo claramente estabelecido onde a criança iria residir, cabendo ao outro genitor funções secundárias como visitas, deveres de assistência e fiscalização da educação, por exemplo. No entanto, essa espécie de guarda centraliza a autoridade sobre os filhos apenas em um dos genitores, favorecendo o detentor da guarda pelo motivo da sua maior proximidade com o filho.

Com a evolução cultural da sociedade e a consequente inserção da mulher no mercado de trabalho, extinguiu-se a ideia de que a mãe tem o papel exclusivo de cuidar dos filhos, enquanto o pai exerce somente a função de provedor do sustento da família.

Os homens também abandonaram aquela figura historicamente machista e passaram a dividir as tarefas domésticas e o cuidado com os filhos junto às suas companheiras, e igualmente demonstram a vontade de participar mais do dia-a-dia de seus filhos. Ademais, reúnem conjuntamente as condições necessárias, sejam elas o suporte emocional e financeiro, para compartilharem de sua criação, envolvendo-se em sua rotina e assim, convivendo mais com os filhos.

Com o advento da lei 11.698/2008, foi instituída a guarda compartilhada, que veio suprir as exigências desses novos padrões de comportamento e desenvolvimento das funções parentais, e é nesse contexto que o referido modelo de guarda adquire relevância, na medida em que prioriza a convivência dos filhos com ambos os pais, conservando o exercício conjunto da autoridade dos genitores.

Partindo dessa premissa, surgiram os seguintes questionamentos: Mas até onde a relação que restou entre o casal, após a separação, afeta a educação dos filhos? Ora, a separação do casal nem sempre indica uma relação conflituosa, mas quando há o litígio entre o casal, e o filho, embora esteja convivendo com ambos, essa relação não se faz equilibrada, tornando-se apenas uma verdadeira disputa entre os pais? Em que casos a guarda

compartilhada se torna efetiva? Em que situações esse tipo de guarda alimenta o sofrimento pela separação? A aplicação da guarda compartilhada de forma coercitiva é o melhor para a criança?

A guarda é um dos direitos-deveres do poder familiar dos pais, sendo a guarda compartilhada aquela que melhor estabelece a igualdade desses direitos e obrigações entre os genitores. É medida facilitadora do convívio familiar, assegurando vínculos e preservando o bem-estar e a saúde emocional dos filhos dadas as circunstâncias de um divórcio, buscando fórmulas flexíveis e ajustadas para a manutenção do convívio familiar.

A legislação atual estabelece que “deve” ser aplicado prioritariamente esse tipo de tutela em qualquer processo de separação, desde que atendidas às condições necessárias para sua aplicação e não haja recusa justificável dos pais, cabendo, porém, ao Judiciário, quando houver litígio, decidir quem será indicado como guardião.

A Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 prevê a obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada como forma de atenuar a alienação parental. Mas não se pode impor o consenso. A pacificação nas relações de família tem que surgir do consenso, para, dessa forma, atender aos interesses dos menores, e tal aplicação exige uma maturidade emocional do casal para enfrentar o litígio do divórcio. É necessário que haja um relacionamento harmônico entre os pais para que se mantenham inalteradas as relações com seus filhos.

A criança precisa estar amparada emocionalmente em razão de ser uma personalidade em desenvolvimento. Deve ser propiciado um ambiente estruturalmente adequado para que o tempo em que pais e filhos estejam juntos, cada qual individualmente, seja um momento tranquilo, não permitindo que as desavenças entre os pais provoquem constrangimentos, submetendo a criança à sensação de ter sempre que optar por um dos genitores.

Adentrar nas questões de família é um enorme desafio, visto ser um terreno da esfera particular das pessoas. Contudo, quando essa relação estabelecida entre particulares começa a dificultar a formação bem estruturada e o pleno desenvolvimento do indivíduo, tal questão se torna de extremo relevo social.

O interesse por esse estudo surgiu a partir do contato, no exercício das funções de estagiária, com alguns processos litigiosos em tramitação na Comarca de Nova Cruz/RN, em que foram verificadas situações onde a busca pela guarda se tornou uma disputa pessoal entre os genitores e os filhos deixaram de ser o foco da questão para se tornarem meros prêmios a serem conquistados. Enquanto isso, os menores passaram a vivenciar mais um conflito entre os pais, além do já provocado quando da separação do casal. E não adianta os pais estarem presentes, se as brigas também fizerem parte da rotina da família.

Inúmeros são os benefícios da guarda compartilhada e seu objetivo principal é o de promover a manutenção solidária e responsável dos direitos e deveres essenciais aos menores.

Mas é preciso observar caso a caso para conseguir identificar quais aspectos devem ser levados em consideração no momento de se decidir quem irá manter os filhos sob sua guarda, e assim, adequar a concessão da guarda às circunstâncias encontradas em cada família. Tudo isso, para que não se incida no erro de estabelecer a guarda compartilhada e a criança fique “pulando” de uma casa para outra, demonstrando o completo desinteresse por um ou outro genitor no acompanhamento da sua educação, buscando apenas sua presença física.

Ademais, ainda existe uma confusão no Judiciário entre os institutos da guarda “compartilhada” e a “alternada”, essa última, mesmo não estando prevista no ordenamento jurídico pátrio, é usualmente aplicada como se fosse compartilhada.

Quando instado para resolver um litígio, o papel do Judiciário é entender as peculiaridades de cada núcleo familiar e aplicar o modelo de guarda que for capaz de promover a convivência mais saudável, fazendo com que os pais assumam os seus papéis de maneira benéfica, contribuindo para a formação de indivíduos capazes de atuar em sociedade com o mínimo de equilíbrio, livres de transtornos psicológicos e/ou emocionais.

Nesse contexto, o objetivo geral desse trabalho é fazer uma análise da viabilidade da aplicação coercitiva da guarda partilhada dos filhos após o desenlace conjugal dos genitores, sobretudo quando há uma situação de conflito, examinando os papéis dos pais neste tipo de guarda diante da realidade fática verificada nos processos litigiosos na Comarca de Nova Cruz/RN, notadamente no ano de 2014.

Por seu turno, os objetivos específicos são abordar a evolução do conceito familiar e a nova composição da família, bem como sua dissolução; verificar em que condições ficaram as relações entre os pais após o desenlace conjugal; analisar o instituto da guarda e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro; identificar as vantagens e as desvantagens da adoção da guarda compartilhada; e finalmente, examinar a viabilidade da aplicação da guarda compartilhada numa relação em que há litígio entre os pais.

No segundo capítulo será traçada uma análise acerca da evolução do significado do termo “família” e o seu conceito atual, sobre os seus princípios norteadores e a sua previsão na legislação infraconstitucional, bem como, acerca dos conflitos gerados pela ocorrência de uma separação judicial e sua influência na autoridade conferida ao poder familiar; O terceiro capítulo abordará as transformações do instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro e sua regulamentação, e as principais ideias a respeito do que seria o mais adequado para os filhos diante de um litígio entre os pais. E por sua vez, o quarto capítulo abarcará toda a

problemática envolvendo especificamente a guarda compartilhada, o que foi estabelecido pela Lei 11.698/2008 e quais são as novidades trazidas pela Lei 13.058/2014, assim como em que casos é viável a sua aplicação coercitiva.

O presente trabalho apresenta, por meio de um método indutivo, exegético investigativo, e através de pesquisas em doutrinas e jurisprudências, as considerações relativas à possibilidade da concessão da guarda conjunta num relacionamento de conflito, partindo do particular para o geral, com a finalidade técnica e prática de verificar a viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos na comarca de Nova Cruz/RN, especificamente no ano de 2014.

Trata-se de uma pesquisa dialética e qualitativa, tendo em vista que as questões propostas foram avaliadas em todos os seus aspectos, suas relações, conexões, dentro de um contexto social, econômico, afetivo e psicológico.

O tipo de leitura realizado para a coleta de dados é o textual e tem por finalidade uma leitura detalhada acerca das ideias e pensamentos dos autores, bem como, esse projeto faz parte de uma pesquisa aplicada, em razão de que gerou conhecimentos para utilização prática voltados à solução de problemas específicos, característicos da Comarca de Nova Cruz/RN.

Conta ainda com um levantamento de dados para análise dos casos de rompimento da entidade familiar na Comarca de Nova Cruz/RN no ano de 2014 e a questão da guarda compartilhada, fazendo um estudo aprofundado acerca do tema proposto.

Tal investigação é feita de forma descritiva, onde são registrados os fatos procurando classificá-los, explicá-los e interpretá-los sem interferências, da maneira como eles ocorreram, proporcionando uma nova visão do problema em razão da preocupação com sua atuação prática.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Este capítulo irá apresentar algumas considerações a respeito da evolução histórica, conceitual e legislativa da família desde a sua origem até a contemporaneidade.

Versará, ainda, sobre os sujeitos do poder familiar, auxiliando a compreensão da situação dos filhos diante da ruptura da relação conjugal existente entre os pais.

2.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Desde as sociedades mais primitivas a convivência de pessoas em grupos já se fazia presente, à época, unidos pelos laços de consanguinidade “com o propósito de conservação dos bens, a prática comum de um ofício e nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas”,¹ que ao longo do tempo se revestiu de um caráter meramente patrimonial, e posteriormente, passou a ser embasada por um elo de afeto.

As questões acerca do conceito de família sempre estiveram dotadas de certa complexidade, tendo em vista agregar sujeitos com comportamentos e características psicológicas singulares, sujeitas a uma mesma organização e dependência.

Entender o significado e o desenvolvimento dessa instituição nada mais é do que compreender a própria essência humana, com seus valores e com a evolução de suas aspirações no decorrer do tempo.

Destarte, passemos à uma análise dos aspectos mais relevantes para a compreensão do que seria essa entidade familiar.

O termo “família” advém da expressão latina *famulus*, que significa “escravo doméstico”, que designava os escravos que trabalhavam de forma legalizada na agricultura familiar das tribos ladinas, situadas onde hoje se localiza a Itália.² Com sua ampliação tornou-se sinônimo de Gens, que seria o conjunto de agnados (os submetidos ao poder em decorrência do casamento) e os cognados (parentes pelo lado materno).³

¹ BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivi1_205.pdf> Acesso em 04 abr. 2015.

² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Booksellers, 2001, p. 57/58.

³ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A família**. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (organiz.). **Temas atuais de direito civil na constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

A família é a unidade social mais antiga do ser humano, a qual, historicamente, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituía-se em um grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio.⁴

Conforme Cunha:

Todos os membros da família assumiam obrigações morais entre si, sob a liderança do ancestral comum, conhecido como “patriarca”, normalmente da linhagem masculina, símbolo da unidade da entidade social, reunindo-se em uma mesma comunidade todos seus descendentes, os quais compartilhavam de uma identidade cultural e patrimonial. Essas primeiras entidades familiares, unidas por laços sanguíneos de parentesco, receberam o nome de *clãs*.⁵

Com o crescimento territorial e populacional desses clãs, que chegavam a possuir milhares de membros, essas entidades familiares passaram a se unir, formando as primeiras tribos, grupos sociais compostos de corporações de grupos de descendentes.⁶

Assim, a organização primitiva das famílias, fundadas basicamente apenas nas relações de parentesco sanguíneo, deu origem às primeiras sociedades humanas organizadas. A expressão “família” surge a partir de uma dessas organizações sociais.⁷

Para Mariana Brasil Nogueira:

A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento.⁸

Pois bem, havia ainda a necessidade de se instituir leis que regulamentassem esse organismo familiar, e foi a partir daí que surgiu o Direito de Família, com o papel de organizar essa sociedade e tentar solucionar os conflitos advindos de suas relações.

O Direito então passou a defender os interesses da entidade familiar, sendo ela uma estrutura constituída antes mesmo do próprio Direito, mas que carecia de um sistema mínimo de ordem e direção, capaz de organizar e conter os abusos nos comportamentos de seus membros.

O Estado passou então a regular as relações humanas através de um complexo de

⁴ CUNHA, Matheus Antônio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>> Acesso em 06 fev. 2015.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

⁸ NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família: Conceito e evolução histórica e sua importância**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>> Acesso em 06 fev. 2015.

normas com força coativa, com o intento de impedir a desordem e garantir a prosperidade no seio social.

Vejam os que preceitua o artigo 226, §§ 3º e 4º da Carta Magna de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (EC nº 66/2010).

[...] §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁹

Ainda, conforme lições de Villaça:

A vida familiar com segurança jurídica é o ideal, também porque o Estado está preocupado com a sua própria existência. A família é seu forte, seu sustentáculo, sua própria vida, a menor porção da sociedade dentro do lar. E a família, por sua vez, encontra sua força na convivência pacífica e segura de seus membros, imantados no amor.¹⁰

Por muito tempo vista pelo ângulo da economia, a família era encarada sob uma ótica patrimonialista e como um núcleo de reprodução de gerações.

A transição da família como unidade econômica para uma concepção igualitária aconteceu na medida em que o afeto foi ganhando espaço, e através desses novos laços de solidariedade surgiram as novas representações sociais.

Nas palavras de Cristiano Chaves:

Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana. Ou seja, afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada.¹¹

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito de Família vem trazendo uma nova concepção de estrutura familiar, abandonando a antiga figura de mera instituição jurídica fundada no casamento, sendo agora a base para o desenvolvimento da capacidade cognitiva e da adaptação para a vida em sociedade pelo indivíduo, conceito esse bem mais condizente

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 129.

¹⁰ VILLAÇA, Álvaro. **Estatuto da família de fato: De acordo com o novo código civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 240-241.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Famílias**. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2008, p. 5.

com a real função familiar.

Nas considerações de Paulo Luiz Netto Lôbo acerca das novas famílias:

Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas; a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução, a auto-responsabilidade, a igualdade irrestrita de direitos, embora como reconhecimento das diversidades naturais e culturais entre os gêneros, a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação, e o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais.¹²

O vocábulo “família” apresenta diversos significados para o ramo das ciências humanas, mas não há, na legislação pátria, um conceito solidamente definido dessa expressão.

Maria Helena Diniz demonstra seu entendimento através de classificações que se dividem em um conceito em sentido amplíssimo, sentido *lato* e acepção restrita.

Senão vejamos:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu*, refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). O sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.¹³

Orlando Gomes, por sua vez, sugere através de uma abordagem mais sintetizada da definição de família, uma estrutura familiar bem reconhecida, e assim como Maria Helena trata da afinidade sob uma percepção que tem tomado espaço na sociedade brasileira, o referido doutrinador aborda a questão da afetividade. Portanto, nesta ótica, a família se caracteriza como: “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.¹⁴

O conceito de Paulo Lôbo segue a mesma linha das lições trazidas por Maria Helena quando trata do vínculo pela afinidade, e por Orlando Gomes quanto à comunhão de afetos, enxergando a família além de uma instituição jurídica, mas também como uma estrutura de

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Atualidades**. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2003, p. 209.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 5. p. 9.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 35.

grande relevância social.

Sendo assim:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).¹⁵

Denota-se que a família deixou de ser vista apenas como uma unidade econômica, passando a ter um sentido vinculado à questão da afetividade. E é nessa acepção que o conceito contemporâneo de entidade familiar está formado, como sendo um grupo social ligado por vínculos afetivos.

2.2 CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA E SUA PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O vínculo natural do ser humano à sua família a torna a mais importante instituição, e a dimensão de sua estrutura é muito ampla, em razão disso, está em constante processo de construção, em conformidade com os anseios sociais.

A família moderna constitui um espaço de integração social, que deve propiciar um ambiente seguro e sadio, capaz de desenvolver a capacidade intelectual e emocional de seus indivíduos, e por isso devem ser protegidas, com o intuito de que atendam a sua função social de educar sujeitos para uma vida equilibrada em sociedade.

A família perdeu e ganhou características muito profundas, dentro da nossa sociedade de seres humanos.¹⁶ O retrato atual não reflete mais o modelo clássico.¹⁷

A igualdade dos cônjuges dentro do contexto familiar em decorrência da extinção do poder patriarcal; a possibilidade do desenlace conjugal; o reconhecimento da união estável; o novo modelo de adoção com a reserva dos mesmos direitos dos filhos consanguíneos, etc., deram origem, às novas instituições familiares, que também necessitaram da proteção do Estado.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

¹⁶ CARVALHO, João de. **A família tradicional e a família moderna**. Publicado em 04/08/2013. Disponível em: <<http://www.jornaloliberal.net/artigo/a-familia-tradicional-e-a-familia-moderna/>> Acesso em 04 abr. 2015.

¹⁷ CÉSAR, Frank Figueiredo. **O novo modelo de família moderna e seus reflexos no Direito**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/o-novo-modelo-de-fam%C3%ADlia-moderna-e-seus-reflexos-no-direito>> Acesso em 04 abr. 2015.

Dessa forma, os preceitos oriundos da Constituição Federal de 1988, em harmonia com o Código Civil de 2002, abarcaram em seu texto novas composições de arranjos familiares.

Como preleciona Humberto Theodoro Júnior:

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º).¹⁸

A nova interpretação do termo “família” não comportava mais uma única configuração, sendo atualmente entendida como um ente aberto e plural, por isso, deixou-se de lado o conceito patriarcal do antigo modelo familiar para adotar um arranjo constitucional.

Nesse sentido prelecionam Fachin, Farias e Rosenvald:

Na família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais acento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.¹⁹

Em suma, tendo em vista que a família constitui espaço de integralização social, longe de aspectos centralizados e egoísticos, as entidades familiares devem ser protegidas ao passo que atendam sua função social, sendo esta voltada a propiciar ambiente seguro tanto para a convivência entre os que a integram como para a própria dignidade destes.²⁰

A lei sempre identificou o significado de “família” pela instituição do casamento, e mesmo depois de ampliado o seu conceito com as modificações editadas posteriormente à Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 ainda apresentou diversas normas em desarmonia com os novos princípios constitucionais.

Conforme Alves:

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *apud* GOMES, 1998, p. 34.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil contemporâneo**. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros temas: Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2008, p. 425 e 437.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2008, p. 109.

Essa ausência de reconhecimento expresso, no plano infraconstitucional, da pluralidade de figuras familiares, vinha trazendo insegurança aos magistrados quando do julgamento dos casos concretos, o que os levava a optar, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de outras entidades familiares, além daquelas três já previstas na constituição.²¹

As leis infraconstitucionais que dispõem em suas matérias acerca da entidade familiar apenas se limitam a tratar sobre seu fim específico, sem regular o seu conceito.

Exemplo disso é a Lei do Inquilinato nº 8.245/91, que estabelece que as locações de imóveis para fins residenciais compreendem todas as pessoas que estejam em relação de dependência econômica com o locatário, ou seja, o instituto familiar.

Outro exemplo é a Lei nº 8.009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família, protegendo-a com a impenhorabilidade do imóvel residencial da entidade familiar, mas também sem delimitá-la, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a editar uma súmula no sentido de enquadrar nessa qualidade até mesmo pessoas solteiras, separadas e viúvas: “Súmula: 364 - O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.²²

A primeira Lei a definir a família contemporânea foi a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), ao estabelecer, em seu art. 5º, II, que a família deve ser “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.²³

A referida norma alargou o conceito de entidade familiar, trazendo a ideia de que a família é constituída pela vontade dos seus próprios membros, não podendo mais limitá-lo ao rol constitucional.

De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Recepcionando essas mudanças, o ordenamento consagrou o princípio eudemonista, o qual vem trazer à tona a dimensão protetiva imposta ao Direito frente ao sujeito, com o intuito de propiciar um ambiente adequado à busca de sua felicidade por meio da convivência familiar.²⁴

²¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família**. Publicado em 11/2006. Atualizado em 05/2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>> Acesso em 11 fev. 2015.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/143353/sumula-364-estende-a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-a-pessoas-solteiras-separadas-e-viuvas>> Acesso em 26 mar. 2015.

²³ BRASIL. **Lei Maria da Penha nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Publicada no Diário Oficial da União em 08 de agosto de 2006.

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade**. In: DEL ‘OLMO’, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coord.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.

A família, agora privatizada, valorizando a intimidade, adquire importância na vida do indivíduo a partir de seu nascimento em razão de seu dever de criação e educação, não sendo apenas mera assistência patrimonial.

Hironaka afirma, ainda, que:

A família de hoje tende a ser mais sincera, digamos assim, no sentido de que as hipocrisias e as simulações de antes já não encontram mais lugar em cena, estando este espaço muito mais disponibilizado para os tratos francos e as rupturas consentidas e bem analisadas.²⁵

Para Sérgio Gischkow:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.²⁶

Também, nas lições de Barreto:

A família incorporou o pensamento contemporâneo, igualdade e afeto, à luz dos princípios trazidos pela Carta Magna [...]. Por tal forma, novas concepções acerca da família vêm surgindo no ordenamento pátrio, conceitos tais que se fundam sobre a personalidade humana, devendo a entidade familiar ser entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a dignidade do ser humano, no que toca a seus anseios e sentimentos, de modo a alcançar a felicidade plena.²⁷

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988, a célula familiar foi mais uma vez remodelada; desta vez dando ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade. Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o artigo 266, torna-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto. Esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios também foram transportados para a seara do Direito de Família e a partir deles foi transformado o conceito de família, que passou a ser considerada uma união pelo amor recíproco.²⁸

E, concluindo esse raciocínio com o egrégio pensamento de César, podemos dizer que:

²⁵ *Ibidem*, p. 58.

²⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow, **Tendências modernas do Direito de Família**. Revista dos Tribunais, vol. 628, 1988, p. 19.

²⁷ BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivi1_205.pdf> Acesso em 04 abr. 2015.

²⁸ *Idem*.

Assim só podemos aguardar, apreensivos, pelas modificações e seus desdobramentos judiciais destes novos modelos de família que vem de maneira irretroativamente modificar nossa maneira de pensar e de realizar o direito, pois a simples modificação da lei não acalantar os reclames e tampouco freará as metamorfoses familiares e sociais que urgem de um preparo da tutela jurisdicional com a formação de grupos de profissionais de áreas distintas, afinal a grande missão dos operadores do direito é resolver os problemas dos reclames sociais.²⁹

Destarte, a família atual incorporou ao seu conceito a ideia de desenvolvimento da personalidade humana, bem como a sua realização pessoal através da busca pelo afeto e pela igualdade. Com isso, a validade da norma deve estar em conformidade com a evolução social e, sobretudo, com a diversidade que dá origem às novas concepções familiares.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FAMÍLIA

Toda e qualquer ciência não poderia deixar de estar constituída sobre alguns princípios norteadores, e no Direito de Família o primeiro deles é tido como o alicerce de todos os outros, visto que produz efeitos em todas as demais esferas jurídicas, é o chamado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Tratado pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é reputado por alguns doutrinadores como o objeto de transformação do protótipo de família, “num único dispositivo espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.³⁰

Maria Berenice Dias preleciona:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.³¹

Outra previsão é a garantia da Igualdade, que além de estar presente no preâmbulo constitucional, a Constituição Federal também aduz no artigo 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei”, e ainda, no primeiro inciso ressalta a igualdade de direitos e deveres entre

²⁹ CÉSAR, Frank Figueiredo. **O novo modelo de família moderna e seus reflexos no Direito**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/o-novo-modelo-de-fam%C3%ADlia-moderna-e-seus-reflexos-no-direito>> Acesso em 04 abr. 2015.

³⁰ VELOSO, Zeno. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. Ed. rev., atual. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

homens e mulheres. Cuidando, da mesma forma, no artigo 226, §5, quanto aos direitos e deveres conferidos à sociedade conjugal, e no artigo 227, §6, quanto aos filhos.

Essa igualdade conferida a homens e mulheres, seja quanto à autoridade sobre os filhos ou mesmo quanto à possibilidade de dissolver o casamento; os direitos atribuídos a todos os filhos, sem distinção; e os direitos garantidos à família instituída pela união estável e à família monoparental deram um novo tom ao ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil de 2002, nesse mesmo sentido, disciplina em vários de seus artigos acerca dos direitos e deveres inerentes à família.

No preâmbulo constitucional também é aludido o termo “Sociedade Fraterna”, princípio que traz consigo o sentido de solidariedade familiar, igualmente encontrado no Código Civil quando trata da assistência aos cidadãos.

Como aduz as lições de Vieira e Camargo:

O Direito almeja a Fraternidade e, nesse sentido, ele coloca a sociedade fraterna como um interesse jurídico a ser tutelado através de um Estado Democrático de Direito. Nessa construção, a norma jurídica imprime comportamentos fraternos, ao estabelecer deveres de uns para com outros, no âmbito constitucional, e por meio da tipificação de comportamentos omissivos para com o outro. [...] Nesse sentido, o Direito aponta que nas relações entre o Estado e indivíduos, entre indivíduos e a sociedade e entre indivíduos no âmbito de suas relações privadas deve ser buscada uma sociedade fraterna. Afinal, compartilhamos a mesmíssima condição humana, ou seja, um complexo reservatório onde potencialidades e fraquezas coexistem. Se pudermos estar no mundo (jurídico) com a consciência voltada para um *nós* no lugar de um *eu e os outros*, talvez o sentimento de descrença no Direito se dissipe e possamos contribuir para uma sociedade mais generosa e justa.³²

O Pluralismo das Entidades Familiares constitui um novo princípio a ser observado, tendo em vista que o casamento não é mais a única forma de caracterizar uma entidade familiar e novos núcleos familiares foram surgindo, passando a ser constitucionalmente reconhecidos, como se vê do art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 226 [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.³³

³² VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e CAMARGO, Lucas Amaral cunha. **A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo direito**. Disponível em: <<http://cavadvogados.com.br/artigos/5-a-construcao-de-uma-sociedade-fraterna-como-interesse-tutelado-pelo-direito.html#ftnref2>> Acesso em 04 abr. 2015.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 129.

O amparo à família também é resguardado pelo Princípio da Proteção Integral às crianças, adolescentes e idosos, tutelado pela Constituição Federal, em seu art. 227, resguardando direitos fundamentais a esse grupo. Juntamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem um cuidado todo especial com o Princípio do Melhor Interesse do Menor e o Princípio da Paternidade Responsável, e o Estatuto do Idoso trata de garantias fundamentais dessa categoria.

Para André Viana Custódio:

O Direito da Criança e do Adolescente surge no cenário brasileiro com o necessário reconhecimento de direitos fundamentais à população infanto-juvenil atribuindo a estes direitos o status de prioridade absoluta. Para que uma declaração de tal magnitude e abrangência não ficasse tão somente no plano discursivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como norma disciplinadora da teoria da proteção integral previu um reordenamento político e institucional que resultou na criação do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente.³⁴

Como afirma o autor Miguel Lima:

Podemos então falar do Direito da Criança e do Adolescente como um novo modelo jurídico, isto é, um novo ordenamento de direito positivo, uma nova teoria jurídica, uma nova prática social (da sociedade civil) e institucional (do poder público) do Direito. O que importa, neste caso, é perceber que desde a criação legislativa, passando pela produção do saber jurídico, até a interpretação e aplicação a situações concretas, este Direito impõe-nos o inarredável compromisso ético, jurídico e político com a concretização da cidadania infanto-juvenil.³⁵

O princípio da paternidade responsável significa responsabilidade, é um direito-dever.

Mais do que a convivência e cuidados, o ato de amor perante o filho deve estabelecer um vínculo de amizade, companheirismo, proteção e confiança. [...] Dessa forma, os princípios da Paternidade Responsável e da Dignidade da Pessoa Humana, constituem a base para a composição da família no ordenamento jurídico brasileiro [...].³⁶

O Princípio do Melhor Interesse do Menor, por sua vez, se encaixa de forma mais ampla na Doutrina da Proteção Integral, tendo aplicação imperativa nas medidas atinentes às

³⁴ CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>> Acesso em 04 abr. 2015.

³⁵ LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: Fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 80.

³⁶ SANTOS, Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos. **Os princípios constitucionais e a extensão dos limites da obrigação alimentar parental na maioridade civil**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13469&revista_caderno=14> Acesso em 04 abr. 2015.

crianças e adolescentes.

Ademais, o texto constitucional deve estar atento às mudanças no tempo em que acontecerem, para estar sempre em conformidade com os anseios sociais, como cuida o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, atento ao cumprimento efetivo dos direitos sociais. “[...] é um princípio constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que tem por escopo a preservação de um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrárias”.³⁷

E junto a tal fundamento está o principal e mais recente princípio do Direito de Família, o da Afetividade, harmonicamente ligado aos novos arranjos familiares, sendo o afeto considerado direito fundamental.

Para Sérgio Resende de Barros:

O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.³⁸

E ainda, para Maria Berenice Dias e Luiz Edson Fachin:

O afeto transcende a própria família. Não é um laço que une apenas os integrantes de um núcleo familiar, não é apenas um valor jurídico, mas um sentimento que nutre relações de amizade, companheirismo, humanidade, solidariedade. É um motor social, componente de todas as relações humanas, principalmente daquela que é a base de nossa sociedade: a família.³⁹

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma 'comunidade de sangue' e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma 'comunidade de afeto'. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível (...). Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo.⁴⁰

³⁷ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Publicado em 02/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>> Acesso em 04 abr. 2015.

³⁸ BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=50>> Acesso em 06 fev. 2015.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *apud* CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>> Acesso em 06 fev. 2015.

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.⁴¹

Vê-se que a família passou por inúmeras adaptações e modificações ao longo do tempo, e a ótica patrimonial sob qual ela era fundada passou a ser analisada através de uma nova diretriz, qual seja, a afetividade.

Tais mudanças trouxeram consequências notadamente importantes, instituindo novos valores e possibilitando o surgimento de novos núcleos familiares, bem como, alcançando a proteção de seus interesses pelo Estado.

2.4 PODER FAMILIAR E O DESENLACE CONJUGAL

O poder familiar consiste em um poder-dever imposto pelo Estado aos pais, de modo igualitário, direcionado à pessoa e aos bens do filho menor e não emancipado, visando protegê-lo e educá-lo, em observação à Doutrina da Proteção Integral pelo Princípio do Melhor Interesse.⁴²

O poder familiar é a evolução do pátrio poder, que deixou de ter um caráter arbitrário de poder absoluto sobre o filho para assumir uma visão protetiva e construtiva.

Apregoa Orlando Gomes que, o instituto do poder familiar perdeu sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser apenas um conjunto de direitos, amplos e ilimitados, do genitor sobre a pessoa dos filhos, para se tornar um complexo de deveres.⁴³

O principal fator dessa mudança foi o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que introduziu o princípio da isonomia de direitos e deveres entre os cônjuges na sociedade conjugal.⁴⁴ Bem como, o princípio da dignidade da

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.

⁴² ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 29.

⁴³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 118.

⁴⁴ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, visitação e busca e apreensão de filho**. Rio de Janeiro: Destaque. 2006, p. 70.

pessoa humana, ensejando que as relações familiares passassem a ser pautadas na dignidade de cada partícipe.⁴⁵

Como fruto da evolução de diversos movimentos sociais e econômicos, o comportamento da mulher na sociedade moderna a fez entrar num novo universo, assumindo funções antes completamente masculinas, adentrando no mercado de trabalho, e, por conseguinte, dividindo-se entre a casa e o cuidado com os filhos.

A mulher do mundo contemporâneo tomou para si a responsabilidade da dupla função, a de dona do lar e mãe, possuindo também a independência financeira e emocional suficiente para não continuar em uma relação falida.

O homem também já não é mais aquela figura extremamente rígida, incapaz de demonstrar seus sentimentos, ou mesmo ajudar a cuidar da prole. Ele hoje exerce papéis antigamente destinados exclusivamente às suas esposas, e muitas vezes de uma forma até melhor, tendo o mesmo interesse em participar da vida dos filhos.

A Constituição de 1988 dispôs em seu artigo 226, §5º, sobre a igualdade entre o homem e a mulher no que tange ao exercício do poder familiar, exercício este que pode ser definido como "o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".⁴⁶

O poder familiar deriva de uma necessidade natural, tendo em vista que toda criança/adolescente precisa de quem cuide dos seus interesses, logo, as pessoas mais indicadas para exercer tal tarefa são seus pais.

Conforme Liane Maria Busnello Thomé:

A proteção aos filhos menores de idade sempre foi uma preocupação social, que em épocas remotas teve seu início quando os homens passaram a conviver em grupos e, posteriormente também uma preocupação jurídica, que se expressou na declaração universal dos direitos das crianças, nos textos constitucionais e na legislação infraconstitucional do ordenamento jurídico pátrio.⁴⁷

⁴⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002, p. 296.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: Direito de Família, 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 412.

⁴⁷ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro**. Publicado em 12/2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/212-artigos-nov-2006/5338-a-energia-nuclear-e-segura>> Acesso em 11 fev. 2015.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da sócio-afetiva”.⁴⁸

Para Camacho e Viana:

Advindo da perspectiva de uma sociedade conservadora e influenciada pela Igreja, mais especificamente a Católica, o instituto do casamento foi considerado por muito tempo indissolúvel, impossibilitando assim, àqueles que contraírem núpcias ao desfazimento desta união que era considerada pela Igreja e até mesmo pela sociedade sagrada e eterna, construindo assim, um viés do modelo familiar que era tido como tradicional [...].⁴⁹

No novel modelo da sociedade, não é mais possível uma visão idealizada da família sem a possibilidade do rompimento conjugal. Tendo em vista, que a própria sociedade propicia a todos os cidadãos o direito de buscar a felicidade, independentemente dos vínculos afetivos que, porventura houverem se estabelecido. Finalizando assim, a crença na segurança dos relacionamentos.⁵⁰

Ocorre que, nas últimas décadas as separações de casais vêm acontecendo com mais frequência, e nessa conjuntura, o legislador acompanhou essas mudanças e tentou amenizar os traumas acarretados aos filhos, que são os mais afetados na situação de um divórcio, com a criação de alguns institutos para regular as relações familiares em decorrência de tal circunstância.

A evolução legislativa, reflexo da evolução social, absorveu as modificações dos contornos jurídicos da família.⁵¹

O novo diploma civil, notadamente em seus artigos 1.631 e 1.632, prevê o surgimento de um modo diferente de exercer os direitos e deveres inerentes ao poder familiar em razão da separação judicial, do divórcio e da dissolução da união estável, cabendo ao Judiciário resolver possíveis divergências entre os genitores.

Observemos:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 425.

⁴⁹ CAMACHO, Palloma Cunha e VIANA, Anny Ramos. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas: Ensaio sobre alienação parental**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14100> Acesso em 04 abr. 2015.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2005, p. 29.

assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.⁵²

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.⁵³

É de se ressaltar que a separação dos pais altera suas relações com os filhos apenas quanto à convivência sobre o mesmo teto.

Cláudia Stein Vieira ensina:

Devem os genitores, solteiros, casados, separados, divorciados ou viúvos, ter a exata consciência de seu mister como pais e educadores de cidadãos do futuro, sendo certo que atos por ele praticados poderão gerar graves prejuízos em face desses filhos.⁵⁴

O amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho.⁵⁵

E é a partir daí que surge a questão da guarda judicial, como uma forma de garantir a efetividade do poder familiar com a dissolução conjugal do casal.

⁵² BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 18. Ed. Saraiva, 2012, p. 165.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ VIEIRA, Cláudia Stein. **A relação jurídico afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 47-48.

⁵⁵ MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 264.

3 A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 CONCEITO DE GUARDA, SUAS ESPÉCIES E REGULAMENTAÇÃO

A palavra guarda está ligada ao sentido de vigiar, preservar e defender, e é atribuição do poder familiar. Contudo, Maria Berenice ensina que “a guarda absorve apenas alguns aspectos do poder familiar. A falta de convivência sob o mesmo teto não limita e nem exclui o poder-dever (...)”.⁵⁶

Nas lições de Sílvio Paulo Brabo Rodrigues: “guarda é o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”.⁵⁷

Para De Plácido e Silva, a guarda de filhos é:

A locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de *ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E, *guarda*, neste sentido, tanto significa a *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.⁵⁸

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 227, aduz que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵⁹

Tal preceito constitucional foi recepcionado pelo artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao considerar que: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.⁶⁰

Anota Rolf Madaleno que:

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 383.

⁵⁷ RODRIGUES, Sílvio Paulo Brabo. **Manual da guarda no Direito da Criança e do Adolescente**, Belém: CEJUP, 1997, p. 21.

⁵⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 667.

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. 129.

⁶⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4. Ed. 2005, p. 17.

“os pais têm o dever, e não mera faculdade de ter seus filhos menores em sua companhia. Os filhos menores e incapazes são naturalmente frágeis, indefesos e vulneráveis, carecendo, portanto, de uma especial proteção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais, sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental [...] têm os pais o direito de ter consigo seus filhos, para cuidá-los e vigiá-los, e, em contrapartida, têm os filhos a obrigação de viver em casa com seus genitores, sendo dever dos pais dirigir a formação da sua prole, encaminhando-a para a futura vida adulta e social.”⁶¹

Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, consensual ou judicial, inclusive pelo divórcio, surge o melindroso problema da guarda judicial dos filhos menores, bem como dos filhos maiores inválidos, sem dúvida dos mais delicados de todo o Direito de Família.⁶²

A guarda natural é um encargo intrínseco ao poder familiar, decorre da própria natureza da união estável, do casamento, da comunidade constituída por algum dos pais ou descendentes na chamada família monoparental, etc., e deve ser exercido igualmente pelos pais sobre os filhos menores.

No entanto, o novo diploma civil, notadamente em seus artigos 1.631 e 1.632, prevê o um modo diferente de exercer os direitos e obrigações inerentes ao poder familiar em razão da separação judicial, do divórcio e da destituição da união estável, a chamada guarda judicial, cabendo ao Judiciário resolver possíveis divergências entre os genitores quanto à tutela dos filhos menores.

Na doutrina, verifica-se a existência de quatro tipos de guarda, porém, o nosso ordenamento jurídico abarcou apenas dois deles.

Dentre tais espécies, existe a chamada Guarda Única, Exclusiva ou Unilateral, onde há um guardião que detém a guarda física (posse do menor) e a imediatividade nas decisões - normalmente essa função é exercida pela mãe por questões naturais e pelos próprios costumes -, e há o não guardião, que detém o poder de fiscalização.

Essa fiscalização conta hoje com uma novidade trazida pela edição da nova lei de guarda, que é a possibilidade de qualquer um dos pais exigirem daquele que não detém a guarda a prestação de contas dos alimentos pagos.

Existe também a Guarda Alternada, reiteradamente confundida e por vezes aplicada como sendo a compartilhada. É repudiada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, justamente por criar e/ou evidenciar ainda mais os conflitos restantes após a dissolução conjugal, que acabam por refletir uma situação de insegurança, inclusive emocional, para os filhos do casal.

⁶¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. Ed. Forense, 2013, p. 432/433.

⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. vol. 2. 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 290.

Os psicólogos tendem a afirmar que a guarda alternada faz a criança perder a referência de lar, pois implica em mudanças periódicas do filho para a casa de cada um dos genitores.⁶³

Outra modalidade considerada inconveniente pelo Poder Judiciário brasileiro é a Guarda de Nidação ou Aninhamento, onde a criança permanece num lar fixo e os pais é que alteram sua residência, numa tentativa de garantir a estabilidade emocional e psicológica da criança.

Contudo, apesar da aplicação de tais modalidades serem consideradas raras, não é impossível encontrarmos no nosso país ocorrências em que, de acordo com a conveniência, optou-se pela Guarda Alternada ou de Aninhamento, entretanto é muito improvável de acontecer tendo em vista serem inviáveis aos nossos costumes, tanto que a legislação civil brasileira prevê expressamente apenas dois tipos de guarda em seu artigo 1.583, a Guarda Unilateral e a Compartilhada, não se admitindo, desse modo, outra espécie.

A última espécie de guarda é a chamada Guarda Compartilhada, prevista no Código Civil apenas em 2008, mas “em tese” já aplicada anteriormente. Esse modelo de guarda nada mais é do que um sistema de co-responsabilização dos pais separados perante seus filhos menores, conferindo a ambos direitos e deveres diretos, ou seja, o poder de imediatividade é atribuído aos dois simultaneamente.

No entanto existem critérios subjetivos a serem observados para sua aplicação, sendo alguns deles: Inicialmente os pais devem querer a guarda, esta é inclusive uma das ressalvas feitas pelo legislador para a escusa por um dos genitores; devem morar próximos porque senão se tornaria impossível o convívio entre os envolvidos; devem ter os mesmos valores morais, éticos, etc. (questões estas que podem ser constatadas por estudos feitos por assistentes sociais e psicólogos), a fim de amenizar as diferenças na forma de educação recebida pelo menor.

O modelo de guarda a ser adotado passa a ser definido em consenso pelos pais, mas caso isso não seja possível o juiz verificará quem agrega as melhores condições, sejam elas, afetiva, moral, educacional e etc., para a criação do menor, e não necessariamente financeira, em razão de que tal questão pode ser suprida pelos alimentos a serem ofertados pelo outro genitor.

A aplicação da Guarda Unilateral era a regra até julho de 2008, norma esta que foi alterada pela promulgação da Lei 11.698. Com a edição desse novo diploma legal, onde foi

⁶³ LISBOA, Advocacia Alckmin. **Guarda compartilhada x Convivência familiar**. Postado em 27/12/2014. Disponível em: <<http://www.alckminlisboa.adv.br/noticias.html>> Acesso em 09 abr. 2015.

instituída a guarda compartilhada, permitiu-se aos pais dividir igualmente os encargos na criação de seus filhos.

Adalgisa Wiedemann Chaves verifica que:

(...) é de se mencionar que ainda persiste no nosso sistema judicial um certo ranço, no sentido de haver certa *preferência*, se é que se pode dizer assim, pela guarda materna. Embora o Primeiro Grau de Jurisdição seja bastante inovador e venha, muitas vezes, acolhendo pleitos de pais em litígio, deferindo aos homens a guarda dos filhos menores, tem-se que o Segundo Grau ainda se mostra conservador, dificilmente optando pela guarda paterna. Infelizmente, ainda há um entendimento, até mesmo entre a população leiga, de que o *lugar dos filhos é com a mãe*, cabendo ao pai apenas *pagar a conta*, ou seja, alcançar os alimentos à prole.⁶⁴

O convívio com ambos os pais é o ideal, mas há de se avaliar muitos aspectos, pois essa convivência tem que acontecer em um ambiente sadio e equilibrado.

Maria Berenice Dias afirma que a guarda compartilhada é possível, no entanto, "sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações que porventura ainda tenham para que, ao final, não se torne inócua a medida, ou, pior, fomentadora de mais problemas do que soluções".⁶⁵

Nesse sentido, vejamos o que diz jurisprudência pátria:

Agravo de Instrumento. Guarda Compartilhada. Descabimento. Para a instituição da guarda compartilhada mostra-se necessária a existência de consenso entre os genitores. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento N° 70058925074, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 28/05/2014).⁶⁶

Com a recente promulgação da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada que anteriormente era aplicada “quando possível” ou quando havia consenso e diálogo entre os pais, agora “deve” ser aplicada prioritariamente, com exceção da recusa da guarda por um dos genitores.

Essa alteração trazida com a edição da nova lei disciplinando a guarda compartilhada visa suprir essa brecha deixada pelo legislador, que acabava por tendenciar a concessão da guarda às mães.

⁶⁴ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A guarda dos filhos na separação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=455>> Acesso em 15 jan. 2015.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 402.

⁶⁶ TJ-RS - AI: 70058925074 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 28/05/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/06/2014.

O novo conceito de Guarda consiste na condição de direito de uma ou mais pessoas, por determinação legal ou judicial em manter um menor de 18 (dezoito) anos sob sua dependência sócio-jurídica, devendo ser, de regra, compartilhada quando houver ambos os pais, mesmo que separados.⁶⁷

Analisando por um sentido prático, não há muita diferença da guarda unilateral para a guarda compartilhada, tendo em vista que a lei sempre conferiu aos pais os mesmos direitos e deveres próprios do poder familiar.

Acontece que, o aspecto psicológico arraigado na aplicação da guarda unilateral sempre trouxe consigo a ideia de impedimento, por parte de quem não detém a guarda física, de exercer o papel de auxílio na educação dos filhos.

3.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse foi incorporado ao direito brasileiro e tornou-se mais conhecido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), embora não conste expressamente nesses diplomas legais.⁶⁸

Contudo:

O princípio ora referido se encaixa num “quadro” maior e mais complexo, a denominada doutrina da proteção integral, esta sim expressa no art. 1º do ECA, que afirma que o mesmo dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, e que por sua vez se originou na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.⁶⁹

Considerando-se a maior vulnerabilidade da criança e do adolescente, devido à sua pouca maturidade e, por conseguinte inabilidade para gerir a própria vida, reconheceu-se que eles deveriam passar a desfrutar de maior proteção.⁷⁰

A convivência familiar “antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida”.⁷¹ Sabe-se que “durante toda a sua vida, é na família que o indivíduo encontra conforto e refúgio para sua sobrevivência”⁷² e

⁶⁷ FREITAS, Douglas Phillips. **A Nova guarda compartilhada**. Florianópolis: *Voxlegem*, 2014, p. 41.

⁶⁸ MARCOLINO, Andréa Firmino de Medeiros. **Reprodução assistida “post mortem” e o Direito da criança à convivência familiar**. Dissertação (Mestrado). UNIFIEO – Centro Universitário Fieo Osasco – SP. 2013.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ COSTA, Tarcísio José Martins *apud* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 2. Ed. *Lúmen Júris*: Rio de Janeiro, 2007, p. 61

⁷² SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao filho - descumprimento do dever de convivência familiar e**

“(...) a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto (...)”.⁷³

Entretanto, situações diversas levam ao rompimento dos vínculos conjugais, gerando consequências, em muitos casos, de afastamento total entre pais e filhos.⁷⁴ Ocorre que se rompido o elo conjugal, deve-se, sempre, ter em vista o melhor interesse da criança porque cessa a relação de conjugalidade, mas a relação de parentalidade será exercida e compartilhada *ad eternum* entre pais e filhos.⁷⁵

Consoante Furquim:

A convivência com ambos os pais é fundamental para a construção da identidade social e subjetiva da criança. A diferença das funções de pai e mãe é importante para a formação dos filhos, pois essas funções são complementares e não implicam hegemonia de um sobre o outro.⁷⁶

Além disso:

Os pais são responsáveis pela formação emocional e intelectual de seus filhos do momento do seu nascimento até a sua maioridade, quando, não por vezes, durante a vida toda. Através de seus exemplos e ensinamentos, os pais devem manter uma relação de amizade e carinho, tão necessária para o desenvolvimento humano de seus filhos.⁷⁷

Porém, insatisfeitos com a nova situação que se apresenta, pós-rompimento dos laços conjugais, um dos pais não vê outra forma de atingir o ex-cônjuge ou ex-companheiro senão pelo impedimento da convivência familiar.⁷⁸

Conforme Guazzelli:

Quando não se consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando

indenização por danos à personalidade do filho. In: Revista de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 6, n.25, ago./set., 2004, p. 1.

⁷³ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003, p. 154.

⁷⁴ DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: Os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf> Acesso em 07 abr. 2015.

⁷⁵ FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. **Os filhos e o divórcio.** In: Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 9, n.47, abr./mai., 2008, p. 80.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁷⁸ DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf> Acesso em 07 abr. 2015.

este do genitor. Para isto cria uma série de situações, visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo.⁷⁹

E é sob esse enfoque que a proteção jurídica dos filhos toma guarida.

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.⁸⁰

Munir Cury vem acrescentar tal ideia, aduzindo que:

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.⁸¹

O princípio do melhor interesse, por estar fundado no desenvolvimento da pessoa humana, deve levar em conta as especificidades do caso concreto para a caracterização do que seria esse melhor interesse.

Como explica Pereira:

“Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser “prima facie”. Os princípios, por serem standards de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto”.⁸²

⁷⁹ GUAZZELLI, Márcia. **A falsa denúncia de abuso sexual**. In: Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120.

⁸⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4. Ed. 2005, p. 11.

⁸¹ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, comentários jurídicos e sociais**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004, p. 91.

A imprecisão de seu conceito faz com que o operador do Direito tenha que analisar o caso concreto e verificar de que modo os interesses da criança estariam melhor resguardados, ou nas palavras de Waldyr Grisard Filho, qual a “preferência filhocrísta”.⁸³

Esse tratamento diferenciado, que varia caso a caso, só vem reforçar o alto grau de subjetividade no juízo de valor emitido pelo magistrado em suas decisões.

Manoela Rocha leciona que:

O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernente à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar à criança.

[...]

O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes.

[...]

Deste modo, impõe-se ao juiz um poder discricionário. Segundo Guilherme Strenger, o juiz deveria buscar o que fosse mais vantajoso ao modo de vida da criança, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio.⁸⁴

Ainda, segundo Gama:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.⁸⁵

Veamos a posição do STJ:

Direito da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação de guarda de menores ajuizada pelo pai em face da mãe. Prevalência do melhor interesse da criança. Melhores condições.

- Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-

⁸³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Jurisprudência comentada. Guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81013-gcjurisprudencia.htm>> Acesso em 06 abr. 2015.

⁸⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

⁸⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso.** 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA.⁸⁶

Destarte, o que deve ser avaliado na ocasião da escolha do tipo de guarda mais adequada é qual o modelo que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente, baseados nos princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana.

⁸⁶ STJ – REsp 964836/BA – Relatora Ministra Nancy Andriahi – 3ª. Turma – Data do Julgamento 02/04/2009.

4 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Neste capítulo será traçada uma análise acerca da guarda compartilhada em seu aspecto conceitual e as características inerentes de sua adoção, bem como, quanto aos possíveis benefícios e malefícios advindos de tal aplicação.

Do mesmo modo, discorrerá sobre a Lei 11.698/2008, que regulamentou o referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro; quais as alterações práticas trazidas pela edição da Lei 13.058/2014; e o emprego da guarda compartilhada nas separações consensuais e a sua possibilidade nas ações litigiosas.

4.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, VANTAGENS E DESVANTAGENS

A chamada guarda Compartilhada ou Conjunta é a guarda jurídica conferida a ambos os genitores, onde existe uma divisão balanceada do tempo da criança com os pais e as decisões atinentes aos filhos continuam sendo compartilhadas após o rompimento da sociedade conjugal.

Epagnol a conceitua da seguinte forma:

A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa participação em nível de igualdade de genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes.⁸⁷

Pode-se dizer que a guarda conjunta é um modelo alternativo que tem como finalidade minimizar os efeitos decorrentes da separação do casal, e surgiu como forma de preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo com que os pais convivam com seus filhos da mesma forma, ou o máximo que puderem, após a dissolução conjugal.

Para Maria Berenice Dias, a guarda compartilhada “tem como objetivo fazer com que os pais estejam presentes de forma mais integral na vida de seus filhos”.⁸⁸

No mesmo sentido, Furquim assevera que “com a guarda compartilhada, tanto o pai, quanto a mãe serão responsáveis, conjuntamente, pela educação e pela formação dos filhos,

⁸⁷ SPAGNOL, Rosângela Paiva. **Filhos da mãe: Uma reflexão à guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/389-filhos-da-mae-uma-reflexao-a-guarda-compartilhada>> Acesso em 21 abr. 2015.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 401.

podendo participar da vida destes, sem que seja imposto um regime rígido de visitas, num espírito de respeito à privacidade do ex-cônjuge”.⁸⁹

Esse instituto tem como finalidade conservar os vínculos afetivos, na tentativa de suavizar os prejuízos que a separação pode causar aos filhos, levando-se em conta que a conjugalidade poderá se desfazer, mas a parentalidade não.

A guarda conjunta regulou um comportamento que já vinha sendo adotado, até mesmo “informalmente”, por pais que se preocupavam em manter viva a relação de convivência com seus filhos. Na verdade, compartilhar a guarda é até a decisão mais “normal” a ser tomada, tendo em vista que as relações entre pais e filhos não irão se alterar, e esses viverão como se estivessem em um mesmo lar, mantendo suas atividades habituais e sua interação diária, um direito-dever que os pais estão incumbidos de exercer em benefício de seus filhos.

O regime da guarda compartilhada está previsto na legislação brasileira desde junho de 2008, sendo considerado um modelo que se aplica a inúmeros casos, possibilitando assim o exercício simultâneo do poder familiar aos genitores, permitindo que os dois resolvam as questões no que tange ao desenvolvimento da prole.

Com a guarda conjunta, mãe e pai passam a ter as mesmas responsabilidades na participação diária da vida do filho, sendo uma solução para um problema antigo, que é a visita do pai ou mãe que não detinha a guarda.⁹⁰

A grande vantagem é que a guarda compartilhada procura evitar a ruptura dos laços afetivos entre pais e filhos, e ela não sobrecarrega apenas um dos genitores como acontece na guarda única, apesar desse modelo ainda estar enraizado em nossa cultura.

Sobre as vantagens que advêm aos pais manifesta-se Grisard Filho:

Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades.⁹¹

⁸⁹ FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. **Os filhos e o divórcio**. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, vol. 9, n. 47, abr./mai., 2008, p. 80.

⁹⁰ CARLES, Fabiana David. **Guarda compartilhada: Um novo direito? Seus aspectos e problemáticas no atual Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4036.pdf>> Acesso em 14 mai. 2015.

⁹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. Ed. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.

No entanto, a guarda compartilhada não deve ser empregada indiscriminadamente, pois o caso concreto é que indicará qual a melhor forma de exercício de guarda a ser adotada.

As posições doutrinárias que se mostram contrárias à sua aplicação possuem argumentos no sentido de que seria uma ameaça para a segurança psicossocial dos filhos, em razão de que eles acabam sendo usados em favor das conveniências dos pais. Sendo assim, a adoção da guarda conjunta não será cabível, por exemplo, quando houver na família casos de violência, vício em drogas ou um dos genitores apresentar quadro de doença mental que possa pôr em perigo a vida dos filhos.

O desentendimento constante dos pais é outro fator importante que impede a concessão da guarda compartilhada, cabendo nesses casos a guarda unilateral, conferindo-a a quem se mostrar mais propenso a dar amplo acesso ao filho.

Por isso, não sendo possível a convivência harmônica entre os pais muito melhor será a convivência diária da criança com apenas um dos genitores, a fim de que não presencie os constantes conflitos entre aqueles.

Observemos acórdão julgado pela 1ª Turma Cível do Distrito Federal:

Direito Civil. Família. Guarda e responsabilidade. Guarda unipessoal fixada para a mãe. Guarda compartilhada requerida pelo pai. Impossibilidade. Causas excludentes. Litígio entre os envolvidos. Presença de consideráveis divergências. Falta de consenso. Laudo de estudo de caso da secretaria psicossocial do TJDF, claro e motivado, não recomendando o compartilhamento da guarda. Prova suficiente. Oitiva de testemunhas. Desnecessidade. Melhor interesse da criança. Menor que demonstra estar bem atendida na companhia da mãe. Situação fática já estabelecida. Guarda unilateral. Cabimento. Regulamentação de visitas pormenorizada. Convívio assíduo com o genitor garantido. Pequenos ajustes no regime de visitação. Melhor adequação ao caso concreto. Sentença reformada unicamente em relação ao regime de visitas no que informa os feriados prolongados de carnaval e semana santa.⁹²

O propósito maior da guarda compartilhada é o de promover, com total prevalência o bem-estar do menor, assegurando-lhe os seus direitos fundamentais.

Está comprovado que a guarda compartilhada faz muito bem à criança, mas desde que haja consenso entre a família, porque as consequências da sua aplicação em casos que não caibam seu emprego podem ser devastadoras.

Consoante decisão recente proferida pelo Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul:

Agravo de instrumento. Guarda compartilhada. Descabimento. Para a instituição da guarda compartilhada mostra-se necessária a existência de consenso entre os genitores. Agravo de instrumento desprovido.

⁹² Acórdão n.776120, 20110112281094APC, Relator: Alfeu Machado, Revisor: Leila Arlanch, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/03/2014, Publicado no DJE: 07/04/2014. Pág.: 479.

[...] é indiscutível que a guarda conjunta só pode ser adotada quando comprovado que os pais apresentam condições de equilíbrio psíquico para este belíssimo, mas complexo mister.⁹³

E como relata Brandão:

Nesses casos, as crianças ou adolescentes são usados como verdadeiros mísseis lançados para detonar, ainda mais, a auto-estima do outro genitor, que não é mais visto pelo ex-cônjuge como pai ou mãe de seu filho e, por tudo isto, pessoa digna de respeito. O outro genitor passa a ser inimigo de guerra, devendo ser derrotado custe o que custar, ainda que seja a infância inocente ou a saúde emocional de seu filho.⁹⁴

Devemos ter em mente também, que nem sempre o que funciona para uma família, necessariamente funcionará para outra.

A guarda compartilhada não se mostrará sempre como a melhor opção, especialmente quando não estiverem presentes, após a separação, o respeito mútuo e o bom senso, fazendo com que o plano parental fique acompanhado de problemas adicionais.

Não obstante, é necessário observar se as condições verificadas no momento do ajuizamento da ação que veio discutir a concessão da guarda ainda se mantêm no decorrer do trâmite processual, e esse é um dos motivos pelo qual os processos que versam sobre o direito de família não podem ser resolvidos de imediato, numa fórmula rígida.

Como explica Eduardo Leite:

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.⁹⁵

Vejamos jurisprudência pátria nesse sentido:

Apelação cível. Família. Guarda compartilhada. Impossibilidade. Ausência de atendimento ao melhor interesse da criança. Caso concreto em que resta cabalmente

⁹³ TJ-RS - AI: 70058925074 RS , Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 28/05/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/06/2014.

⁹⁴ BRANDÃO, Débora. **Guarda compartilhada: Só depende de nós.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7847-7846-1-PB.htm>> Acesso em 21 abr. 2015.

⁹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura conjugal.** 2. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

comprovado que a guarda compartilhada, deferida inicialmente de forma provisória, revelou-se prejudicial, não atendendo ao melhor interesse da criança. Impossibilidade de sua manutenção. Apelação desprovida.⁹⁶

Maria Helena Rizzi evidencia que: “Não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes ou ausentes e, certamente, sempre é melhor que estejam presentes na vida de seus filhos”.⁹⁷

Conforme Edward Teyber, [...] a guarda compartilhada é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para os pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos.⁹⁸

Isto posto, vê-se que não é a criança que deve se adaptar à conveniência dos pais no momento da orientação da guarda, na verdade, o casal é quem deve buscar estabelecer um bom relacionamento em favor do interesse do menor.

4.2 APLICAÇÃO COM A LEI Nº 11.698/2008

Com a entrada em vigor da Lei 11.698 de 2008, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, que tratam da Proteção da Pessoa dos Filhos, foram alterados, passando a disciplinar em sua nova redação que a guarda poderia ser instituída na forma unilateral ou compartilhada; bem como, que a guarda (em suas duas espécies) poderia ser requerida, por concordância, pelo pai e pela mãe, ou apenas um deles, além de poder ser decretada pelo próprio juiz na falta de acordo entre os mesmos e após verificado que ambos estão aptos a exercer o poder familiar.

O instituto da Guarda Compartilhada ganhou, então, o seu respaldo legal, regularizando um direito já existente que vinha sendo aplicado por alguns magistrados, apenas quando requerido pelas partes, sob o apoio dos princípios do melhor interesse da criança e da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, e, por sua vez, indeferido por outros, justificados pela falta de regulamentação expressa, ou seja, existia uma margem muito ampla de discricionariedade aos aplicadores do direito.

A guarda compartilhada viabiliza a responsabilidade plural dos pais na formação da criança, permitindo que sejam mais participativos na vida dos filhos, desfrutando de mais

⁹⁶ TJ-RS - AC: 70042506055 RS , Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 18/08/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/08/2011.

⁹⁷ RIZZI, Maria Helena. **Guarda compartilhada (sob um prisma psicológico)**. Disponível em: <<http://www.lawteacher.net/free-law-essays/foreign/da-guarda.php>> Acesso em 21 abr. 2015.

⁹⁸ TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995, p. 119.

prerrogativas, com o objetivo de conferir-lhes a plena eficácia do poder familiar.

É muito improvável que após a falência da relação conjugal não haja ressentimento e disputa pelos bens do casal, mas conforme a referida Lei, a guarda conjunta poderia ser estabelecida inclusive nos casos de litígio entre o casal, desde que as discussões se referissem apenas ao patrimônio a ser apurado, e não aos filhos menores.

A guarda compartilhada teria que ser aplicada sempre que possível, com o fim, inclusive, de impedir a ocorrência da denominada Alienação Parental, em razão de que a ampla convivência obstará possíveis atos de depreciação do outro cônjuge por parte de qualquer um dos genitores, situação que inviabiliza, em muitos casos, a efetivação da guarda compartilhada.

Reparemos no que dispõe o art. 2º da Lei 12.318 de 2010, que trata da Alienação Parental:

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.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar o exercício da autoridade parental;
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor;
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.⁹⁹

O referido instituto mostrou-se como um avanço da sociedade e surgiu em razão de que a guarda unilateral, que não estava mais atingindo o propósito de atender aos reais interesses da prole, passou a ser questionada pelos aplicadores do Direito.

A guarda conjunta coibiu, até mesmo, a situação de angústia e o desgaste emocional vivido por parte dos filhos que tinham que optar por um dos genitores.

Ressalte-se, ainda, que a guarda jurídica é o elemento definidor da responsabilidade, e quando tratamos da esfera da responsabilidade civil, a guarda compartilhada confere a solidariedade dos pais na reparação dos prejuízos causados a terceiros por seus filhos.

O direito de família trata da realidade humana com suas transformações e exigências, na tentativa de suprir suas necessidades e deficiências e, assim, pacificar as relações sociais.

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Publicada no Diário Oficial da União em 27 de agosto de 2010.

No passado as relações familiares não eram tão complexas, e as desigualdades entre homem e mulher impunham seus papéis no seio familiar, contribuindo para que as decisões proferidas pelo judiciário, culturalmente voltadas para a concessão da guarda unilateral, fossem aceitas mais facilmente. E apesar de o Código Civil amparar essa alternativa de compartilhamento da guarda desde 2008, a grande maioria do Judiciário brasileiro reiteradamente concedia a guarda única apoiado pelas brechas na legislação. “Grande parte dos juízes ainda decide deixar o filho com a mãe. É uma questão cultural, um vício, e eles tendem a mantê-lo”.¹⁰⁰

Entretanto Grisard Filho afirma que:

Os Tribunais brasileiros têm encontrado como principal barreira para a concessão da Guarda Compartilhada a probabilidade da formação de um ambiente hostil para a criança em desenvolvimento, em decorrência da animosidade quase sempre presente entre os pais durante ou após a separação.¹⁰¹

Vejam os entendimentos do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

GUARDA. TUTELA ANTECIPADA. COMPARTILHADA OU UNILATERAL. INTENSA LITIGIOSIDADE. 1- Decisão não acolheu, em tutela antecipada, pedido do pai de guarda compartilhada. 2- O alto grau de litigiosidade entre os pais da criança não autorizam, pelos elementos trazidos no agravo, a modificação da guarda unilateral da mãe para a forma compartilhada. 3- Recurso não provido.¹⁰²

Desse modo, se os pais não conseguirem dirigir a situação de conflito existente na ocasião da separação conjugal, sem afetar a relação filiar, poucas serão as chances da guarda compartilhada lograr êxito.

Há que se admitir que, se o casal não estiver emocionalmente maduro e resolvido na questão do rompimento conjugal, será uma utopia falar em aplicação da guarda compartilhada, devido ao fato de que a prioridade para a sua instituição é o interesse do menor.

¹⁰⁰ PAULINO NETO, Analdino Rodrigues. *apud* BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada.** Istoé Independente, N° Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

¹⁰¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** 2. Ed. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 190.

¹⁰² TJ-SP - Agravo de Instrumento n° 0140557-86.2013.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Alexandre Lazzarini. Publicado no DJe em 05/02/2014.

4.3 ALTERAÇÕES COM A EDIÇÃO DA LEI 13.058/2014

A legislação brasileira trouxe uma verdadeira discussão acerca do sentido da guarda compartilhada com a publicação da nova lei que regulou o instituto, estabelecendo de vez a igualdade parental entre os genitores.

A Lei 13.058/2014 veio complementar e estabelecer um importante elo com a Lei da Alienação Parental nº 12.318/10, dando maior efetividade uma à outra.

Eis que surge a difícil passagem da teoria à prática. Pois que a legislação brasileira quando não é oitenta, é oitenta e oito. Ora o sistema é bem maleável, como propunha a Lei 11.698/2008, mas ninguém cumpria o que era estabelecido, e agora, com as modificações trazidas pela Lei 13.058/2014, esse instituto se tornou mais rígido e vai ter que ser aplicado compulsoriamente, encerrando a discussão de qual instituto deve ser aplicado.

Tânia Lisboa preceitua que:

Fato incontestável é a polêmica gerada, não só na população como também dentre os especialistas e operadores do Direito, pois o próprio legislador instiga confusão ao tratar, no §2º do artigo 1.583, que “*o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e o com o pai*”, fazendo alusão, na verdade, à denominada guarda **alternada**, em que o menor habita determinado período com cada genitor, dividindo-se a guarda física, diferentemente do que a doutrina e a jurisprudência dos nossos Tribunais sempre consideraram como guarda compartilhada.¹⁰³

Na guarda **compartilhada** o que se divide é a guarda jurídica, ou seja, os genitores participam conjuntamente nas decisões da vida dos filhos, como por exemplo, qual escola as crianças vão estudar, qual será o plano de saúde ou as atividades extracurriculares que vão praticar, até assuntos mais corriqueiros, como se a criança poderá ou não ir a uma excursão escolar. No entanto, neste modelo, permanece a guarda física unilateral, isto é, exclusivamente com aquele que melhor satisfizer as necessidades do menor.¹⁰⁴

Rosa elucida que:

[...] de acordo com o artigo 1.583, §5º CC, o tempo de convivência dos filhos deverá ser “dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai”. Dessa forma, evita-se que um dos genitores seja mero “visitante”, restrito a programas de *fastfood*, cinemas e guloseimas, para uma lógica de corresponsabilidade e contato diuturno. Tal previsão atenta ao princípio constitucional da convivência familiar, previsto no artigo 227 da Carta Magna.¹⁰⁵

¹⁰³ LISBOA, Tânia Tôres de Alckmin. **Guarda compartilhada x Convivência familiar**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/advocacia.alckmin.lisboa/posts/743404955727834:0>> Acesso em 15 abr. 2015.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **O fim do mito do filho “mochilinha”**. Postado em 26/01/2015. Disponível em: <<http://dimitresoares.blogspot.com.br/2015/01/o-fim-do-mito-do-filho-mochilinha-por.html>> Acesso em 09 abr. 2015.

Atente-se também para o fato de que pais participativos não se conformam em pagar pensão e passear com o filho.

Rosely Sayão explica o que seria compartilhar: “Pai tem um jeito e mãe tem outro. Não podemos somar o tempo e dizer que é um tempo com o pai e outro tempo com a mãe. Não se trata disso. É quase como dizer de uma responsabilidade compartilhada”.¹⁰⁶

A guarda compartilhada em nosso ordenamento não é mais uma questão de preferência que, até a atualidade, fundamentavam-se, preferencialmente, no mútuo consentimento dos pais, agora é uma imposição legal, e os casos em que tal medida não será aplicada farão parte das exceções.

Outrora, era de suma importância que os genitores residissem próximos aos seus filhos, caso contrário, não seria possível o efetivo convívio. Mas, consoante as alterações trazidas pela edição da nova lei, para que se compartilhe a guarda dos filhos não é mais necessário que os genitores residam na mesma comarca, pois quando houver distância, os pais poderão se valer de uma compensação para que haja o equilíbrio do tempo de convivência.

Os recursos de comunicação, tecnologia, e os avanços na área dos transportes são bem-vindos e condicionam a plena capacidade jurídica e afetiva de exercer o compartilhamento da guarda, desde que utilizados com natureza complementar.

A subjetividade e a objetividade de cada caso precisam ser afastadas de todas as formas estereotipadas para que haja uma maior cooperação entre os pais, pois os conflitos que ensejaram o divórcio não podem ser decisivos para determinar mais ou menos direitos aos genitores.

Sabe-se que advento de uma lei não é o bastante para legitimar um magistrado a escolher por uma modalidade de guarda, é preciso haver uma mudança cultural na sociedade brasileira, no intuito de conscientizar os pais de que é fundamental a participação ativa no dia-a-dia de seus filhos. Todavia, existem muitos deles que, mesmo tendo o direito de visitação resguardado, não o exercem.

A composição da nova Lei deu maior efetividade à nova redação dada pela lei nº 12.013/09 ao art. 12 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB (9.394/96), inciso VII, que garante: “VII - informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso,

¹⁰⁶ SAYÃO, Rosely. **Direito à convivência familiar**. Revista IBDFAM, Guarda Compartilhada. 18. Ed. 2015, p. 10.

os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola”.¹⁰⁷

O deputado Arnaldo Faria de Sá, autor do Projeto de Lei nº 117/2013 que originou a Lei nº 13.058/2014, não inovou com o instituto da guarda compartilhada, e sim, sugeriu a supracitada modificação em virtude de que quando “A lei diz que a guarda compartilhada será estabelecida ‘sempre que possível’. Isso faz muitos juízes lavarem as mãos”.¹⁰⁸

A situação ideal de que haja uma relação harmoniosa e respeitosa entre os ex-cônjuges, sem a necessidade de ingressarem às vias judiciais para resolver a questão da guarda, ainda está longe de ser realidade.

A ministra Nancy Andrichi, em 2011, afirmou em um parecer que “a própria imposição sobre atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança em guarda compartilhada – o que costuma ser definido entre os próprios ex-cônjuges – é uma medida extrema, mas necessária para que o texto legal não se torne letra morta”.¹⁰⁹

A juíza da 1ª Vara de Família da Barra da Tijuca - RJ, assumindo o compromisso de difundir a guarda compartilhada, desenvolveu uma maneira de conscientizar os pais da importância da aplicação do referido instituto:

[...] Maria Cristina de Brito Lima criou há quatro anos um projeto de audiência pública coletiva, com palestras e vídeos divulgando a importância de a criança conviver igualmente com pai e mãe após a separação. Os encontros, de 45 minutos de duração, são agendados anteriormente às audiências de definição da guarda e contam com a participação de cerca de 60 pessoas, devidamente acompanhadas de seus advogados. “Tento mostrar que a criança não pode ser usada como escudo por nenhuma das partes”, diz. Depois, todos são encaminhados para duas sessões com uma psicóloga em um grupo de orientação familiar. Segundo Maria Cristina, após a criação do programa, 80% dos ex-casais concordaram em dividir a guarda. “Antes, esse número não passava de 15%”, afirma.¹¹⁰

Os aplicadores do direito que defendem a guarda compartilhada das crianças e adolescentes pelos responsáveis acreditam que, com o tempo, a resistência às mudanças, trazidas pela edição da nova lei, cessarão, e esse novo pensamento e comportamento social

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 12.013, de 6 de agosto de 2009. Publicada no Diário Oficial da União em 7 de agosto de 2009.

¹⁰⁸ SÁ, Arnaldo Faria de. *apud* BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada**. Istoé Independente, Nº Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

¹⁰⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *apud* BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada**. Istoé Independente, Nº Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

¹¹⁰ BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada**. Istoé Independente, Nº Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

farão parte da normalidade.

4.4 INCIDÊNCIA NAS DISSOLUÇÕES CONSENSUAIS E A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA NAS SEPARAÇÕES LITIGIOSAS

Tem-se que, durante a escolha do modelo de guarda mais adequado, o privilégio no tratamento do Judiciário estava acontecendo de maneira invertida, visto que estava sendo priorizado o interesse dos pais em lugar dos filhos, fazendo com que a criança começasse a ter prejuízos emocionais após a dissolução da relação marital entre os genitores.

A aplicação da guarda conjunta consensual já existe no Brasil desde 2002. A necessidade de uma lei que regulasse esse instituto surgiu para alcançar os casos em havia o litígio, mas na verdade a sua recepção não alterou os comportamentos nos casos concretos de maneira efetiva.

Um dos critérios que obsta a fixação da guarda compartilhada é a situação de quando um dos pais expressa a sua não-vontade de exercer a guarda, porém existe uma situação em que existe o desejo de se obter a guarda, todavia a pessoa não se mostra apta ao exercício.

Mas consoante a nova Lei, ambos os pais se mostrando aptos, não haverá dúvida de que será aplicada a guarda compartilhada.

O grande debate gira em torno da necessidade ou não de os genitores manterem um relacionamento harmonioso após a ruptura do convívio conjugal.

Há casos em que, apesar do fim do casamento, os cônjuges ficam perfeitamente ajustados em suas condições e mostram-se aptos a atender as reais necessidades dos filhos menores. Situação essa, adequada para o emprego da guarda compartilhada, levando-se em consideração o interesse da criança com a manutenção do padrão de convivência diária com os genitores, sendo valorizada a qualidade desses momentos.

Não é suficiente apenas a vontade de dividir a criação dos filhos de forma proporcional, é necessário que exista uma situação amigável que viabilize a prática, pois os motivos que ensejaram a separação poderão ficar registrados apenas na memória do ex-casal, nunca nos autos do processo.

Os cônjuges deveriam tentar de todas as formas realizarem a separação de maneira consensual, visto ser o ideal para os filhos e para os próprios cônjuges.

A lei 13.058/2014 estabeleceu novos parâmetros e regras, trazendo uma padronização de entendimento.

O que se pretende com a guarda compartilhada:

É reequilibrar os papéis parentais referentes às decisões mais importantes relativas aos filhos, mantendo o contato frequente e contínuo com os dois genitores. Porém, nada impede que os filhos passem períodos com um ou com outro genitor, sem que se fixe rigorosamente tais, sendo que, mesmo neste caso, a residência não deixará de ser única.¹¹¹

Não se ouve falar, pelo menos não com frequência, que um genitor que não detém a guarda teve a iniciativa de procurar os filhos, tentando estabelecer uma relação de proximidade quando decidido pela guarda única no processo judicial, porém, a guarda unilateral não impede que os pais, na prática, experimentem com a criança o seu compartilhamento, ainda que tenha sido legalmente estabelecido de forma diferente.

A guarda compartilhada pode significar uma solução, mas pode também representar uma ilusão, mostrando-se como um instrumento hábil a impulsionar a responsabilidade paterna, no entanto, encobrindo a origem das dificuldades enfrentadas por pais e filhos.

O progresso das relações familiares transcende um acordo de ordem judicial, em razão de que, haverá casos em que a vontade dos pais não será suficiente para a aplicação da guarda compartilhada, exigindo-se um verdadeiro comprometimento entre os mesmos.

Sendo impossível estabelecer um diálogo entre os genitores, não haveria que se discutir acerca do compartilhamento da guarda, já que tal situação provocaria sérios danos à integridade dos filhos, inclusive em seu aspecto moral.

Uma das prerrogativas básicas para que a guarda compartilhada seja bem sucedida remonta a um problema prático, qual seja, são poucos os casais que conseguem dialogar após a separação, inclusive há aqueles que não dialogam nem durante a união conjugal.

Rosely Sayão ressalta que:

Hoje temos muitos casais casados e a guarda não é compartilhada. É a mãe que cuida e resolve os problemas do filho. Não é difícil você ouvir a expressão: ‘Olha o que o seu filho está fazendo’. O filho é dos dois. A resistência à guarda compartilhada também se refere à nossa tradição de usar as crianças como estratégia de ataque e de luta.¹¹²

Até mesmo nas separações juridicamente consensuais, onde a forma processual é consensual, não se sabe se na forma prática-pessoal é bem assim.

¹¹¹ NADAI, Fernando de. **Guarda compartilhada**. Presidente Prudente, 2001, p. 45.

¹¹² SAYÃO, Rosely. **Direito à convivência familiar**. Revista IBDFAM, Guarda Compartilhada, 18. Ed. 2015, p. 10.

Muitas vezes é só por picuinha que se busca a guarda compartilhada, apenas para vigiar a vida do outro, ou mesmo, é escolha de um dos genitores para justificar o pagamento de menos alimentos.

Nas lições de Lima:

No regime da guarda compartilhada não há o chamado ‘trânsito livre’ dos cônjuges ou ex-companheiros na residência do outro. Para que haja êxito nessa modalidade de guarda, é indispensável que os pais respeitem, reciprocamente, o espaço de cada um, sua intimidade, inclusive a de suas famílias reconstituídas. Assim, a guarda compartilhada não pode servir de instrumento de invasão de privacidade de pais separados, muito menos prestar-se para fins não condizentes com o melhor interesse dos filhos.¹¹³

Madaleno explica como ocorre em casos como esses:

Não é da índole da guarda compartilhada a disputa litigiosa, típica dos processos impregnados de ódio e de ressentimentos pessoais, onde pensam os pais serem compensados pela decisão judicial da guarda unilateral, para mostrar a sentença ao outro contendor e, com esta vitória processual de acirrado dissenso, acreditar que o julgador teria encontrado no vencedor da demanda pela guarda os melhores atributos de guardião, sendo o filho o troféu dessa insana disputa sobre a propriedade do filho.¹¹⁴

Cabe-se investigar quais os meios mais efetivos para a pacificação das relações familiares, “[...] temos que estabilizar o litígio para resolvê-lo”,¹¹⁵ como uma maneira de se tentar investir na estrutura basilar da sociedade, no alicerce para a construção de valores fundamentais ao equilíbrio e ao crescimento psicológico saudável do ser humano.

Daí que se nota a extrema importância da realização de estudos psicossociais intensificados no ambiente familiar que irá acolher esse instituto, analisando os múltiplos fatores que influenciam na hora de estabelecer o modelo de guarda que atenderá às necessidades da criança, sejam eles, a idade dos filhos, a capacidade individual dos pais, a distância entre as residências de cada genitor e a sua disposição em garantir o interesse do filho, auxiliando pais e familiares a lidarem melhor com esse processo.

A liberalidade conferida ao juiz no momento de decidir se irá conceder a guarda compartilhada é fundamental, pois dependendo do que for encontrado no caso concreto, é essencial que se defina a guarda unilateral.

¹¹³ LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada: Aspectos teóricos e práticos**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 25, jul./set. 2006.

¹¹⁴ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**. 5. Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 445.

¹¹⁵ LOPES, André. **Direito à convivência familiar**. Revista IBDFAM, Guarda Compartilhada, 18. Ed. 2015, p. 11.

Vê-se que lidar com as ciências humanas exige um rigor extremo, porque as decisões proferidas pelo judiciário, por exemplo, apesar de poderem ser revogadas ou modificadas acaso ocorram novos fatos, têm que ser muito acertadas visto que afetam um organismo vital à sociedade, a família. E buscar essa harmonia é uma tarefa desafiadora e, sem dúvida, imprescindível para a continuação da espécie humana.

5 ANÁLISE DOS CASOS DE ROMPIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR NA COMARCA DE NOVA CRUZ/RN E A QUESTÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Com a intenção de melhor elucidar as questões suscitadas ao longo da pesquisa, buscou-se realizar um levantamento de dados na Comarca de Nova Cruz/RN, para análise dos casos de rompimento da entidade familiar e para a discussão acerca da aplicação da guarda compartilhada.

As tabelas e os gráficos representarão, estatisticamente, os dados de certo período, especificamente o ano de 2014, numa análise coletada e interpretada de todos os processos de guarda e de divórcios litigiosos em tramitação no referido ano.

QUANTITATIVO DOS PROCESSOS DE DIVÓRCIOS LITIGIOSOS EM TRAMITAÇÃO NO ANO DE 2014					
Processos de Divórcio Litigioso	Total	Inexistência de filhos ou todos já maiores	Discutiram a guarda dos filhos	Pleitearam a Guarda Unilateral	Pleitearam a Guarda Compartilhada
Em andamento - 2014	63	36	27	27	0

Fonte: Própria autora, com base nos dados coletados na Vara Cível de Nova Cruz/RN.

A tabela exibe o número de processos envolvendo o divórcio judicial, em sua forma litigiosa, que tramitaram no ano de 2014 na Vara Cível de Nova Cruz.

Demonstra ainda, em quais desses processos foram discutidos a guarda dos filhos menores, bem como, em quantos foram postulados a guarda na modalidade única, e quantos pretenderam o seu compartilhamento.

QUANTITATIVO DOS PROCESSOS DE GUARDA EM TRAMITAÇÃO NO ANO DE 2014		
Processos de Guarda	Guarda Unilateral	Guarda Compartilhada
Em andamento - 2014	38	1

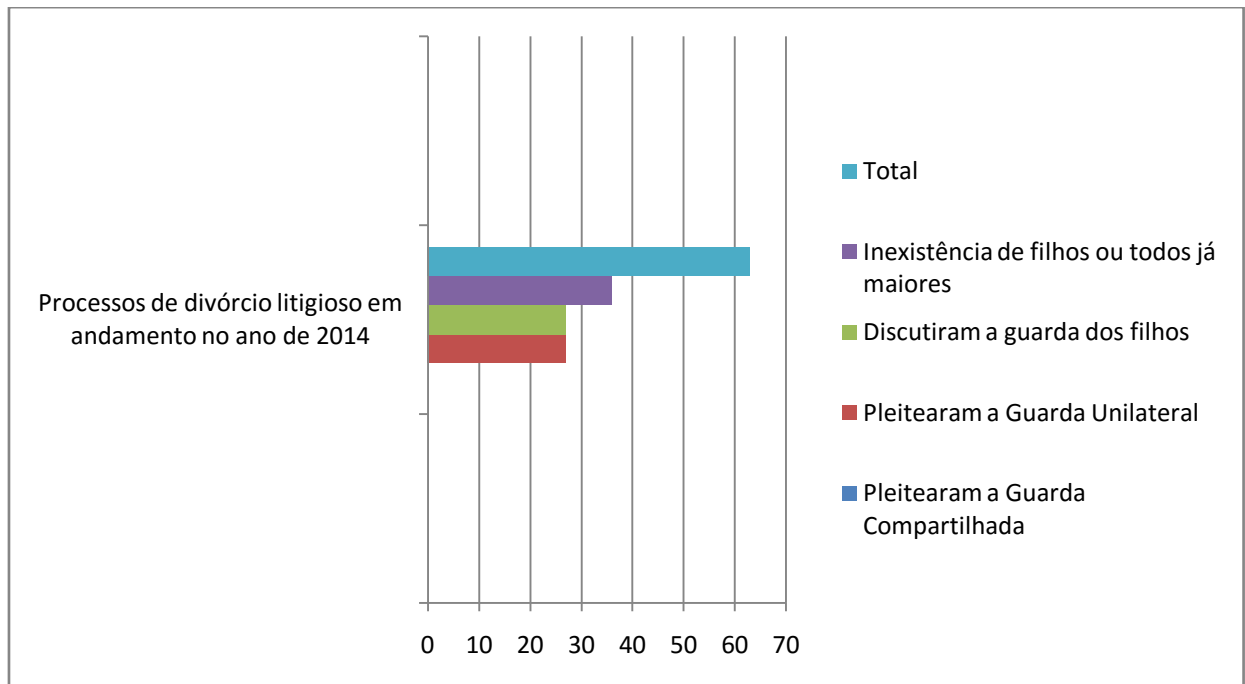
Fonte: Própria autora, com base nos dados coletados na Vara Cível de Nova Cruz/RN.

Os elementos expostos nesta segunda tabela, por sua vez, indicam a quantidade de ações

judiciais específicas em que os genitores apenas pleitearam a guarda de seus filhos menores, no mesmo ano, e dentre essas, quantas demandaram a concessão da guarda conjunta.

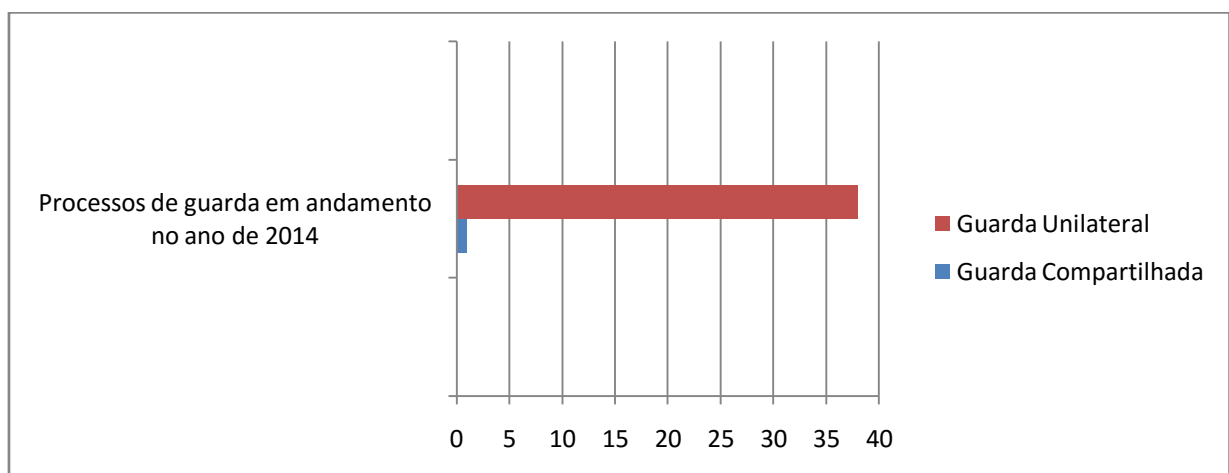
Os gráficos vêm representar, de maneira mais ampla, as informações quantitativas acima dispostas, estabelecendo uma relação entre os dados obtidos.

QUANTITATIVO DOS PROCESSOS DE DIVÓRCIOS LITIGIOSOS EM TRAMITAÇÃO NO ANO DE 2014



Fonte: Própria autora, com base nos dados coletados na Vara Cível de Nova Cruz/RN.

QUANTITATIVO DOS PROCESSOS DE GUARDA EM TRAMITAÇÃO NO ANO DE 2014



Fonte: Própria autora, com base nos dados coletados na Vara Cível de Nova Cruz/RN.

Com os diagramas acima, tentou-se demonstrar visualmente valores numéricos,

exibindo o número de processos de divórcios litigiosos, e comparar a quantidade de processos de guarda unilateral e de guarda compartilhada que tramitaram na Comarca de Nova Cruz em 2014.

Diante das informações coletadas e após uma análise de seus dados, verificou-se que a incidência da adoção da guarda conjunta, no lapso temporal acima definido, é quase nula.

Nas ações que trataram da dissolução conjugal e que envolviam filhos menores, não houve iniciativa dos pais em requerer a aplicação do instituto de compartilhamento da guarda, nem pelo que ajuizara a referida ação, e tampouco pelo que estava no direito de contestá-la, havendo tão somente o pedido de concessão da tutela dos menores a um ou outro genitor, unilateralmente, com o direito de visitação, bem como, requerendo que ao não-guardião coubesse o dever de prestar os alimentos.

Vê-se também que não houve a tentativa, por parte do judiciário, de tentar instituir o modelo de guarda compartilhada nesses casos.

As ações de guarda, propriamente ditas, contaram apenas com um caso de pedido espontâneo e consensual de aplicação da guarda conjunta, e é justamente sobre esse caso que será efetuado um estudo mais aprofundado, avaliando as condições em que se deram o emprego da supracitada custódia, e se as mesmas se fizeram constantes no decorrer do trâmite processual, bem como, quais as questões relacionadas a ela que despertaram o interesse desta pesquisadora em inseri-la como base desta pesquisa.

Para tanto, lhes será apresentado o relatório detalhado de um processo que originou a Ação de Guarda Compartilhada, analisando se as condições que a originaram perpetuaram-se até o presente momento, e se a situação revelada é uma constante entre os casais que demandam ações judiciais com este mesmo motivo na comarca.

5.1 RELATO DO CASO CONCRETO E ANÁLISE DAS PROVAS APRESENTADAS ¹¹⁶

Em maio de 2009 foi ajuizada Ação de Guarda Compartilhada Consensual, tendo como guardiões ambos os genitores do menor A.C.M.M., sendo eles, o senhor A.C.A.M e a senhora A.S.M.

O ex-casal conviveu em união estável por mais ou menos 5 (cinco) anos, da qual resultou a criança ora referida, nascida em 05/03/2004, que à época contava com 5 (cinco)

¹¹⁶ Os nomes das partes estão abreviados para a preservação do direito à intimidade no processo, marcado como segredo de justiça.

anos de idade.

Ambos moravam na mesma cidade, pois cada qual havia voltado para a casa de seus pais e mantinham uma convivência pacífica e amigável, tanto que, a guarda compartilhada já existia de fato, e o tempo de convívio e as despesas haviam sido distribuídas entre os requerentes, tudo feito harmonicamente.

Os requerentes dividiam o tempo, no período da manhã o menor passava na casa da genitora, onde tomava café e almoçava, a mãe o levava para o colégio (estando regularmente matriculado no CNSC) onde o mesmo permanecia até as 17:00h, momento em que o pai vinha buscá-lo e levava-o para sua casa, onde jantava e permanecia até as 22:00h, regressando após esse horário para o convívio com a mãe. O menor dormia duas vezes por semana na casa do pai.

O ingresso no Judiciário se deu, tão somente, para formalizar a situação já existente.

Depois de protocolada a ação, bem como, dada a sua devida autuação, o juiz abriu vista ao Ministério Público Estadual, que emitiu Parecer opinando pela homologação do pedido, visto ser perfeitamente legal e em conformidade com os interesses da criança.

A sentença que homologou o acordo foi proferida com base nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002. Em seguida, o processo foi arquivado.

Observa-se que, a decisão do Magistrado ratificando o que fora estabelecido entre os pais do menor baseou-se na boa relação que restou comprovada nos autos, estabelecida espontaneamente entre os genitores da criança, priorizando o seu bem-estar.

Um caso típico de compartilhamento de guarda, corretamente instituído, sem confusão com outros institutos. Era nítida a compreensão dos pais acerca do modelo ideal de convivência com o filho após o divórcio.

Ocorre que, em novembro de 2012, o genitor A.C.A.M. ingressou com uma Ação de Modificação de Guarda Compartilhada c/c Pedido de Tutela Antecipada em face da genitora A.S.M.

Ambos os genitores ainda residiam na mesma cidade e o menor contava com 8 (oito) anos de idade.

A ação foi proposta com base nos argumentos que seguem.

Em outubro de 2011 a requerida resolveu transferir seu trabalho para Natal/RN, matriculando o filho no colégio Prince, já no início de 2012 matriculou no colégio Boa Ideia, mesmo assim, todos os finais de semana estava em Nova Cruz/RN e ficava com o pai.

Aconteceu que, no referido momento, a requerida encontrava-se de licença especial do trabalho por 3 (três) meses e resolveu voltar para Nova Cruz/RN, matriculando o menor no

CNSC em outubro de 2012.

O pai alegou que a requerida não estava bem de saúde e passou a ser atendida por uma psicóloga, que a encaminhou ao psiquiatra para avaliar seu estado de saúde mental. Mas a requerida teria resistido em ser atendida pelo psiquiatra, e no último domingo havia invadido a casa do autor e da genitora do autor, que são vizinhas.

A requerida resistia em sair e por isso foi chamado o conselheiro tutelar V.B.O.J., que procurou dialogar com a requerida, mas ela não o atendeu, sendo acionada a Polícia local, que fez com que a requerida fosse para a casa de seus genitores, tendo esta, ainda, ameaçado sumir com o menor.

O pai afirmou que ela era uma boa mãe, mas temia que em face de sua situação de saúde, algo pudesse ocorrer com o menor e com ela própria.

A requerida voltou a invadir a casa do autor, inclusive pulando o muro, onde novamente se viu obrigado a pedir a interferência da Polícia.

O conselheiro tutelar V.B.O.J. emitiu relatório sobre o caso, tendo estabelecido contato, inclusive com a psicóloga que havia atendido a senhora A.S.M., que o informou que o estado clínico da senhora A.S.M. tratava-se de obsessão pelo senhor A.C.A.M. e que a mesma tinha que passar por uma análise mais aprofundada por um psiquiatra na finalidade de uma avaliação do seu atual estado de saúde mental.

Daí as razões da ação de modificação da guarda, ajuizada com fulcro nos artigos 1.612 e 1.584 do Código Civil de 2002.

Foram acostados pelo requerente dois boletins de ocorrência, o primeiro por Invasão de Domicílio da requerida, registrado em 30/10/2012 às 19:30h, em que a genitora do menor foi acusada de ter invadido a casa do autor munida de malas, panelas e outros utensílios domésticos, e que após tal atitude, o mesmo mudou-se para a casa de sua mãe. Disse que a acusada foi encaminhada ao psiquiatra, após o acompanhamento com diversos profissionais de saúde, porém a mesma recusou-se a iniciar um tratamento. Ainda, a acusada havia invadido a casa de sua mãe.

O segundo boletim foi uma Comunicação de Fato, registrado em 31/10/2012 às 14:14h, relatando que foi surpreendido por volta das 03:00h com um barulho de sua ex-companheira no portão de sua residência, querendo levar o filho em comum do casal.

Foi também trazida aos autos uma declaração do colégio CNSC, de 18/11/2012, informando que o menor não estava frequentando periodicamente as aulas desde 05/11/2012.

Em seguida foi proferida a decisão interlocutória não concedendo a guarda provisória da criança para o pai sob o argumento de que: “não comprovados a situação de extremo risco

a que, segundo o requerente, está exposto o filho das partes”.

Começou-se, pois, a observar que a relação harmônica que havia inicialmente entre os genitores não mais existia, e os conflitos entre os mesmos tomaram proporções que extrapolavam o convívio familiar, porém, tudo isso ainda estava envolvendo apenas os pais, não havia atingido a esfera pessoal do menor, restando prejudicada a alegação de que o menor se encontraria em situação de risco.

Dada a oportunidade do contraditório, tendo em vista ter sido apresentado somente os fatos narrados pelo autor, em contestação apresentada pela requerida, esta alegou como a real verdade dos fatos que, a vida do menor, quando morava em Nova Cruz/RN, não estava nada boa pelas atitudes grosseiras do pai, pelos ensinamentos imorais, bem como pelo fato do menor ter que ficar esperando na casa da avó paterna a requerida chegar da faculdade, por volta de 01:00h da madrugada, hora que o ônibus retornava, muitas vezes acordado e quando a criança estava dormindo, a requerida o pegava nos braços e levava para seu carro e quando chegava em casa retirava o menor e deitava-o na cama e neste período ele pesava cerca de 35kg e não recebia ajuda para isto. Que os fatos supra, dentre outros, foram os motivos para a mudança de domicílio da requerida e seu filho. Que desde outubro de 2011, a requerida e o menor estão domiciliados em Natal/RN, onde ele está estudando na escola Boa Ideia e foi aprovado no ano letivo de 2012, e que segundo informações da professora, o menor teve um bom desempenho escolar, tinha um bom comportamento. A partir dessa mudança para a cidade de Natal/RN, o requerente já não participava da criação do menor e não fazia questão de participar, pois como não lhe interessava ter qualquer responsabilidade, veio reclamar em juízo após mais de 1 (um) ano da ida do menor para Natal/RN. O requerente ficou semanas sem ver o filho, somente comunicando-se através de telefone. Assim sendo, a requerida passou a ser responsável pelo menor em todos os sentidos, arcando com todas as despesas provenientes de moradia, alimentação, vestuário, matrícula, materiais e fardamentos escolares.

Ocorreu que durante a sua licença prêmio, momento este em que veio para Nova Cruz/RN, matriculou o menor no CNSC para fins de conclusão do ano letivo. A pretensão da requerida era retornar para Natal/RN após as festas de final de ano, mas em virtude de algumas atitudes agressivas do requerente para com a requerida, bem como, pelo fato de que o menor estava sendo trancado dentro da casa da avó paterna e impedido de ver a mãe, a mesma resolveu retornar antes do período previsto, voltando a criança a estudar no Boa Ideia Natal/RN, onde concluiu o ano letivo.

A requerida relatou que durante o período da referida licença houve uma reconciliação

do casal, e ela passou aproximadamente 30 (trinta) dias alternando da casa da avó paterna da criança pra a casa do autor. Quando havia algum desentendimento o requerente tentava fatos para se vingar da requerida, espalhando isto para familiares e amigos, tendo inclusive trancado a requerida algumas vezes dentro da casa dele e levado consigo a chave.

Também neste período o requerente disse que ele estava necessitando de uma consulta psicológica em virtude do assalto que havia sofrido no dia 04/10/12 no órgão em que trabalhava, por isso pediu que a requerida o acompanhasse em uma consulta.

Na referida consulta, foi surpreendida por perguntas feitas pela psicóloga a seu respeito, oportunidade em que informou à profissional que a consulta era para o requerente, assim, a profissional passou a fazer a consulta para o casal e pediu para retornarem ao consultório. Achando toda esta situação demais estranha, a requerida teve certeza que estava sendo manipulada e enganada pelo requerente que, numa tentativa desesperada, tentou maquiar uma situação, tentando alegar problemas de saúde de ordem mental da requerida.

Além do mais, o requerente tomou atitudes contra a requerida fora do normal, quebrou o suporte do controle da chave do carro da mesma, puxando da mão dela com toda a força e de outra vez, machucou-a suspendendo-a, apertando com força pelo tórax, puxando pelos braços, isso tudo na frente da criança.

No relato da requerida ela alega que procura esclarecer as situações fantasiosas criadas pelo requerente, consoante boletins de ocorrência anexados pelo mesmo. Afirma que trata-se de uma inverdade trazida aos autos pelo requerente, haja vista que a casa do autor sequer possui muro de frente, como se atesta das fotografias ora juntadas, além de ser público e notório para familiares, amigos, conhecidos, colegas de trabalho que a requerida é pessoa plenamente capaz de gerir os atos de sua vida.

Toda e qualquer alegação de invasão de domicílio por parte da requerida foi no intuito de pegar seu filho para levá-lo para dormir ou para dar as refeições do dia e por diversas vezes o pai não queria deixá-lo ir, embora a mesma estivesse no seu direito. Tendo inclusive o requerente trancado o menor dentro de casa.

Em virtude do requerente se negar em entregar o menor, a requerida acionou a Polícia Militar de Nova Cruz/RN e por não terem registrado a ocorrência no ato, dirigiu-se para a Corregedoria Geral de Justiça, para o registro respectivo.

Para a requerida, o relatório do Conselho Tutelar juntado aos autos foi omissivo no sentido de não relatar que o menor falou que a avó paterna tinha dito que iria pedir para o requerente bater nele se ele continuasse a defender a requerida e que a avó paterna ofendeu a requerida com palavras baixas, bem como, que a mesma estava privada de estar com o menor,

pois este estava sendo trancado dentro da casa da avó paterna quando a requerida ia pegá-lo.

Este relatório também estaria equivocado, pois a requerida nunca esteve fora do seu senso comum, nem muito menos conversou sem sentido ao conselheiro tutelar, pois se realmente fosse, ela não estaria em condições naquele dia de ir para a casa de seus pais com o menor, exercendo plenamente o direito de guarda. Para ela o Conselho Tutelar foi omissivo porque o menor estava sendo privado de ter o contato habitual com a mãe, estava ameaçado de apanhar, e mesmo assim tal fato não foi relatado pelo conselheiro tutelar em seu relatório.

Ela ainda informa que o requerente e a avó paterna sofrem de hipertensão e vivem sob tratamento médico, portanto não possuem estabilidade de saúde, queixando-se a avó paterna de problemas com a hipertensão e no estômago, o que a impede de muitas vezes realizar as atividades diárias a contento, não tendo auxílio de ninguém, pois morava sozinha.

Trazido aos autos boletim de ocorrência registrado na Corregedoria Geral, nos dias 30/10/2012 e 31/10/2012, sendo a comunicante, a senhora A.S.M, e os denunciados, 4 policiais do 8º BPM, comunicando que seu ex-marido se negou a entregar a criança trancando-a dentro de casa, e dentre outras coisas, a comunicante e seu pai pediram que eles registrassem um boletim policial informando o acontecido, mas que eles se negaram a fazer o registro e um dos denunciados gritando-a de forma arrogante disse que se ela insistisse em pedir o boletim seria presa.

Acostado outro boletim de ocorrência, dessa vez tendo como denunciado o senhor A.C.A.M., genitor da criança. Este fora denunciado por Violência Doméstica por sua ex-companheira, na Delegacia de Plantão da Zona Sul de Natal/RN, em 03/11/2012 às 18:05h.

Que ao meio-dia se dirigiu até a casa da mãe do acusado junto com o mesmo para pegar seu filho para ir à praia, mas o acusado não queria levá-la a praia. Que a comunicante percebendo que não iria a praia decidiu levar o seu filho junto. Foi quando o seu marido a segurou por trás e agarrando pela cintura a suspendeu, que a apertou muito deixando a comunicante sem ar. Que a puxou também pelo braço e a colocou para fora da casa da mãe dele. Que a comunicante foi embora sendo obrigada a deixar seu filho com o acusado.

Complemento: A comunicante, ao fazer a leitura deste boletim, observou que os fatos narrados não condiziam com o ocorrido e foi solicitado que fosse feita alterações no histórico deste boletim de ocorrência, tornando sem efeito o primeiro histórico da ocorrência, e validando o que narra a seguir, pois são os fatos reais:

Que ao meio dia e quinze minutos da data de hoje se dirigiu à casa da avó paterna para pegar seu filho. Chegando lá o pai da criança não deixou. Na tentativa de levar a criança o acusado agrediu a comunicante. Agarrando-a por trás, no tórax com violência, deixando-a com falta de ar, suspendendo-a, empurrando-a, puxando pelos braços, retirou-a de casa, deixando a comunicante com dores no peito e nas costas. Que teve que se deslocar para Natal/RN, pois a Polícia Militar e a Polícia Civil de Nova Cruz/RN não confeccionaram o boletim de ocorrência.

Foi feita pela Delegacia uma Guia de Solicitação de Exame para efeito de

comprovação do que havia sido dito anteriormente.

Mais um boletim de ocorrência trazido pela requerida. Tratava-se de possível Falta Funcional cometida em 03/11/2012 pelos atendentes do ITEP, porque esses informaram que não era possível realizar o exame de corpo de delito, visto que eram feitos apenas os atendimentos de urgência e flagrante, e que a comunicante retornasse apenas na segunda-feira.

Outro boletim, no dia 03/11/2012, denunciava Policiais Militares por Omissão, informando que teria sido agredida pelo seu ex-companheiro, e quando acionada a polícia, no momento que souberam de quem se tratava, se recusaram a tomar as providências e encaminhou a comunicante à Delegacia de Polícia Civil.

A partir daí é nítido o desequilíbrio dessa relação familiar no decorrer do processo, as acusações recíprocas dos genitores e as agressões físicas e verbais passaram a demonstrar que o menor poderia estar sofrendo resquícios de tais conflitos.

Repare-se nos inúmeros boletins de ocorrência acostados, em maior número pela requerida, e na constante necessidade dos pais de recorrerem ao auxílio de profissionais de assistência social e da Polícia para resolverem questões domésticas.

A sanidade da requerida foi posta em dúvida diante da sua postura extremamente ofensiva frente ao requerente, quando este relatava apenas sua intranquilidade, mas não colocava em dúvida seu papel como mãe. E quando, numa das comunicações a requerida teve uma atitude estranha quando resolveu tornar sem efeito a primeira declaração feita, demonstrando não ter certeza do que havia, de fato, acontecido.

Houve determinação judicial para que fosse apensado o processo onde originalmente a guarda foi acordada. Bem como, determinada Audiência de Conciliação, para 29/01/2013.

No dia da Audiência, foi verificada a ausência da requerida, designando-se nova data, dessa vez de Instrução e Julgamento, para o dia 26/02/2013, onde foram ouvidas as partes.

Não trouxeram testemunhas e pediram para que o menor fosse ouvido, *in verbis*:

A.C.M.M. –“Que tanto gosta de ficar com a mãe em Natal, quanto visitar o pai em Nova Cruz, que gosta tanto do colégio em Natal quanto o de Nova Cruz, que lá em Natal estuda e pratica esportes, que seu pai torce pelo Corinthians e sua mãe não torce por nenhum time, que o depoente torce pelo Corinthians, que é mais sua mãe que ajuda nas tarefas, mas agora estuda em um colégio integral e que está fazendo o 4º ano, que sabe ler e escrever, que mostrou um texto, leu tanto letra de forma, quanto cursiva, que está gostando de estudar em colégio integral, que acha que seu desenvolvimento escolar está melhor em Natal, que no ano passado foi aprovado por média”.

O Ministério Público Estadual requereu a realização de estudo social, oportunidade em

que o juiz proferiu a seguinte decisão:

Trata-se de ação de guarda entre as partes já nomeadas no presente termo de audiência onde houve contestação, bem como provas foram produzidas na presente ocasião. Decido. A disciplina da guarda está contida no artigo 33, da Lei 8.069/90 e artigos seguintes. Neste sentido, observo que as provas produzidas são suficientes para se disciplinar a guarda provisória, já que hoje o menor está de fato com a mãe, quem de fato vem cuidando da parte de educação do menor. Todavia, isto não quer dizer que deva se afastar do pai, inclusive torce pelo mesmo time do pai, infelizmente o Corinthians. Isto Posto, fixo, a guarda provisória a ser exercida pela mãe durante a semana, e quinzenalmente pelo pai, do sábado das 08:00 às 17:30 horas do domingo, cabendo ao pai pegar a criança, podendo inclusive trazê-lo para a cidade em que mora, Nova Cruz, nos moldes do artigo 33, e seguintes do artigo 33, §2º, da Lei 8.069/90. Dou a presente por publicada e intimadas as partes em audiência. Oficie-se ao CRAS para realização de Estudo Social e expeça-se carta precatória para fins de realização do Estudo Social em Natal.

Petição do senhor A.C.A.M., informando que, no dia 09/03/2013 às 11:00h, foi até a casa dos avós maternos do seu filho visto que sabia que ele estava em Nova Cruz, quando chegou o encontrou brincando com a prima na garagem, pediu para que o filho entrasse no carro e para que sua prima avisasse à mãe dele que havia saído com a criança. Estavam em casa quando por volta do meio dia chegou a senhora A.S.M. querendo levá-lo, e o mesmo não permitiu, pois era o dia da quinzena em que ele deveria ficar com o filho, ela não aceitando, começou a dizer coisas contra ele e contra a sua mãe, chamada a Polícia, quando depois de alguma insistência se retirou, foi registrado a ocorrência policial, passado pouco tempo recebeu a ligação de um vizinho informando que ela havia voltado e arranhado seu carro, que estava estacionado na rua, chegando até o local, ela já havia saído, mas pôde constatar todos os arranhões. No dia seguinte, 10/03/2013 deixou o filho em sua residência em Natal. Uma quinzena depois, dia 23/03/2013, às 09:00h da manhã foi até a residência do filho em Natal para trazê-lo para sua casa, em Nova Cruz, mas a mãe não permitiu, esse fato foi testemunhado por J.F.D.

Relatou que a mãe não permite nenhum tipo de contato, seja pessoal ou por telefone, entre o filho e ele, fazendo inclusive uma declaração à direção do colégio em que a criança estuda, proibindo qualquer tipo de contato entre eles, no que consiste em Alienação Parental. Contou também que está havendo negligência com filho em relação ao colégio, visto que o mesmo está com frequência letiva ruim desde o ano de 2012 quando passou a ficar apenas sob sua responsabilidade, em Natal. Disse que sofre ameaças, agora constantes, de morte, inclusive em frente ao filho, o que o tem abalado emocionalmente e acredita que cause danos emocionais à uma criança presenciar isso vindo da própria mãe. Relatou também que ela o assedia e ao mesmo tempo o agride insistentemente via telefone, nos mais variados horários, e

da mesma forma à pessoas do seu ciclo de amizade. E solicitou nova análise do processo em virtude do descumprimento de determinação judicial.

Acostados Boletins de Ocorrência por Ameaça e Ameaça de Perturbação do Sossego registrados respectivamente em 20/02/2013 às 15:35h e 23/04/2013 às 11:20h. Em ambos, o comunicante é o senhor A.C.A.M., e a denunciada, a senhora A.S.M. O genitor alegou que a acusada se nega a deixar a criança em sua residência, e na última ocasião a acusada acabou partindo para agressão rasgando a camisa do comunicante, que por mais de uma vez já ameaçou o comunicante de morte, inclusive na frente da criança, e com frequência a acusada envia uma grande quantidade de mensagens por celular, seja durante o dia, atrapalhando o comunicante em seu local de trabalho, ou mesmo durante a madrugada, importunando o descanso.

Despacho judicial proferido em 17/06/2013, com o respectivo teor:

Envie-se cópia da última decisão quanto à guarda provisória ao Conselho Tutelar para que, acaso seja necessário, faça-a cumprir de forma pacífica, preferentemente com auxílio de assistentes sociais, psicólogos, mas, acaso necessário, com uso de força policial, fazendo garantir ao filho e ao pai o direito de visitas quinzenalmente. Uma vez que a situação não se encontra estabilizada e há indícios de que os pais estão colocando interesses pessoais acima dos interesses do menor, solicite-se, imediatamente estudo social e psicológico, através do CREAS, enfatizando que se trata de menor em situação de risco, devendo o relatório ser entregue em juízo até o dia 29 de julho de 2013.
Designo audiência de instrução e julgamento para o dia 30 de julho de 2013 às 08:30 horas.

Audiência adiada em virtude da necessidade de nomeação de psicólogos para substituírem os anteriormente designados para realizarem o estudo Psicossocial.

Petição da parte requerida informando que estava frequentando diariamente a casa do requerido juntamente com seu filho, mas descumpriu a decisão judicial em virtude de uma discussão entre ela e o requerente no dia 07/08/2013, onde este muito nervoso, provocando a tristeza do menor quando o genitor partiu em direção à genitora e a agarrou pelo tórax, o menor quando viu o que estava acontecendo começou a chorar sem consolo, quebrou a porta sanfonada do banheiro quando viu o pai jogando a mãe em cima da cama e lhe segurando pelos braços, a avó paterna chamou a Polícia. Neste mesmo dia a requerente voltou para casa com o filho pois foi liberada pela Polícia.

No dia 10/08/13 o menor e a genitora estavam se preparando para ir para Natal e por volta de 15:00h chegaram na residência 3 (três) policiais e o conselheiro tutelar, e levaram o menor, mesmo este dizendo que não queria ir. A mãe requereu que a criança lhe fosse entregue.

Relatório do conselheiro tutelar V.B.O.J:

(...) Logo em seguida segui em meu carro juntamente com o pai até a casa da genitora, ao chegar na residência informamos o descumprimento do despacho e soltei a compreensão à referida senhora na finalidade de colaborar e entregar a criança. A mesma levou o menino para dentro de casa e começou a falar que íamos a prender e perguntava a criança se era isso que ele queria para a mãe dele. Lembrei que as palavras que ela mencionada caracterizava Alienação Parental, maus tratos psicológicos, mesmo assim ela continuava. Ainda ameaçou à minha pessoa dizendo que iria me processar, a criança só foi entregue ao pai depois de uma intervenção da PM, depois seguimos até o 8º BPM onde o pai levou a criança até a sua casa, passados 20 minutos da chegada da criança na residência do pai, a senhora pegou seu carro e foi até lá, bateu no carro do mesmo e ficou agredindo verbalmente o senhor e sua família. A senhora encontrava-se totalmente e visivelmente fora do senso comum. No dia seguinte a situação se agravou tendo sido acionado mais uma vez este Conselho Tutelar.

Aplicada medida de proteção do Conselho Tutelar ao menor, ficando o pai responsável, tudo isso com base no art. 101, inciso I, da Lei 8.069/90-ECA.

Decisão interlocutória determinando que:

[...] o menor A.C.M.M. fique na guarda provisória da avó paterna L.A., bem como, em face da notoriedade da necessidade do menor (...) os pais poderão visitar o filho aos domingos alternadamente, sendo um final de semana a mãe e outro o pai, mas sempre na residência da avó paterna e de forma a não se encontrarem com o intuito de preservar o filho das constantes brigas entre ambos (...). Encaminhe-se os pais para acompanhamento psíquico e psicológico, independente do estudo determinado anteriormente por razões de ordem humanitária e por visíveis necessidades para fins de acompanhamento da saúde mental destes (...).

Petição da parte requerida pedindo a juntada de boletins de ocorrência e exame de corpo de delito.

Informou ainda que na última segunda-feira a avó paterna juntamente com o requerente, por volta de 13:00h foram deixar o menor no CNSC e não deixaram o mesmo sair com a requerida para olhar os seus cachorros que estavam no carro. Percebeu que o menor estava de cabeça baixa e não olhou a requerida nos olhos. Disse que estava morrendo de saudades da requerida e queria voltar para a casa desta, dizendo também que quase pegou uma depressão por saudade da mãe.

Juntada de Boletins de Ocorrência, um por Lesão Corporal registrado em 20/02/2013, outro por Agressão, registrado em 14/08/2013.

Acostada aos autos carta escrita pela criança, com o seguinte conteúdo:

[...] quando eu saí do colégio fui para a casa do meu pai quando minha mãe queria explicação das fotos do meu pai com muitas mulheres (...) um pouco antes a vadia

de A.R. esbarrou na minha mãe, quando chegamos ele não queria explicar (...) meu pai se trancou no quarto, mas depois saiu enfurecido e imobilizou minha mãe com muita força e minha mãe queria se soltar, por isso ela arranhou meu pai porque queria me levar para casa e minha avó chamou a Polícia inventando mentiras.

Petição da genitora alegando que ela e o genitor haviam tentado uma reconciliação e que as discussões aconteciam apenas quando ambos estavam juntos. E que antes, quando os eram separados, não havia discordância. Pelo contrário, existia harmonia até mesmo no rateio das despesas.

Que a genitora não mais residia com o pai da criança. Assim, tendo em vista que a requerida não mais se relacionara com o requerente, não haveria mais confusão, em razão disso, requeria a guarda do menor, ressaltando que estavam morando em Nova Cruz.

Informou também que interpôs recurso de Agravo de Instrumento no dia 26 de agosto de 2013, em face da decisão em que ficou concedida a guarda da criança à avó paterna.

O Ministério Público Estadual opinou pelo indeferimento da liminar de revogação da decisão por este Juízo.

Acórdão do desembargador A.M. indeferindo o pleito liminar requerido.

Petição da requerida informando que o menor estava sob seus cuidados e não queria mais voltar para a casa da avó paterna porque ela ameaçou jogar um caldeirão de água quente no mesmo.

Designada Audiência de Instrução e Julgamento para o dia 18 de setembro de 2013, devendo o menor se fazer presente, já que quando foi ouvido anteriormente em Juízo, apesar de sua pouca idade, aparentou ter bastante maturidade.

Em Audiência, foram ouvidas as partes, o menor e as avós paterna e materna. Na mesma ocasião ficou determinado que:

- 1) Será realizado estudo social primeiro na casa da mãe, que ficará com a guarda entre os meses de setembro de 2013 até o término do ano escolar de 2013 no Colégio Boa Ideia, entre o final de novembro de 2013 e o início de dezembro de 2013, sendo que o pai terá o direito de visitas nos finais de semana alternados; que em dezembro de 2013 e janeiro de 2014, o pai ficará com a guarda do menor, cabendo à mãe o direito de visitas quinzenalmente;
- 2) O direito de visitas será exercido deixando-se o menor na casa de tios comuns - M.M. e R.S. - sempre no sábado do meio-dia até o domingo às 16:00 horas. Cada parte fica ciente que em caso de descumprimento ficarão sujeitos a multa de R\$ 1.000,00 por cada descumprimento (...).

Em 11/03/2014 houve o pedido de Cumprimento de Sentença pelo senhor A.C.A.M. em face de A.S.M., alegando que a requerida pegou a criança e não mais devolveu, que só a viu em 24 de dezembro de 2013 com a requerida, que esta impediu não somente que o estudo

social fosse realizado, como também o direito de visitas do requerente, que este ano não teve o filho em sua companhia, e que o descumprimento dá ensejo à multa que já soma R\$ 9.000,00.

Petição da requerida alegando que o acordo possuía vícios, pois estavam contrários aos interesses do menor. Que não foi provada situação de risco. Que não houve descumprimento, pois o menor foi entregue ao autor no dia 19/12/2013 e este o entregou na véspera de natal. Que o acordo versou somente sobre o período que deveria ter sido realizado o estudo social, não havendo, portanto, regulamentação sobre com quem ficaria a criança após esse tempo. Que o estudo social foi realizado com a mãe, apenas não foi juntado aos autos, estando pendente com o pai.

Decisão interlocutória que determinou:

Isto Posto, prolongo a validade do acordo anterior para o resto do ano de 2014 e o ano de 2015, ficando estipulado que:

- 1) Durante o período letivo o menor A.C.M.M. ficará com a mãe, continuando seus estudos no colégio Boa Ideia em Natal/RN, ressalvado o direito de guarda quinzenal ao pai, do sábado do meio dia até o domingo às 16:00 horas.
- 2) Nas férias, o menor ficara com o pai, sendo o direito de visitas da mãe exercido quinzenalmente da mesma forma que o pai; (...).

Reiteração dos ofícios para realização dos estudos sociais.

Ofício da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal, sugerindo o encaminhamento para a equipe psicossocial das Varas de Família daquela Comarca, em virtude de que nos contatos mantidos foi observada situação de litígio no pedido de guarda da criança, envolvendo diversos conflitos entre as partes, com indícios de uma possível Alienação Parental.

Ofício do setor psicossocial informando que ainda não tinha sido possível a realização do estudo social em razão de haver apenas 6 Psicólogas e 2 Assistentes Sociais para atender aproximadamente 15 Varas.

Petição do genitor informando que o filho do demandante, em uma conversa com o mesmo, lhe informou que em certa oportunidade houve um desentendimento com seu padrasto e que este o cuspiu. O autor relatou o fato à sua ex-companheira, mas aquilo lhe chocou bastante, e deixou perplexo com o ambiente familiar que seu filho está imerso no seu dia a dia. O padrasto já em duas oportunidades profere ameaças e ofensas verbais ao requerente, inclusive na frente de se filho, e em uma oportunidade já o ameaçou de agressões físicas, e já “chamou” pra briga em uma discussão entre os dois, tudo presenciado pela criança. O autor noticia que está presenciando e notando que sua relação com seu filho está

sofrendo alienação parental, praticado pela parte demandada.

O processo segue tramitando normalmente, e aguarda apreciação do juiz, estando atualmente Concluso para Despacho.

5.2 A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

É notório que no caso relatado a aplicação da guarda compartilhada se deu em condições favoráveis à sua aplicação, mas que ao longo do tempo se demonstrou a inviabilidade de sua continuação em decorrência dos inúmeros conflitos que aconteceram entre o ex-casal em questão.

A realidade apresentada nos referidos autos é uma constante revelada nas audiências de conciliação realizadas na Comarca de Nova Cruz/RN, sendo raros os casos de ocorrência de uma boa relação entre os genitores.

Em uma entrevista realizada com o Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Nova Cruz, Ricardo Henrique de Farias¹¹⁷, foi possível ter uma maior noção do que realmente tem sido aplicado em casos como esse na prática forense.

No entendimento do juiz Ricardo, na guarda unilateral, como o próprio nome já diz, a posse física do menor é única, resguardada apenas a um dos genitores, tendo o outro preservado o seu direito de visitas. E na guarda compartilhada há uma subdivisão de direitos e obrigações entre os pais, que inclui a guarda física. Inclusive, os pais têm chegado a juízo já cientes da existência da guarda compartilhada, especialmente porque a imprensa tem divulgado bastante o sistema de tutela que se pretende com o referido instituto e tem mostrado o que acontece em casos concretos.

O juiz pontua que ao ser adotado o modelo de compartilhamento de guarda é explicado às partes a sua importância, quais responsabilidades caberão a cada genitor a partir de então e de que direitos ele poderá desfrutar, mas que o tempo de separação influencia bastante essa questão do ex-casal vir ou não ao Judiciário buscar a modificação da guarda já instituída. Ele observa que quando a separação é recente existe ainda muita mágoa, muita coisa mal resolvida, que faz com que não haja consenso em nada entre o casal. Diferentemente de quando já se tem passado um tempo maior da separação, até mesmo quando já constituíram novas famílias, nota-se que os genitores já superaram muitos conflitos

¹¹⁷ Íntegra da entrevista no Apêndice.

e conseguem estabelecer um diálogo com enfoque nos interesses do filho.

Foi apontada na entrevista que a forma de incentivo na aplicação da guarda compartilhada por parte do Judiciário local é a tentativa de colocá-la como uma 1ª opção para os pais, sendo que, os principais desafios para a adoção desse instituto são a conscientização dos pais da sua verdadeira importância para o desenvolvimento dos filhos e a distância geográfica das residências dos pais. Outro fator, um dos mais importantes, é o fato de a criança ter passado longos anos de sua vida convivendo apenas com um dos genitores, e aí acontece de o outro genitor buscar o compartilhamento dessa guarda, o que pode gerar enormes transtornos psicológicos e emocionais à criança nessa fase de transição, inclusive para a inserção dessa criança na nova família constituída por um dos pais, caso em que, se caminhar para uma convivência equilibrada e saudável ao seu desenvolvimento é válida, mas se não, se vier carregada de brigas e desentendimentos, terá sido completamente errônea.

O magistrado entende que a imposição da guarda compartilhada, trazida pela nova lei, vai se mostrar melhor ou não para a criança de acordo com o caso concreto. O que se tenta preservar, na verdade, é a qualidade desses encontros entre pais e filhos, e não a quantidade.

Acontece muitas vezes de se estabelecer a guarda única, com direito de visitas semanais, quinzenais, ou dependendo da distância entre os domicílios dos genitores, até mesmo mensais, e esse modelo se mostra satisfatório para o menor, porque o genitor que não detém a guarda se dedica melhor ao filho sabendo do tempo limitado que tem com mesmo.

Importante questão apontada pelo juiz, é a do tempo de separação dos pais, pois eles chegam às audiências abertos ao diálogo quando maior for o tempo de separação. Aquelas separações mais recentes vêm revestidas de brigas por qualquer motivo, ressentimentos entre as famílias, envolvendo sogros e sogras, inclusive quanto à criação dos filhos. Já nas separações mais antigas os pais costumam vir com mais maturidade, com o pensamento voltado para o bem-estar de seu filho.

Já houve episódios em que foi fixada a guarda compartilhada mesmo sem a concordância dos pais, um momento caracterizado como de alegria e tristeza, em razão de que foram determinados em casos em que, ou ambos os pais buscavam a guarda do filho exclusivamente para si, tentando eliminar o outro genitor do convívio do menor, ou quando ambos não queriam a guarda da criança, querendo obrigar o outro a ficar com o filho em comum.

A alegria se faz presente quando se pensa que se ambos querem a guarda do filho, isso se dá em virtude do amor pela criança. E a tristeza, quando ambos renunciam ao convívio com o menor.

Nessas situações o juiz entende como mais viável estabelecer a guarda compartilhada, no primeiro momento, para que o genitor que a detivesse não anulasse o direito do outro, tendo em vista que nenhum estaria disposto a ceder acaso fosse determinada a guarda unilateral, e no segundo momento, em virtude de que ambos arcaiam com as responsabilidades de maneira igualitária, sem sobrecarregar nenhum dos genitores, inclusive pelo fato de que nenhum queria ficar com a criança.

Na verdade, o tempo e a evolução cultural da sociedade são, talvez, os mais importantes fatores para haver essa familiarização com a guarda compartilhada. Verifica-se que aquela figura do homem apenas como provedor e da mulher com o dever exclusivo de cuidar dos filhos, já está sendo desmistificada.

Viu-se que aplicar as normas legais ao caso concreto exige não só o conhecimento da letra da lei, ou mesmo da intenção do legislador. Faticamente as questões familiares estão cercadas de valores e ânimos equivocados, que precisam ser afastados da lide para poder ser aplicada a justa e mais benéfica decisão.

É fato também que, nunca houve um plano de incentivo por parte do Judiciário local para incentivar a adoção do aludido instituto, além de oferecê-lo como a primeira opção aos pais inicialmente, assim como, esses casais não costumavam optar pelo compartilhamento da guarda espontaneamente.

A realidade mudou, a opção passou a ser obrigação, mas a necessidade de se investir em medidas de informação e conscientização continuam. O processo de transformação das relações familiares é lento porque envolve a mudança de pensamento de toda a sociedade, mas é extremamente necessário. Obrigar os pais a adotarem uma nova postura sem convencê-los, e não apenas explicar, que é o melhor a se fazer, é querer resolver um problema sem pensar nos outros, até mais graves, que ele pode provocar.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa trouxe à tona uma das questões de maior discussão: com quem ficarão os filhos quando do desenlace conjugal dos genitores, sobretudo quando há uma situação de conflito. O ingresso de demandas no Judiciário versando sobre guarda ainda conta com outra problemática: os conflitos que permearam a separação conjugal e que vieram aos autos do processo.

O tema da guarda foi tratado a partir da evolução conceitual do termo família ao longo da história. Revelada antes como figura basilar do crescimento econômico da sociedade, a família mostrava-se sob uma perspectiva patrimonialista, sendo capaz de gerar e preservar riquezas. Hoje, pode-se afirmar que a estrutura familiar ganhou uma nova identidade, qual seja, a de servir como suporte para o desenvolvimento intelectual, emocional e psicossocial do indivíduo, tornando-o apto a viver em sociedade de maneira sadia, contribuindo, assim, para o seu progresso.

A concepção contemporânea da família está baseada no afeto, na relação de cumplicidade e honestidade entre seus membros. Existem novos princípios que regulam a relação familiar, estruturando a sua constituição equilibrada, em todos os sentidos. O conceito do instituto da Guarda no ordenamento jurídico brasileiro, suas espécies e formas de regulamentação, atualmente, visam sempre o melhor interesse da criança.

Há no Brasil duas espécies de guarda, a Unilateral, predominantemente utilizada, e a Compartilhada, instituída em 2008, com a edição da lei 13.058 em 2014, alterando a leitura de alguns dispositivos e acrescentando medidas de aplicação prática e de coerção.

O instituto da guarda Compartilhada possui definição e características básicas. A Lei nº 11.698/2008 instaurou o regime de compartilhamento da guarda na legislação interna brasileira, havendo modificações advindas pela publicação da Lei nº 13.058/2014, que deu um outro sentido à expressão “compartilhada”, estabelecendo novas regras. Dentre as referidas alterações, a principal delas é a atual obrigatoriedade da guarda conjunta, tendo a chamada guarda única passado a fazer parte das exceções. E está aí o grande cerne deste estudo. A ocorrência desse modelo de guarda diante das separações consensuais e a possibilidade de incidência quando essa for litigiosa.

Por fim, foi analisada a situação fática encontrada na Comarca de Nova Cruz/RN, analisando os casos de rompimento da entidade familiar em meio a uma tutela jurisdicional contenciosa, marcada pela litigiosidade, e como os problemas apresentados diante de tais conflitos interferem na execução da guarda compartilhada.

O relatório de um determinado processo que tramita na Vara Cível de Nova Cruz, trazido à pesquisa, demonstrou que em razão das intensas discussões entre os guardiões, o compartilhamento da guarda do filho comum não se faz mais possível, sendo necessária a modificação do modelo adotado para que melhor atenda aos interesses da criança envolvida.

Ocorre que boa parte dos conflitos atinentes a essa Ação de Guarda não são exclusividade dela, e outros processos, especialmente os que foram ajuizados após a edição da nova Lei, merecem uma atenção especial.

A disputa judicial nos processos de dissolução litigiosa da família apenas mudou seu objeto, e ao invés de disputar pela guarda dos filhos, agora o foco será o cumprimento das ações sucedidas pela adoção da guarda compartilhada. E a sobrecarga no Judiciário em virtude dos processos de guarda, dará lugar aos conflitos advindos da aplicação desse instituto.

Infelizmente são raros os casos em que o casal que está litigando pela guarda mantém um bom relacionamento, inclusive pelo fato de que aqueles que conseguem estabelecer uma relação harmoniosa após a dissolução conjugal, decidem espontaneamente e acertam entre si, sem a necessidade de levar tal questão ao Judiciário, buscando-o apenas para regular o divórcio.

Podemos dizer que os casos que são levados a juízo já chegam com uma carga conflituosa, em razão de que os cônjuges não conseguiram resolver conjuntamente como se daria a relação filiar mantida após o divórcio. Assim, há que se diferenciar o modelo ideal apresentado teoricamente, da realidade fática encontrada em praticamente todos os casos.

As situações fáticas encontradas nas audiências realizadas na Comarca de Nova Cruz/RN e o contato direto com as partes no exercício das atividades referentes à Prática Jurídica oferecidas pela Universidade confirmam cada vez mais que a cultura ainda está marcada pela guarda unilateral.

Vê-se que o sistema ainda é muito precário. Diante das circunstâncias apresentadas, os espaços de reflexão e questionamentos sobre o papel e a conduta da família deveriam ser muito mais amplos e muito mais constantes durante o trâmite processual, oportunizando aos envolvidos ir além da noção do quadro familiar apresentado, e ter sob sua ótica um novo ponto de vista, para que não acabem reforçando a disputa existente entre as partes.

Ressalte-se que, muitas vezes a questão da guarda tratada nos processos de dissolução conjugal vão a juízo apenas para ser homologada e/ou formalizada, a respeito de uma situação que já ocorre na prática. Mas são ínfimos os processos que demonstram a busca por esse instituto porque realmente estejam interessados numa convivência com os filhos.

É assustador, mas não raro, presenciar o argumento de que um dos genitores quer optar pela guarda compartilhada porque isso irá reduzir o valor da pensão alimentícia paga pelo mesmo.

Inclusive, muitas vezes um dos genitores de pronto já abre mão de compartilhar a guarda para não ameaçar o novo relacionamento estabelecido, pois que, não há como se deferir esse tipo de guarda quando não se tem a compreensão da importância de tal ato.

O que se está em discussão não é a questão da dupla residência, tampouco, tentando-se aferir supostos prejuízos ao desenvolvimento infantil, tendo em vista que, se houver um amadurecimento espontâneo do casal para a adoção da guarda conjunta, a questão da educação da criança poderá ser prontamente acordada.

O fortalecimento da figura paterna na criação e na educação dos filhos deve ser estimulado e incentivado antes de aplicada tal medida, para que seus efeitos secundários não agravem ainda mais os conflitos e produzam resultados irreversíveis na vida das crianças envolvidas.

A imposição do compartilhamento do convívio com os filhos pode até ser um fator de impacto que impulse a evolução social, mas, aplicado coercitivamente, não é capaz de resolver o problema.

Enquanto esse desenvolvimento social não acontece, para que um dia se chegue a uma cultura que seja, de fato, de igualdade entre os genitores, aqueles que se virem compelidos à adoção desse tipo de guarda podem sofrer enormes desajustes em virtude dessa imposição.

REFERÊNCIAS

Acórdão n.776120, 20110112281094APC, Relator: Alfeu Machado, Revisor: Leila Arlanch, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/03/2014, Publicado no DJE: 07/04/2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família**: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Publicado em 11/2006. Atualizado em 05/2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>> Acesso em 11 fev. 2015.

AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *apud* BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada**. Istoé Independente, N° Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf> Acesso em 04 abr. 2015.

BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=50>> Acesso em 06 fev. 2015.

BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada**. ISTOÉ Independente, N° Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

BRANDÃO, Débora. **Guarda compartilhada: Só depende de nós**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7847-78461PB.htm>> Acesso em 21 abr. 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 18. Ed. Saraiva, 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4. Ed. 2005.

_____. **Lei nº 12.013, de 6 de agosto de 2009.** Publicada no Diário Oficial da União em 7 de agosto de 2009.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Publicada no Diário Oficial da União em 27 de agosto de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364.** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/143353/sumula-364-estende-a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-a-pessoas-solteiras-separadas-e-viuvias>> Acesso em 26 mar. 2015.

_____. **Lei Maria da Penha nº 11.340,** de 07 de agosto de 2006. Publicada no Diário Oficial da União em 08 de agosto de 2006.

CARLES, Fabiana David. **Guarda compartilhada: Um novo Direito? Seus aspectos e problemáticas no atual direito de família.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4036.pdf>> Acesso em 14 mai. 2015.

CAMACHO, Palloma Cunha e VIANA, Anny Ramos. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas: Ensaio sobre alienação parental.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14100> Acesso em 04 abr. 2015.

CARVALHO, João de. **A família tradicional e a família moderna.** Publicado em 04/08/2013. Disponível em: <<http://www.jornaloliberal.net/artigo/a-familia-tradicional-e-a-familia-moderna/>> Acesso em 04 abr. 2015.

CÉSAR, Frank Figueiredo. **O novo modelo de família moderna e seus reflexos no direito.** Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/o-novo-modelo-de-fam%C3%ADlia-moderna-e-seus-reflexos-no-direito>> Acesso em 04 abr. 2015.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A Guarda dos filhos na separação.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=455>> Acesso em 15 jan. 2015.

COSTA, Tarcísio José Martins apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos.** 2. Ed. *Lúmen Júris*: Rio de Janeiro, 2007.

CUNHA, Matheus Antônio da. **O conceito de família e sua evolução histórica.** Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>> Acesso em 06 fev. 2015.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, comentários jurídicos e sociais.** 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>> Acesso em 04 abr. 2015.

DELFINO, Morgana. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e o Direito à convivência familiar: Os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf> Acesso em 07 abr. 2015.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 5.

FACHIN, Luiz Edson. *apud* CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>> Acesso em 06 fev. 2015.

_____, Luiz Edson. **Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil contemporâneo.** In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros temas: Homenagem a Tullio Ascarelli.** São Paulo: *Quartier Latin*, 2008.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social.** Publicado em 02/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>> Acesso em 04 abr. 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **A Nova Guarda Compartilhada.** Florianópolis: *Voxlegem*, 2014.

FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. **Os filhos e o divórcio.** In: Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol.9, n.47, abr./mai., 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: Direito de Família, 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. Ed. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Jurisprudência comentada. Guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81013-gcjurisprudencia.htm>> Acesso em 06 abr. 2015.

GUAZZELLI, Márcia. **A falsa denúncia de abuso sexual**. In: Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: A família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade**. In: DEL 'OLMO', Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coord.). Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura conjugal**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: Fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

_____, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada: Aspectos teóricos e práticos**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, jul./set. 2006.

LISBOA, Advocacia Alckmin. **Guarda compartilhada x Convivência familiar**. Postado em 27/12/2014. Disponível em: <<http://www.alckminlisboa.adv.br/noticias.html>> Acesso em 09 abr. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Atualidades**. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2003.

LOPES, André. **Direito à Convivência Familiar**. Revista IBDFAM, Guarda Compartilhada. 18. Ed. 2015.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, 5. Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARCOLINO, Andréa Firmino de Medeiros. **Reprodução assistida “post mortem” e o direito da criança à convivência familiar**. Dissertação (Mestrado). UNIFIEO – Centro Universitário Fieo Osasco – SP, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Booksellers, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 2. 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 1999.

NADAI, Fernando de. **Guarda Compartilhada**. Presidente Prudente, 2001.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família: Conceito e evolução histórica e sua importância**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>> Acesso em 06 fev. 2015.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, visitação e busca e apreensão de filho**. Rio de Janeiro: Destaque, 2006.

PAULINO NETO, Analdino Rodrigues. *apud* BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada**. Istoé Independente, N° Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004.

_____, Sérgio Gischknow. **Tendências Modernas do Direito de Família**. Revista dos tribunais, vol. 628.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, **Guarda compartilhada: de acordo com**

a **Lei nº 11.698/08**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder Familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2005.

RIZZI, Maria Helena. **Guarda compartilhada (sob um prisma psicológico)**. Disponível em: <<http://www.lawteacher.net/free-law-essays/foreign/da-guarda.php>> Acesso em 21 abr. 2015.

RODRIGUES, Sílvio Paulo Brabo. **Manual da guarda no Direito da Criança e do Adolescente**. Belém: CEJUP, 1997.

ROSA, Conrado Paulino da. **O fim do mito do filho “mochilinha”**. Postado em 26/01/2015. Disponível em: <<http://dimitresoares.blogspot.com.br/2015/01/o-fim-do-mito-do-filho-mochilinha-por.html>> Acesso em 09 abr. 2015.

SÁ, Arnaldo Faria de. *apud* BRANDALISE, Camila. **No caminho da guarda compartilhada**. Istoé Independente, N° Edição: 2338|12. Set.14. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/382249_no+caminho+da+guarda+compartilhada> Acesso em 06 mai. 2015.

SANTOS, Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos. **Os princípios constitucionais e a extensão dos limites da obrigação alimentar parental na maioria civil**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13469&revista_caderno=14> Acesso em 04 abr. 2015.

SAYÃO, Rosely. **Direito à convivência familiar**. Revista IBDFAM, Guarda Compartilhada. 18. Ed. 2015.

SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao filho - descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. In: Revista de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol.6, n.25, ago./set., 2004.

SPAGNOL, Rosângela Paiva. **Filhos da mãe: Uma reflexão à guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/389-filhos-da-mae-uma-reflexao-a-guarda-compartilhada>> Acesso em 21 abr. 2015.

STJ – REsp 964836/BA – Relatora Ministra Nancy Andrighi – 3ª. Turma – Data do Julgamento 02/04/2009.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *apud* GOMES, 1998.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro**. Publicado em 12/2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-deartigos/212-artigos-nov-2006/5338-a-energia-nuclear-e-segura>> Acesso em 11 fev. 2015.

TJ-RS - AC: 70042506055 RS , Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 18/08/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/08/2011.

TJ-RS - AI: 70058925074 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 28/05/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/06/2014.

TJ-SP - Agravo de Instrumento nº 0140557-86.2013.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Alexandre Lazzarini. Publicado no DJe em 05/02/2014.

VELOSO, Zeno. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Família**. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (organiz.). *Temas atuais de direito civil na constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e CAMARGO, Lucas Amaral Cunha. **A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo Direito**. Disponível em: <<http://cavadvogados.com.br/artigos/5-a-construcao-de-uma-sociedadefraterna-como-interesse-tutelado-pelo-direito.html#ftnref2>> Acesso em 04 abr. 2015.

VIEIRA, Cláudia Stein. **A relação jurídico afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2002.

VILLAÇA, Álvaro. **Estatuto da família de fato: De acordo com o novo Código Civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

APÊNDICE

ROTEIRO DA ENTREVISTA

DATA: 10/09/2015

HORA: 15:20

NOME DO ENTREVISTADO: Ricardo Henrique de Farias

FUNÇÃO QUE EXERCE: Juiz de Direito da Vara Cível de Nova Cruz/RN

- 1) Qual a diferença prática entre a guarda unilateral e a guarda compartilhada?
- 2) Os pais têm conhecimento do instituto da guarda compartilhada?
- 3) Quando se adota o modelo de guarda compartilhada, é explicada às partes a sua importância?
- 4) E esse modelo de guarda, quando aplicado, permanece ou costuma vir a Juízo novamente para ser modificado?
- 5) Já existiu algum tipo de incentivo por parte do Judiciário local para a adoção da guarda compartilhada?
- 6) Quais os maiores desafios para a adoção do referido instituto?
- 7) A imposição da guarda compartilhada, trazida pela nova lei, é o melhor para a criança?
- 8) Os pais chegam às audiências abertos ao diálogo?
- 9) Já há algum caso nessa comarca que fixou de forma obrigatória a guarda compartilhada em atenção à Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, mesmo sem a compreensão ou concordância dos pais?
- 10) Hoje não há mais que se falar em incentivo do compartilhamento da guarda, visto ter

se tornado obrigatório, mas o que pode ser feito para que essa aplicação aconteça de forma mais natural, com menos conflitos?