

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

A GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA, AVANÇO OU RETROCESSO? UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sarah Vieira Magalhães de Lima¹

Luís Carlos Gehrke²

SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO AO LONGO DAS ÚLTIMAS DÉCADAS; 2 A DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR E OS REFLEXOS FRENTE A PROLE, EM ESPECIAL COM RELAÇÃO A GUARDA; 3 O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA DOS FILHOS E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA; 4 A (IN)EFICÁCIA DA COMPULSORIEDADE DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente artigo tem como temática a averiguação da (in)eficácia da compulsoriedade da guarda compartilhada no direito de família. Pretende-se verificar as consequências da Lei 13.508/2014, a qual determina que independente do consenso dos pais a mesma será aplicada, com a finalidade de prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente. Com essas mudanças, cabe a indagação se de fato com essa obrigatoriedade haverá um avanço ou um retrocesso para as famílias quando houver litígios entre os pais. Para isso, objetiva-se analisar as vantagens e/ou as desvantagens da compulsoriedade da guarda conjunta por meio do Código Civil Brasileiro, legislação específica (Estatuto da Criança e do Adolescente), doutrinas, artigos científicos e jurisprudência. De maneira mais específica, pretende-se compreender a evolução do direito de família, bem como demonstrar a importância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em relação à guarda conjunta. Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo, além do método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa à documentação indireta. Desse modo, possível aduzir que a guarda compartilhada é uma excelente ferramenta para a criação do(s) filho(s) após a

¹ Bacharela em direito da Faculdade Metodista de Santa Maria. Plataforma Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4882426374314170>>. Endereço eletrônico: sarinhahmaga@hotmail.com

² Prof. Ms. Luís Carlos Gehrke, Professor de Direito Civil, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Metodista de Santa Maria – FAMES. Colaborador da Cátedra de Direitos Humanos da Faculdade Metodista de Santa Maria – FAMES. Coordenador do Projeto de Extensão de Apoio aos Conselhos Tutelares da Faculdade Metodista de Santa Maria – FAMES. Especialista em Processo Civil pela Universidade Regional da Campanha – Campus/São Gabriel. Ex-representante da Subseção da OAB/Santa Maria, junto ao Conselho Municipal do Idoso de Santa Maria/COMID. Mestre em Integração Latino-Americana (MILA) pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Advogado atuante. Plataforma Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5103854413224130>>. Endereço eletrônico: lcgehrke@bol.com.br

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

dissolução conjugal, pois possibilita que os filhos convivam com seus genitores durante os períodos mais importantes de suas vidas, que são a infância e a adolescência.

Palavras-chave: Direito de Família; Guarda Compartilhada; Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

This article has like a theme the inquiry of the (in) effectiveness of the mandatory of the shared custody in the right of the family. It is intended to verify the consequences of the 13.508/2014 law, that determines that independently of the parents consensus this will be applied with the finality to predominate the best interest to the child and to the teenager. With these changes, fits the question if in fact with this obligation it will have a progress or a regress for the families when there are conflicts between parents. For this, it aims to analyze the advantages and/or the disadvantages of the mandatory of the shared custody trough the Brazilian Civil Code, specific legislation (Child and Teenager Statute), doctrines, scientific articles and jurisprudence. In a specific way, it aims to comprehend the evolution of the family right, as well as demonstrate the importance of principle of the best interest of the child and adolescent about the shared custody. Therefore, it is used the deductive approach method, besides the monographic procedure method and the technique of research of indirect documentation. In this way, it is possible to declare that the shared custody is an excellent instrument for the children after the marital dissolution, because it enables that the children live with their parents during the most important phase of their lives, that are the infancy and adolescence.

Keywords: Family Law; Shared Custody; Best Interest of the Child and Teenager.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A guarda compartilhada vem tendo evoluções desde sua positivação por meio da Lei n. 11.698/2008, haja vista que tal prática já era aplicada por genitores que, com o devido consenso, optavam por esta responsabilização conjunta em relação aos direitos e deveres concernentes aos filhos em comum. Entretanto, com as alterações da guarda compartilhada - Lei n. 13.058/2014 -, independente do consenso dos pais, ela tornou-se compulsória, prevalecendo o superior interesse da criança e não a litigiosidade dos pais.

Com essas alterações, cabe a indagação: até que ponto a guarda compartilhada compulsória torna-se um progresso ou atraso para as famílias? E nos casos em que houver litígio entre os pais, esta obrigatoriedade seria a melhor solução?

Para chegar a bom termo frente a essa problemática, este trabalho tem por objetivo analisar os pontos positivos e/ou negativos relacionados à obrigatoriedade da guarda compartilhada por meio de doutrinas, artigos científicos, jurisprudência,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

3

legislação específica (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o Código Civil Brasileiro. Neste sentido, o trabalho busca realizar preliminarmente, a análise da evolução do direito de família, bem como demonstrar a importância do melhor interesse da criança e do adolescente de maneira que se possa verificar em que medida a compulsoriedade da guarda compartilhada será eficaz.

Ocorre que este instituto, por ser uma modalidade de guarda evoluída, requer um grau de maturidade e responsabilidade de ambos os pais, porém muitas vezes após a separação, os casais não conseguem administrar a situação do conflito conjugal, sem que atinjam a relação filial, tudo em decorrência do luto conjugal. Nestes casos em que há litígios entre o casal, não se sabe se a guarda compartilhada compulsória trará benefícios para a criança/adolescente ou se ela poderá trazer graves prejuízos psicológicos, sociais e de desenvolvimentos para o infante.

Soma-se a isso, o fato de que este instituto ainda é desconhecido pela maioria da população, que por vezes têm um conceito desvirtuado sendo confundido com outros tipos de guarda, o que pode refletir na não aplicação ideal da guarda compartilhada.

Para tal, utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem, pois parte-se da generalização para uma questão particularizada. Quanto ao procedimento, será adotado o método monográfico, já que não se trata de um estudo de forma manual, pois os argumentos abordados no trabalho têm como embasamento uma bibliografia diversificada, centrada em um objetivo específico mais aprofundado. Além disso, será aplicada a técnica de pesquisa da documentação indireta.

1. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO AO LONGO DAS ÚLTIMAS DÉCADAS.

O direito de família, de forma geral, tem sofrido inúmeras alterações nos últimos tempos, reflexo das mutações da própria sociedade que, de um contexto eminentemente patriarcal, tendo como economia o meio agropastoril aliado a

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

questão da religiosidade muito acentuada, passou a ter como esteio para novas entidades familiares, o afeto entre seus componentes.

Com a transição da economia agrária para a industrial, a família mudou de maneira drástica a sua composição, de tal modo, que acabou restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. Com estas mudanças, a família deixou de ser subordinada pela autoridade de um chefe nas produções em que todos trabalhavam em uma única unidade, pois os homens passam a trabalhar nas fábricas. Desta forma, as mulheres, sem superar enormes resistências, vão alcançando os mesmos direitos do marido. Pode-se constatar que todos estes acontecimentos fizeram transfigurar o convívio entre pais e filhos. (VENOSA, 2014).

Por conta disso, o direito de família no Brasil é sem dúvida, entre as áreas do direito, a que tem mais sofrido alterações ultimamente. Essas mudanças estão ocorrendo devido às modificações no comportamento da sociedade globalizada, que tem como características o afeto, a solidariedade e a dignidade como norteadores de um moderno ordenamento ético-jurídico. Estas mutações têm relação com o enfraquecimento do poder patriarcal, os progressos da ciência, a evolução dos costumes, advindo da revolução feminista, a qual culminou a tão sonhada equidade entre os gêneros. O direito de família tem um cunho social de extrema relevância e está sujeito a constantes variações, e que, apesar de abordar relações de afeto sobre questões pessoais inerentes ao ser humano, é obrigado a admitir a aplicação de normas públicas, de fato, a quase todas as atividades da família. (PENA JÚNIOR, 2008).

Nesse passo, como não poderia ser diferente, as pessoas, de uma forma ou de outra, são provenientes de uma família e vivem na maioria das vezes em um conjunto familiar. Sendo assim, percebe-se que se está diante de uma área do direito de maior aplicabilidade no que tange a generalidade das pessoas. Dessa forma, quando o debate tem como pano de fundo a temática da família, observa-se um ambiente com inúmeras situações anormais, as quais vão crescendo na medida em que se tornam mais complicadas as relações interindividuais, haja vista que diminuem-se os princípios morais e éticos de fidelidade e união, e aumentam os

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

5

problemas econômicos de subsistência. (RIZZARDO, 2014).

No âmbito da família, era habitual viver em uma lógica hierárquica, de imposição e castigo, na extensão em que a experiência familiar era concretizada a partir do pai, de forma superior até mesmo à própria genitora. As orientações eram impostas pelo pai, já que era o provedor, ou seja, tinha voz absoluta. Nesta época, quando os pareceres do chefe da família não eram respeitados, aplicava-se o castigo. Deve-se ressaltar que na época anterior a 1988, a doutrina vigente referente aos direitos da infância era irregular, uma vez que consideravam as crianças como mero objeto e não como sujeito de direito, que por muitas vezes o castigo corporal era incentivado socialmente, distinto do que acontece atualmente. (ROSA, 2015).

Entretanto, o direito brasileiro, a partir da metade do século XX, sofreu constantes modificações que foram paulatinamente vencendo barreiras e resistências, o que fez atribuir direitos aos filhos ilegítimos e tornar a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Carta Magna de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, igualando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal. Com a lei nº 4.121, de 27-8-1962, instituiu-se o Estatuto da Mulher Casada, o qual eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, consagrando-se a era da equidade entre os cônjuges, sem que de fato naquele momento a estrutura familiar deixasse de ser preminentemente patriarcal, pois muitos direitos ainda foram mantidos no varão. (VENOSA, 2014).

Contudo, a entidade familiar deve ser atualmente abrangida como um grupo social constituído, fundamentalmente, em vínculos de afetividade, pois outra conclusão não se pode aferir à luz da Carta Constitucional, principalmente no artigo 1º, inciso III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (FARIAS, 2002).

Com as alterações pertinentes ao direito de família advindas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pôde-se constatar que novas entidades obtiveram proteção na carta constitucional, como a entidade familiar originária da união estável entre diferentes gêneros; a entidade das justas núpcias; o

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

6

reconhecimento de uma entidade familiar no relacionamento entre pessoas do mesmo gênero sexual, assunto este abordado nas doutrinas, nas jurisprudências e principalmente perante os tribunais superiores. A família monoparental também obteve reconhecimento, já que as atenções eram voltadas para a tutela da pessoa, desenvolvimento da personalidade no âmbito familiar e a sua dignidade humana. (MADALENO, 2013).

Nesse aspecto, frisa Madaleno (2013, p. 38):

Novos temas estão hoje a desafiar o legislador, com várias modalidades de famílias, as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas etc. A ciência evolui com rapidez e por saltos e hoje se esperam respostas mais rápidas do Direito, o que não ocorria no passado, quando as alterações eram quase exclusivamente de ordem sociológica, e, portanto, gradativa.

As modificações pertencentes ao direito de família provenientes da Carta Magna de 1988 e do Código Civil de 2002 ratificam a função social da família, principalmente a partir da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e da prole; das obrigações concernentes à guarda, educação e manutenção dos filhos, com a função do poder do juiz para decretar a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para interromper ou destituir os pais do poder familiar, quando carecerem as obrigações a eles inerentes; da importância do direito a alimentos com inclusão dos companheiros e da observância das ocorrências socioeconômicas em que se depararem os interessados; da imposição a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de colaborarem, na proporção de seus recursos, para manutenção da prole. (GONÇALVES, 2012).

A convivência no seio familiar, atualmente, tem sido um período da horizontalidade, do diálogo e das adaptações construídas. A inclusão da mulher no mercado de trabalho, sua autonomia financeira, bem como a nova postura do homem na criação da prole, apresentaram ao dia-a-dia das famílias um clima em que ambos os pais definem não apenas o melhor período para serem pais, mas também toda a rotina dos filhos em conjunto. (ROSA, 2015).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Por conta disso, a prática da parentalidade atualmente é uma construção diária e lenta que, diante das obrigações eficazes da prole, estimuladas em muitas ocasiões pela lógica do comércio, faz com que os interesses dos filhos sejam, por diversas vezes, construídos com esses e não somente entre os pais de maneira impositiva. Nesse novo ambiente, no qual a democracia acontece, a conversa obtém espaço, sendo desconsiderado qualquer uso de agressão, mesmo psicológica, sendo a entidade familiar um lugar de apropriada edificação e não de deterioração psíquica da prole, mesmo que ocorra a dissolução da entidade familiar como será abordado no tópico seguinte.

2. A DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR E OS REFLEXOS FRENTE A PROLE, EM ESPECIAL COM RELAÇÃO A GUARDA.

Como referido anteriormente, as entidades familiares no Brasil sofreram alterações de toda ordem, causando assim reflexos na sociedade de modo geral. Nesse passo, pode-se destacar que as mudanças sociais geradas pelo recente arranjo social dos cônjuges, as influências econômicas e as diferenças das religiões clássicas contribuíram para que o número de divórcios aumentasse. As uniões sem casamento passam a ser regulamentadas e aceitas pela coletividade e pela legislação, embora já fossem normais em muitas civilizações do passado. As entidades familiares, sob o enfoque jurídico e social, não terem mais o matrimônio como sendo exclusivo, pois as famílias se estruturavam independente do casamento. (VENOSA, 2014).

As variáveis das famílias pode-se compreender nitidamente que são avaliadas pelo crescimento das dissoluções e divórcios, segundo consideração unânime dos que tratam da temática. Mas a crise do casamento e as dificuldades na família estão ligadas a uma série de fatores, os quais vão desde a composição da sociedade até as constantes alterações de percepções e entendimentos. A imposição das obrigações materiais e espirituais, que incide sobre o ser humano, torna complicada a convivência e provoca constantes conflitos, mostrando-se os

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

8

casais impossibilitados de lidar um prosseguimento máximo da união. (RIZZARDO, 2014).

Neste contexto, frisa Pereira (2008, p.168/169):

Em tempos de complexidades e, por vezes, fugacidade ou liquidez dos relacionamentos, em tempos de modificação no exercício dos papéis e na hierarquia das relações – tudo isto somado a um impressionante crescimento dos divórcios -, a organização e reorganização das relações entre pais e filhos tem sido, direta ou indiretamente, objeto da intervenção, do Estado e dos profissionais – não só do direito, mas da saúde mental. Apontemos que às relações são objetos da intervenção, mas não necessariamente de cuidado por parte do Estado. E é também a este cuidado que devemos estar atentos no que diz respeito às relações entre pais e destes com seus filhos pós-separação.

Quando de um relacionamento nascer filho(s), a separação dos elos de afetividade não se solucionam puramente indo cada um para o seu lado. O final de uma união de genitores não deve fazer com que se prejudiquem os direitos e deveres com relação aos filhos. A dissolução da afinidade conjugal dos pais não deve afetar o prosseguimento dos vínculos parentais, porque a prática do poder de família em nada é atingida pelo rompimento conjugal. (DIAS, 2013).

Com o novo arranjo familiar adquirido, os genitores separados precisam buscar ter boa convivência, instruindo-se desde já para negociar, com a intenção de gerar aos menores a tão almejada felicidade. (PENA JÚNIOR, 2008).

Para que de fato a prole possa ter a tão desejada felicidade, o artigo 227³ da CRFB/1988, bem como o artigo 4^o do Estatuto da Criança e do Adolescente contém regras destinadas a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente.

³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴ Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Dessa forma, seria inadmissível aceitar que qualquer deliberação que envolvesse os interesses da criança e do adolescente que fizesse tábula rasa ao princípio do melhor interesse, pois qualquer aplicação de norma ou disposição judicial que pudesse infringir estes interesses, os quais estão recepcionados na CRFB/1988, será inconstitucional. (MADALENO, 2013).

Os filhos procedentes da dissolução/divórcio/lide, já erguidos à qualidade de sujeitos de direito e protegidos, especialmente pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ganham, com o ordenamento jurídico vigente, importância e tratamento exclusivo, os quais são garantidos para que se possa ter uma concepção plena de desenvolvimento e concretização pessoal. (PENA JÚNIOR, 2008)

Com a conquista do melhor interesse da criança e do adolescente, Pereira (2008, p.169) ainda, reflete sobre as transformações que as famílias vêm tendo principalmente em relação à guarda:

A família quando transforma e foge ao modelo tradicional, fica suscetível a toda uma sorte de interferência e, muitas vezes, encontra-se vulnerável a ataques, e a mecanismos diretos e indiretos da vigilância e punição. E assim se deu, e muitas vezes se dá, com as famílias transformadas e as questões relativas à guarda.

Neste mesmo ponto de vista, a guarda não prejudica o poder familiar dos pais em relação a prole, senão, quanto ao direito de os primeiros terem sua companhia os segundos (CC art. 1.632). É competência dos genitores ter os filhos em sua companhia e custódia, e não simplesmente em uma companhia física, mas uma afinidade de convívio que não somente incorpore exclusivamente o espaço físico do filho em relação com seu genitor, mas que nesse clima também prevaleça uma afinidade de cuidado vinculando ascendentes e filho com ligações de adequada e infinita comunhão de um fraternal amor. Os homens estão certamente incumbidos de velar por seus filhos na acepção mais extensa da expressão. Os genitores têm o

dever, e não a mera faculdade de ter seus filhos menores em sua companhia. (MADALENO, 2013).

Em uma reflexão coerente, pode-se destacar que habitualmente a guarda era abordada como um direito subjetivo a ser conferido a um dos pais na dissolução conjugal, por outro lado o direito de visitas concedido a quem não fosse prestado esse caráter de benefício, incluiria a obrigação de a ela se sujeitar. Conseqüentemente, acaba-se por alterar o instituto da guarda, afastando-lhe a função fundamental de proteger o melhor interesse da criança e do adolescente. Tal concepção, entretanto, claramente movida na dogmática do direito subjetivo, competente das relações patrimoniais, transforma-se ainda mais imprópria quando a lei leva em consideração o comportamento (culpa ou inocente) dos genitores antes da dissolução como juízo crítico para a instituição da guarda (TEPEDINO, 2004).

Diante da dissolução conjugal e dos reflexos frente aos filhos em relação a forma de guarda compartilhada se transforma o sistema parental por excelência, o qual melhor tem se adequado aos interesses da prole após a separação dos genitores. Pelo aspecto essencial da construção das relações parentais e da convivência saudável e harmoniosa com ambos, a custódia compartilhada não apresenta prejuízos de menções, e nem problemas de afinidade, pois os assuntos importantes podem ser resolvidos com o amadurecimento emocional indispensável. (SILVA, 2013).

Realizados os apontamentos acerca da dissolução da entidade familiar, observa-se adiante uma análise da aplicabilidade do compartilhando da guarda no direito de família.

3 O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA DOS FILHOS E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA.

Conforme mencionado previamente, o instituto da guarda compartilhada demonstra ser a principal ferramenta no que tange ao melhor interesse da criança e do adolescente após a ruptura conjugal.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

11

Neste cenário, ao discorrer sobre o instituto, Silva e Neto (2011, p. 64) trazem algumas considerações importantes:

Participar, compartilhar, partilhar, compartilhar. Palavras que indicam uma ação. Em se tratando de guarda de filhos, diretamente envolvidos estão os direitos fundamentais de criança e adolescentes. Assim sendo, o compartilhamento da guarda não pode ser reduzido à sinonímia dos dicionários, enquanto meras palavras esvaziadas de intenções reais, ou servir de “pano de fundo” para tendenciosas negociações por parte daqueles que, sob o manto de supostas intenções conciliatórias, objetivam alcançar compensações pessoais ou exclusivamente materiais.

Tem-se dessa forma, que no atual modelo familiar, o instituto de guarda unilateral tem se apresentado ineficaz, principalmente pela ausência de harmonia com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o da equidade entre os genitores. Como, por exemplo, explicar para a prole que, por motivo da dissolução de seus pais, eles irão passar a viver apenas com um deles, se o convívio familiar é um direito essencial acoplado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente? E a equidade entre os genitores – princípio fundamental que se revela desde o começo da relação afetiva – não existirá mais com a dissolução do casal, bem como da permissão da guarda da prole a apenas um dos pais? Se o poder familiar compete aos genitores, porque não permanecerem os dois, concomitantemente, com este encargo? (PENA JUNIOR, 2008).

Na ocasião em que os cônjuges constituem laços plenos de vida, que se desenvolve pelo casamento, ou pela união estável, a prole vive em companhia de ambos. Sobrevindo a separação, é necessário procurar uma nova abertura para que a criança e o adolescente possam continuar a progredir, sem detrimento qualquer à sua estrutura psicológica, física e emocional. (PENA JUNIOR, 2008).

Com o instituto do compartilhamento da guarda, ocorreram profundas mudanças as quais asseguraram a ambos os pais a obrigação conjunta, atribuindo-lhes de forma igual à prática dos direitos e deveres atinentes à autoridade parental. Não mais se restringe ao não guardião a fiscalização, o sustento e educação da prole quando sob a guarda do outro (CCB/2002 1.589). Ambos os genitores

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

12

continuam com todo o emaranhar de ônus que emanam da autoridade familiar, sendo imposta à pena de multa se atuarem dolosa ou culposamente (ECA 249). (DIAS, 2008).

Cabe destacar que a guarda compartilhada foi legalmente inserida no ordenamento jurídico por meio da Lei 11.698/2008, modificando os artigos 1583 e 1584 do CCB/2002, restando a critério do juiz a aplicação, sempre que possível. Entretanto com a sanção da Lei 13.058/2014, a qual entrou em vigor no dia 22.12.2014, modificações ocorreram nos artigos 1583, 1584 e 1585 da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer o significado da expressão guarda compartilhada e dispor sobre a sua aplicação, tornando a guarda compartilhada obrigatória.

Neste passo, o novo conceito de guarda versa sobre a condição de direito de uma ou mais pessoas, por decisão legal ou judicial em sustentar a criança e o adolescente sob sua dependência sócio-jurídica, carecendo ser, regra, compartilhada quando houver ambos os pais, ainda que separados. (FREITAS, 2015).

Outrossim, na guarda compartilhada não existem separações rigorosas de papéis (um só que provém e o outro só que cuida), mas sim o compartilhamento dos afazeres atinentes ao sustento e zelo com os filhos menores; nenhuma decisão poderá ser adotada sem a informação e a concordância dos genitores; ambos se tornam conhecedores de convívio igualitário não sendo mais adstritos a meras “visitas” quinzenais, em horários severamente determinados por sentença judicial, para que as crianças e adolescentes possam usufruir da presença e do convívio com familiaridade de ambos os genitores e de tal modo que evite a impressão de abandono e o conseqüente desinteresse ao pai distante, como acontece nos modelos clássicos de visitas quinzenais. (SILVA, 2013).

Dessa forma, preocupou-se o legislador com a necessidade do convívio dos pais com os filhos de maneira que seja distribuído de forma equilibrada, pois deve ser analisado sempre as condições fáticas do filho em prol do seu melhor interesse, o que infere-se na nova redação do artigo 1.583, §2º da Lei 13.058/2014. “O

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

13

equilíbrio não deve ser matemático e sim afetivo” (CHERULLI, 2015, p. 4).

Ainda, outro aspecto a se levar em consideração é a moradia dos filhos, artigo 1.583, §3º, que será aquela que melhor atender os interesses da prole, pois em contrapartida ao juízo transmitido pelo senso comum, de que duas moradias podem trazer danos à criança e ao adolescente, “estudos comprovam que a referência mais importante não é geográfica, e sim familiar”, pois, ao se ter o consentimento que ambas as residências dos pais é o seu lar gera à criança e ao adolescente um sentimento de conforto, independente da guarda ser conjunta ou individual. (MARGRAF, 2015, p. 6).

Em relação a guarda, existe um apelo à equidade judicial, pois o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá, se for necessário, basear-se em orientação técnico-profissional, por exemplo, de assistente social, psicólogo ou de equipe interdisciplinar de acordo com as alterações da Lei 13.058/2014 (art. 1.584, §3º) levando sempre em apreciação o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, averiguando certas situações: “conduta dos pais, relação de afinidade psicológica, integridade física e mental, local da residência e da escola, padrão de vida, disponibilidade de tempo, melhores condições sociais etc.”. Carecerá avaliar a ambos os pais, sem esquecer-se de ouvir a criança ou o adolescente, parentes e pessoas vinculadas aos genitores, pois se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda dos genitores, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida levando em consideração a preferência em relação ao grau de parentesco, a afinidade ou a afetividade com a criança e o adolescente, (art. 1.584, § 5º). (DINIZ, 2015, p. 3).

Por conta disso, o juiz tem o dever de explicar aos genitores sobre a definição da guarda conjunta, expondo que essa traz mais privilégios a ambos, pois faz com que eles permaneçam presentes de maneira mais intensa na vida da prole, ao passo que permite de maneira efetiva a duração da vinculação mais rigorosa de ambos os genitores no desenvolvimento e educação dos filhos, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda da prole é a reprodução mais sincera do que se percebe por poder familiar. A cooperação no processo de

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

14

desenvolvimento absoluto da prole induz a pluralização da incumbência dos encargos verdadeiros para que se possa ter uma democratização de anseios. (DIAS, 2008).

Nesta mesma perspectiva, na falta de acordo entre os pais, em regra, será determinada a guarda conjunta. Ocorre que por vezes, a guarda não é devidamente compreendida pelas partes e operadores do Direito. O compartilhar das obrigações não procede na alternância de residências, uma vez que tal espécie resultaria a generalização da guarda alternada que nem mesmo tem previsão na legislação jurídica. Nesse passo, deve ser fixada a moradia da prole, ou seja, o lugar onde ele desempenhará suas atividades habituais, pois se trata de um núcleo eficaz para constituição da sua identidade e desenvolvimento saudável. (SANTOS, 2015).

Como já referido, devido a falta de conhecimento a respeito da modalidade da guarda compartilhada, muitas pessoas acabam confundindo o seu conceito, e por vezes recusam-se a aceitá-la por acharem ser uma modalidade de guarda alternada, na qual a criança fica períodos alternados com cada um dos pais. (SILVA, 2013).

Na guarda conjunta, antes mesmo de tornar-se lei, também já se falava sobre os reflexos que poderiam ocorrer nas relações alimentares, se de fato haveria ou não. Cabe resaltar que independente do modelo de guarda imposto, haverá sempre o dever dos pais em prestarem alimentos à prole, independente da modalidade, isto em decorrência do exercício indelegável do poder familiar. (FREITAS, 2015).

Desta forma, conclui-se que a aplicabilidade da guarda compartilhada não extingue a obrigação alimentar, pois mesmo a prole tendo o tempo de convívio distribuído de maneira equilibrada entre os genitores, ela ainda necessita de sustento que atenda a educação, vestuários, despesas médicas e tudo o que for necessário para o seu desenvolvimento, nas proporções e condições dos pais. (CHERULLI, 2015).

A propósito, em uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, percebe-se nitidamente a importância da guarda compartilhada no que diz respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente:

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

15

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. [...]. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. [...]. Recurso desprovido (Agr. de Instrumento Nº 70063464135, 7ª Câm Cível, TJRS, Rel. Sérgio F. de Vasconcellos Chave, J: 25/03/2015).

Também no âmbito do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Metodista de Santa Maria, em recente decisão do processo sob o nº 027/1.15. 0001452-4, o qual tramita na 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santa Maria - Ação de Divórcio c/c Guarda e alimentos -, em relação a guarda o Juiz impôs a realização de estudo social, o qual segue o parecer abaixo:

[...] Por ocasião da separação os pais fizeram algumas combinações para propiciar o convívio com a mãe, inclusive acertando que a guarda seria compartilhada. O menino conseguiu se adaptar à sistemática adotada pelos pais. Os pais têm condições de exercer a guarda compartilhada, uma vez que há capacidade de diálogo entre eles, embora no momento menos frequente, bem como avalia-se necessário que a mãe permaneça acompanhado as situações diárias do menino, tendo em vistas as distintas concepções religiosas. [...]

Porém, após o referido estudo social, o juiz deferiu os efeitos antecipatórios da tutela a fim de conceder ao genitor a guarda provisória do filho, proferindo assim, que a medida irá apenas regularizar a situação fática já existente, resguardando à mãe a livre visitação do filho. Em ato contínuo, a genitora F.W⁵ contestou a presente ação e interpôs recurso de Agravo de Instrumento ao MM Juízo *ad quem* para que não fosse acolhido o pedido da guarda provisória unilateral, obtendo decisão favorável, determinando que a guarda seja compartilhada, reformando assim

⁵ Iniciais de nomes, em atenção ao disposto no art. 189, II do CPC, que determina o segredo de justiça.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

16

decisão interlocutória do Juízo *a quo*, conforme o agravo de instrumento nº 70065713703:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. DEFINIÇÃO JURÍDICA DE AJUSTE JÁ IMPLEMENTADO FATICAMENTE. O estudo social determinado para subsidiar a decisão acerca da guarda provisória revela que os litigantes organizaram livremente a convivência de ambos com a criança, que ficou na residência da avó paterna, onde o casal habitava, bem como em sua conclusão manifesta que eles têm condições de exercer a guarda compartilhada. Assim, neste momento se recomenda estabelecer a guarda na modalidade compartilhada, pois esta definição jurídica vai ao encontro e consolida o que já vinha acontecendo faticamente. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70065713703, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 03/09/2015).

Conforme o exposto, é possível aduzir que a decisão de segundo grau vai ao encontro com o que foi abordado no laudo social realizado no curso do processo em primeira instância. Neste contexto, a guarda restou compartilhada, pois a criança já estava adapta com toda a situação supramencionada, além de que o mínimo de diálogo existente entre os genitores possibilitava a aplicação do referido instituto. Assim é possível concluir que nessa decisão prevaleceu o princípio do melhor interesse do melhor interesse da criança e do adolescente.

Isso reforça a ideia que a guarda compartilhada rompe o legado de distintas ocasiões de uma rigorosa separação de papéis e encargos. Esse novo paradigma da guarda aponta o compartilhar das responsabilidades no dia a dia do indispensável convívio em períodos que não mais a genitora tem a exclusividade na criação da prole. Além do melhor interesse dos filhos, essa modalidade busca também atender a uma verdadeira reivindicação dos genitores que encontraram a realização em desempenhar os cuidados parentais. (PEREIRA, 2008).

Realizados os apontamentos em relação à aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, pertinente se mostra a análise em relação a sua obrigatoriedade.

4. A (IN)EFICÁCIA DA COMPULSORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO.

Com a edição da nova lei da guarda compartilhada - Lei n. 13.058/2014 -, pode se destacar que, além de o compartilhamento passar a ser regra na legislação jurídica, de forma expressa, o juiz, conforme o que pronuncia a nova redação do art. 1.584, §2º do CCB/2002⁶, deverá aplicar a guarda conjunta mesmo sem a concordância dos genitores, estando ambos capazes a cumprir o poder familiar, “salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho”. (ROSA, 2015).

A guarda compartilhada busca fazer com que os genitores, mesmo convivendo em habitações distintas, prossigam sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção da prole, e a acompanhem de forma responsável pela absoluta formação dos filhos, ainda que estejam separados, obrigando-se a obterem da melhor forma possível seus encargos parentais. A guarda conjunta exige dos pais uma cautela de ponderação, incumbidos à tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não qualquer ocasional interesse egoísta dos genitores. Deve ser incluído como indissociável pré-condição um harmônico convívio dos pais; como a de um casal que, apesar de terem perdido a sua harmonia afetiva pela desilusão da dissolução, não se desagregou da sua função de integral realização parental, ao preocupar-se em dar prioridade ao constitucional interesse dos filhos e alcançar no plano real a felicidade da prole. (MADALENO, 2013).

Nesta perspectiva, a separação dos vínculos afetivos não chega a cindir os direitos e deveres em relação à prole. A quebra dos laços conjugais dos pais não deve afetar o prosseguimento dos vínculos parentais, pois a prática do poder de família em nada é comprometida pela dissolução. É imprescindível conservar os

⁶ Art. 1.584 – [...]

[...]

§2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

18

laços de afeto diminuindo as sequelas que a dissolução ocasiona na prole. Compartilhar a guarda da prole vai muito além da garantia que ela terá pais de forma igual empenhados na execução dos deveres pertencentes ao poder de família. (DIAS, 2008).

Desta forma, a guarda conjunta prioriza o melhor interesse da criança e do adolescente e a equidade dos gêneros no exercício da parentalidade, de modo que se possa ter uma resposta mais eficaz à continuidade da afinidade dos filhos com os genitores após a dissolução conjugal. De maneira que os pais separados possam exercer conjuntamente a autoridade parental, como exerciam na constância da união conjugal ou de fato. (GRIZARD, 2014).

Neste sentido, em relação aos genitores, a guarda conjunta proporciona várias vantagens. Além de conservá-los guardadores e lhes oferecer a tomada de decisões conjunta atinentes ao destino da prole, dividindo os afazeres e os encargos, privilegiando o prosseguimento das relações entre ambos, minimiza a lide entre os genitores, diminuindo os sentimentos de culpa e frustrações por não cuidar da prole, ajuda-os a alcançar os desígnios de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais dos filhos. (GRIZARD, 2009).

Observa-se em uma jurisprudência do Rio Grande do Sul a aplicação da Lei 13.058/2014 da guarda compartilhada, na qual o relator além de enfatizar o princípio do melhor interesse da prole após uma dissolução expõe o dever do judiciário de assegurar esta realidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada [...] (Agr. Nº 70063573299, 8ª Câmara Cível, TJ/RS, Rel: Alzir Felipe Schmitz, J. 23/04/2015)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

19

Dessa forma, definir a guarda única como regra geral de procedimento é reduzir os cuidados próprios do poder familiar daquele pai a quem não foi concedida a guarda e denota um prejuízo ao desenvolvimento da personalidade da prole que se vê afastado de um dos pais. A guarda unilateral deve ser imposta em regime de exceção, quando um dos pais ou ambos mostrarem comportamentos conflituosos, por motivo da recisão afetiva, não devem servir de fundamento desse modelo, pois o lugar ideal para a resolução do fim da relação e suas consequências é nas clínicas de psicoterapia. (THOMÉ, 2013).

Nesta mesma ótica, existem numerosos estudos psicológicos consentindo que a guarda unilateral em relação litigiosa entre os genitores não dá certo. Pois, quando nessa situação, cada um dos genitores, sobretudo o guardião vai tratar a prole como “propriedade privada”, “objeto de posse”, no temível binômio da visita e da pensão, comprometendo o desenvolver da prole na comovente estrutura das relações parentais. Ademais, se um dos genitores ou até mesmo os dois, já conhecem previamente que o magistrado não irá outorgar a Guarda Conjunta, poderá não haver empenho em desprender da circunstância do conflito, perdendo a chance de acontecer um amadurecimento e desenvolvimento do vínculo parental. (SILVA, 2013).

Em contrapartida, muitos doutrinadores e juízes entendem que a guarda compartilhada somente será eficaz se houver consenso e diálogos entre os casais separados, pois para eles apenas desta forma poderá atender o melhor interesse da criança e do adolescente. Percebe-se que mesmo após a edição da Lei 13.508/2014, que tornou obrigatório o convívio igualitário entre filhos e pais separados, também nos casos em que não há consenso entre o ex-casal, ainda são vistas jurisprudências que não estão aplicando a nova lei, conforme citação abaixo:

AGRAVO INTERNO. [...]. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. [...] 1. [...]. Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse do infante. Mostra-se correta a decisão que indeferiu o pedido de guarda compartilhada, diante da tenra idade da criança. Para que a guarda

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

20

compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito e, especialmente pela idade do filho, a guarda compartilhada é totalmente descabida. [...]. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, Agr. Nº 70064529365, 7ª Câmara Cível, Rel. Liselena Ribeiro, J. 29/04/2015)

Em concordância com o indeferimento de guarda compartilhada em casos litigiosos, a guarda conjunta implica o acordo e a comunicação, não podem desempenhá-la casais separados e sem qualquer afinidade de diálogo e de entendimento, em famílias complexas; primeiramente necessitam admitir a solução de suas diversidades pessoais e dos ressentimentos que tenham deixado sequelas, rompendo mágoas a tempo de adotarem o modelo da guarda compartilhada pela plena harmonia de estarem decidindo o melhor para seus filhos. Dessa forma, somente é possível a guarda compartilhada por harmonia, nas ações conciliáveis de separação, eis que somente por concordância dos pais será admissível aplicar a guarda conjunta, e de todo factível no conflito, com os pais em litígios, bem como acarretaria contra o bem-estar psicológico e emotivo dos filhos, deixando de ter a prole seus referenciais, ocasionando dificuldades legítimas de adaptar-se, permanecendo eles desorientados em um meio de debates insanos e de duplo domínio dos genitores, que só apresentarão olhares para estabelecerem uma afinidade de amor monoparental da prole. (MADALENO, 2013).

Desta forma, no que diz respeito à aceitabilidade da guarda, diversos são os atributos determinados. Em uma relação entre os pais separados é necessário que se tenha um ambiente adequado, de forma que se possa ter um entendimento maduro, com diálogo e compreensão. Indispensável que se prevaleça o consenso, para que os pais possam discutir e tratar as questões relativas à educação e formação, pois na existência de um clima litigioso seria inviável exercer esse tipo de guarda. A maioria das dissoluções são acompanhadas de mágoas e ressentimentos, que muitas vezes são usados de desculpas para atingir um ao outro, até mesmo com a utilização dos filhos. Não existindo, desta forma, clima próprio e civilizado,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

21

demonstra não ser viável que a guarda compartilhada seja concedida. (RIZZARDO, 2014).

Nesse passo, o que acontece reiteradamente é a recusa à guarda conjunta, especialmente por parte das genitoras, baseando-se em costumes que transcorrem os grupos na sociedade. Observam constantemente as experiências das famílias ao redor do seu convívio, sem levar em conta as particularidades das pessoas que servem de exemplos, uma vez que cada conjunto de família tem uma história peculiar. Além dessas lamentações, nem reconhecem muito bem o que não almejam para si, despontando, diversas vezes, ocorrência da alienação parental. (BARBOSA, 2014).

O termo alienação se refere a situações em que um dos pais faz alterar a percepção que a criança e o adolescente têm sobre o outro pai, com o intuito de separá-los. Isso ocorre em geral após a dissolução conjugal e como uma forma de vingança do ex-cônjuge, seja por ter sido abandonado, traído ou fracassado em relação à vida conjugal. (MIGUEL, 2015).

Neste paradigma, a aplicação da guarda conjunta como regra geral é uma poderosa ferramenta para garantir o progresso inverso à alienação parental, dificultando essa prática corriqueira e odiosa. (CHERULLI, 2015).

Por conta disso, a opção pela guarda conjunta como regra, mesmo entre pais em litígio, é um fator de política legislativa que todos devem respeitar, mesmo com opiniões adversas. Além disso, deve-se compreender que essa escolha não é fruto do acaso ou de posição eventual e irreal do legislador, mas baseada em conclusões extraídas de profundos estudos, recuados para o ideal na concepção, instauração e prevenção da saúde mental, emocional e física das crianças e dos adolescentes, num mundo caracterizado pelo pluralismo, pela diferença e pela complexidade nas afinidades humanas. (MIGUEL, 2015).

Nesta ótica, o exercício da guarda conjunta constitui-se, conseqüentemente, em uma atitude de consciência e de maturidade por parte dos genitores na ocasião de sua aplicação, assim como a autêntica disposição de desempenharem eles quando for constituída. Mesmo que discordem enquanto casal e conservem mágoas

mútuas, o não sucesso de sua história própria jamais poderá inculcar nas relações de afinidade com a prole e no exercício da autoridade parental, que propuseram ser conjuntamente exercida em prol do desenvolvimento sadio e pleno de sua prole. (SILVA e NETO, 2011).

Assim sendo, as dificuldades para implementar a guarda conjunta não podem mais ser evocadas como impedimento genérico à sua determinação. Ao contrário, o juiz, o membro do Ministério Público e toda a equipe interdisciplinar devem trabalhar sempre no intuito de superar os óbices que possam aparecer na prática e só no insucesso dessa tentativa, que exigirá determinado período e disponibilidade, é que se exemplificará a abdicação da tentativa. (MIGUEL, 2015)

A chave para uma guarda conjunta é o diálogo entre os genitores. Até mesmo quando não existem grandes cordialidades entre os genitores, é admissível ainda a guarda conjunta. Como explanado, é imprescindível ao menos um pouco de afinidade e amadurecimento para afastar as divergências obtidas no relacionamento pessoal e nas funções dos pais. Ainda que desconexos, os genitores ao se esforçar para conectar empenhos em prol dos filhos, sem dúvida lograrão acerto. O êxito não será sempre uma constante, todavia, existirá o mínimo de falhas e uma responsabilidade menor do sentimento de culpa entre os genitores quando a guarda for compartilhada. (FREITAS, 2015).

Tendo em vista os assuntos que foram abordados, pôde-se perceber que com a evolução da família, a mesma sofreu várias mutações as quais ocasionaram reflexos na sociedade como um todo, principalmente diante das rupturas conjugais. Diante deste cenário, vem à tona a discussão da guarda que atenda o melhor interesse da criança e do adolescente, surgindo à guarda compartilhada como alternativa para suprir esta necessidade, apresentando-se como ótima ferramenta para a criação da prole após a dissolução conjugal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

23

O presente artigo inicialmente abordou sobre a contextualização da família brasileira a partir da segunda metade do século passado até a contemporaneidade, em relação aos reflexos das mudanças que ocorreram na sociedade brasileira frente aos novos modelos familiares, que diante da separação conjugal se deparam com a discussão da guarda do(s) filho(s). Ainda, abordou sobre o instituto da guarda compartilhada e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro em prol do melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste viés, discutiu-se a respeito da obrigatoriedade da guarda conjunta por força de lei, surgindo questionamentos quanto à eficácia da compulsoriedade da guarda nos casos em que há litígio entre os casais. De fato, percebe-se que, apesar do assunto ainda ser um tanto quanto novo, o debate da compulsoriedade da guarda compartilhada merece maior ênfase, tanto no meio jurídico, mas principalmente no meio social, até porque muita confusão existe nesse instituto.

Pode-se perceber que o instituto da guarda compartilhada é uma excelente ferramenta para o melhor interesse na criança e do adolescente, a qual tornou-se compulsória, porque objetiva o superior interesse da criança e não o conflito dos pais. Como o próprio nome já diz, na guarda conjunta existe o compartilhamento dos afazeres entre os genitores em relação ao sustento e zelo com a prole. Assim, faz com que a prole não seja objeto de disputa dos genitores, que em muitas vezes, após a dissolução conjugal utilizam dos filhos para se vingar um do outro. Desta forma, o compartilhar da guarda contribui de maneira significativa para a diminuição da alienação parental.

Observa-se no presente trabalho, que os obstáculos para a implementação da guarda compartilhada não podem mais ser motivos de empecilho para a sua aplicação. Pelo contrário, os juízes devem esgotar todas as possibilidades, no intuito de superar os óbices - e só no insucesso desta tentativa, que demanda tempo e equipe especializada, ou se for constatado que o genitor não tiver capacidade ou que o mesmo declare não querer a guarda - é que elucidará o abandono da tentativa.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

24

Entretanto, o que se vê em alguns processos jurídicos é o não esgotamento das prerrogativas da aplicação da guarda conjunta. Há casos inclusive de bom diálogo entre os pais, mas não aceitabilidade por parte do juiz para aplicá-la. Com isto, a sociedade de uma maneira geral precisa estar atenta para que a nova lei da guarda compartilhada não se torne apenas uma “letra morta” no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas o que acontece é que boa parte da sociedade desconhece o que vem a ser verdadeiramente a guarda conjunta. Há por diversas vezes uma confusão ao entender que a guarda compartilhada trata-se da guarda alternada, a qual nem se aplica no ordenamento jurídico brasileiro. Para que se possa tornar a lei da guarda compartilhada eficaz, a sociedade carece de mais informações como, por exemplo, de cartilhas, de noticiários, ou qualquer outra forma de divulgação que venha dar esclarecimento para a população em geral.

Diante do exposto, para que a guarda compartilhada seja efetivamente aplicada entende-se que deve haver o mínimo de diálogo entre os pais, com imprescindível, amadurecimento dos genitores ao compreender que o norte nesse conflito é o melhor interesse da criança e do adolescente e não o seu luto conjugal, fazendo do(s) filho(s) um meio de atingir o outro genitor, outro cônjuge/companheiro.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

25

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Instituto dos Advogados de São Paulo. Porto Alegre: LexMagister, 2014. Bimestral.

BRASIL, **Código Civil**. Lei 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 22 out. 2015.

_____. 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm > Acesso em: 26 out. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento Cível nº 70063464135-RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Julgado: 25 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=A%C3%87%C3%83O+DE+DISSOLU%C3%87%C3%83O+DE+UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL.+GUARDA+COMPARTILHADA.+LIT%C3%8DGIO+ENTRE+OS+PAIS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 29 Mai. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento Cível nº70065713703 Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 03/09/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70065713703&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso 25 out. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento Cível nº 70063573299-RS. Relator: AlzirFelippeSchmitz. Julgado: 23 de Abril de 2015. Disponível em: <<http://WWW.tjrs.jus.br/busca/search?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+A%C3%87%C3%83O+DE+SEPARA%C3%87%C3%83O%2C+GUARDA+E+ALIMENTOS.+PEDIDO+DE+ALTERA%C3%87%C3%83O+DA+GUARD>>

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

26

A+UNILATERAL+PARA+A+GUARDA+COMPARTILHADA+COM+BASE+NA+LEI+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site &w c= 200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF 8&ud=1 &lr= Lang _pt&sort= date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=A%C3 % 87 %C 3% 83 O+D E+DI SSOL U%C3%87%C3%83O+DE+UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL.+GUARDA+COMPAR TILHADA.+LIT%C3%8DGIO+ENTRE+OS+PAIS&site=ementario&as_epq=&as_oq= &as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em:29 mai.2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Agravo de Instrumento Cível nº 70064529365-RS. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro : Julgado: 29 de Abril de 2015.Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=AGRAVO+INTERNO.+%5B...%5D.+A%C3%87%C3%83O+DE+DISSOLU%C3%87%C3%83O+DE+UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL.+GUARDA+COMPARTILHADA.+ALIMENTOS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+A%C3%87%C3%83O+DE+SEPARA%C3%87%C3%83O%2C+GUARDA+E+ALIMENTOS.+PEDIDO+DE+ALTERA%C3%87%C3%83O+DA+GUARDA+UNILATERAL+PARA+A+GUARDA+COMPARTILHADA+COM+BASE+NA+LEI+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 29 Mai.2015.

CHERULLI, Jaqueline, **Cartilha Guarda Compartilhada.** Mato Grosso: Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade muito bem vinda! Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 29 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21208&seo=1>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Guarda: novas diretrizes. **Revista de direito civil contemporâneo.** Vol.3/2015| p.207-212| abr-jun/2015.Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150aa47d183185927d3&docguid=l332791c0f87911e4b81f010000000000&hitguid=l332791c0f87911e4b81f010000000000&spos=4&epos=4&td=52&context=7&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 out. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito constitucional à família** (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n. 3, 2002. Disponível em:

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

27

<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22426/direito_constitucional_familia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 out. 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **A nova guarda compartilhada**. 2. ed. Florianópolis: voxlegem, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARGRAF, Alencar Frederico. Guarda compartilhada: uma tentativa de diminuir a alienação parental. **Revista de Direito Privado**. Vol. 61/2015| p.249-272| jan-mar/2015. Disponível em:

<<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150aa48cc4bc0c5fcee&docguid=l62ca6230d38111e489c4010000000000&hitguid=l62ca6230d38111e489c4010000000000&spos=9&epos=9&td=52&context=23&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 out. 2015.

MIGUEL, Jamil. **A guarda compartilhada agora é regra**: comentários à lei 13.058/2014. Campinas, SP: Millennium Editora, 2015.

PENA JR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSA, Conrado Paulino Da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Revista Consultor Jurídico**, 02 Fevereiro de 2015. 8h10. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/mp-debate-guarda-compartilhada-nao-mesmo-alternancia-residencias>> Acesso em: 04 de Maio 2015.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

28

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia no direito nas questões de família e infância.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; NETO, Theodureto de Almeida Camargo. **Grandes Temas e Direito de Família e das Sucessões.** São Paulo: Saraiva 2011.

TEPEDINO, Gustavo. "**A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.**" *Afeto, ética, família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey (2004): 309.

THOMÉ, Liane Maria Busnelo. "**Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais.**" *Direito contemporâneo de família e das sucessões: Estudos jurídicos em homenagem aos 20.* Ano 2 (2013), nº 14. Disponível em <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17637_17663.pdf> Acesso em: 20 out. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 14ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.