

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**GUARDA COMPARTILHADA: DOS LIMITES DA IMPOSIÇÃO JUDICIAL
EM FACE DO CONSENSO ENTRE OS PAIS**

THAMARA DE CARVALHO LESSA MIRANDA

**Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE**

THAMARA DE CARVALHO LESSA MIRANDA

**GUARDA COMPARTILHADA: DOS LIMITES DA IMPOSIÇÃO JUDICIAL
EM FACE DO CONSENSO ENTRE OS PAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr^a. Cristina Gomes Campos de Seta.**

**Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

M342.1
6g Miranda, Thamara de Carvalho Lessa
Guarda Compartilhada: Dos limites da imposição
judicial em face do consenso entre os pais. /
Thamara de Carvalho Lessa Miranda. -- Rio de
Janeiro, 2017.
62 f.

Orientadora: Cristina Gomes Campos de Seta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Guarda Compartilhada. 2. Imposição judicial.
3. Métodos consensuais. 4. Poder familiar. I. Seta,
Cristina Gomes Campos de, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

THAMARA DE CARVALHO LESSA MIRANDA

**GUARDA COMPARTILHADA: DOS LIMITES DA IMPOSIÇÃO JUDICIAL
EM FACE DO CONSENSO ENTRE OS PAIS.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr^a. Cristina Gomes Campos de Seta.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE**

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Este trabalho pretende analisar a guarda compartilhada, instituto de proteção dos filhos, no tocante à guarda compartilhada como fruto de deliberação consensual do par parental ou de decisão judicial, de modo que, desde já, fica clara a inserção do tema na área do Direito das Famílias. O tema possui como questão central a proposta de aprofundar os conhecimentos sobre o referido instituto e sua aplicação, trazendo a baila mecanismos da autocomposição contrapostos à imposição judicial, com o fim de analisar a eficácia desse instituto em suas formas de aplicação..

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; métodos consensuais; imposição judicial; mediação.

SUMMARY AND KEYWORDS

This work intends to analyze the shared guard, institute of protection of the children, regarding the shared guard as a result of consensual deliberation of the parental pair or of judicial decision, so that, from now on, it is clear the insertion of the subject in the area of the Law of the Families. The central theme of the theme is the proposal to deepen the knowledge about this institute and its application, bringing to the fore mechanisms of self-determination, as opposed to judicial imposition, in order to analyze the effectiveness of this institute in its forms of application.

Keywords: Shared Guard; Consensual methods; Judicial imposition; mediation.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
1.PODER FAMILIAR.....	11
1.Digressão histórica: do pátrio poder ao poder familiar.....	11
2.Conceito de Poder Familiar	12
3.Atributos do Poder Familiar	13
2.GUARDA.....	15
4.Conceito – evolução do instituto da guarda na legislação brasileira.....	15
5.Modalidades.....	18
5.1.Guarda comum, desmembrada e delegada	18
5.2.Guarda originária e derivada	19
5.3.Guarda de fato	19
5.4.Guarda provisória e definitiva. Guarda única. Guarda peculiar.....	19
5.5.Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários.....	20
5.6.Guarda jurídica e guarda material	21
5.7.Guarda alternada	21
5.8.Aninhamento ou nidacão	21
5.9.Guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta	21
3.GUARDA COMPARTILHADA.....	23
6.Evolução normativa do instituto no direito brasileiro.....	23
7.Um olhar da psicanálise com o direito – a guarda dos filhos na família em litígio	34
8.Análise acerca da efetividade do instituto.....	36

<u>4.DOS LIMITES DA IMPOSIÇÃO JUDICIAL EM FACE DO CONSENSO ENTRE OS PAIS</u>	<u>38</u>
<u>9.Métodos consensuais: conceito e importância.....</u>	<u>38</u>
<u>10.Modalidades: conciliação, mediação, arbitragem, constelação.</u>	<u>38</u>
<u>11.O impacto causado na aplicação dos métodos alternativos nas ações de Guarda.....</u>	<u>39</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>41</u>
<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>41</u>

INTRODUÇÃO

A relevância do estudo da guarda (convivência familiar) compartilhada consubstancia-se no fato de tal instituto amparar, precipuamente, o melhor interesse da criança, como também preservar as relações afetivas, independente da configuração que a entidade familiar constituir, posto que representa núcleo básico e essencial de qualquer sociedade, bem como núcleo estruturante e estruturador do sujeito. Vislumbra-se, desse modo, a importância do referido tema sob a perspectiva de um Direito mais rente à realidade da vida, mais sensível ao caso concreto e suas peculiaridades e, sobretudo, mais retributivo e menos punitivo.

Ainda, o estudo mostra-se interessante em virtude de apresentar uma mudança de paradigma ao se vislumbrar nos métodos consensuais de solução de conflitos a via prioritária para a resolução do litígio, ao passo que, consuetudinariamente, se atribuiu ao juiz o papel de dirimir conflitos familiares, detentor da primeira e última ratio. Uma das razões que explicam tal mudança consiste no movimento de intervenção mínima do Estado nas relações familiares, passando as partes a ter autonomia na solução de seus conflitos, com a chancela do Judiciário.

Para tanto, no capítulo 1 do presente estudo, será abordada a conceituação do Poder Familiar, instituto inerente à guarda, posto que esta constitua atributo daquele. No capítulo 2 será apresentada a evolução do instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração os aspectos históricos e sociais que contribuam para a efetivação do referido instituto. Sob esse contexto, é possível extrair do instituto certo conteúdo punitivo, que pode ser explicado historicamente, como vestígios da estrutura da sociedade patriarcal. O Código Civil de 1916, por exemplo, com claro viés punitivo, dispunha que os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente, por ocasião do desquite. Em razão disso, clamamos pela importância do instituto em voga, como instrumento constitucional de proteção aos filhos, rejeitando-se qualquer desvio a esta finalidade.

Ademais, os capítulos 3 e 4 serão destinados à análise da guarda compartilhada, sob o cotejo normativo, bem como sua aplicação pelo Judiciário brasileiro, uma vez que, de um lado, o legislador parece confundir a finalidade precípua do compartilhamento, trazendo na regulamentação características da guarda alternada, que não se aplicam à compartilhada e, por

outro lado, os operadores do Direito não utilizam efetivamente o referido instituto, apenas empregam sua fundamentação, travestindo a guarda unilateral com regulamentação de visitas por guarda compartilhada.

Para isso, com a devida autorização do Exmo. Diretor do Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania – CEJUSC do fórum regional da Leopoldina situado no Rio de Janeiro, Dr. Juiz de Direito André Tredinnick, foi realizado um levantamento das ações de guarda que tramitaram no período de outubro e novembro do ano de 2016, que receberam encaminhamento à mediação e oficina de pais, métodos consensuais os quais serão abordados no capítulo 4. Objetiva-se de tal análise verificar o grau de adoção dos métodos consensuais e a maneira pela qual se aplica o compartilhamento da guarda.

Isto porque se verifica, hoje, a intenção do constituinte em tratar com prioridade absoluta a convivência familiar. A preferência legal é pelo compartilhamento, como garantia de maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento dos filhos. O modelo de coresponsabilidade seria, no plano ideológico, um avanço. Contudo, pela análise da prática forense, tal aplicação merece ser mitigada, conforme passará, a seguir, a ser abordado.

1. PODER FAMILIAR

1. Digressão histórica: do pátrio poder ao poder familiar

A definição do conceito de guarda exige a análise prévia do conceito do poder dos genitores sobre seus filhos. Desde o direito romano até não muito tempo atrás, esse poder cabia ao homem e denominava-se pátrio poder. *Pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. Inicialmente absoluto, foi sendo atenuado para combater os abusos praticados contra os filhos.

A família para o Direito Romano consiste em um aglomerado de pessoas, clã que era chefiado pelo *pater familias*. Apenas o homem detinha a propriedade de tudo, inclusive, delegando as funções de cada membro da família. Além disso, detinha o poder sobre a vida dos membros. Desempenhava, portanto, papel de chefe, juiz e religioso. Em linhas gerais, a partir das guerras em Roma, por conquistas de terras, o exército pagava “soldo” para que as pessoas pudessem guerrear. Dessa forma, houve uma miscigenação e abertura dos clãs.

Até 1988, o homem era o chefe de família, detinha o pátrio poder. Na redação original do artigo 380 do Código Civil de 1916, atribuía-se o exercício do “pátrio poder” ao marido e, na sua falta ou impedimento, à mulher. Até 1962, a mulher, ao se casar, era considerada relativamente incapaz. De 1962 a 1988, a mulher não era considerada igual ao homem, tanto legalmente quanto socialmente. A partir de 1988, os direitos das mulheres foram igualados aos dos homens. Isso quer significar que a estrutura de família do Direito Romano perdurou até 1988, com a Constituição.

No século XX, o princípio do melhor interesse da criança, ainda que não estivesse explicitamente declarado na legislação, proporcionou a primeira mudança paradigmática nessa matéria, pela ideia de que os pais não tinham um poder, mas um dever para com os filhos, cujo cumprimento era fiscalizado pelo Estado, o que tornava até mesmo mais adequado o uso do termo “pátrio dever” e não “pátrio poder”. Esses deveres estavam elencados no artigo 384 do Código Civil de 1916 e mantiveram-se com a mesma redação até 2014 no artigo 1.634 do Código Civil de 2002. Dois merecem atenção. O primeiro continua na nova redação

do artigo 1.634 e consiste em “dirigir-lhes a criação e a educação”. O segundo consistia em “tê-los sob sua guarda e companhia” e, na nova redação de 2014, consiste em “exercer a guarda unilateral ou compartilhado nos termos do artigo 1.584”.

Algumas décadas atrás, o legislador, motivado por questões morais e religiosas, punia o cônjuge responsável pelo desfazimento da família, privando-o da guarda, entendida como convívio com os filhos, em virtude do preconceito existente de que o genitor considerado culpado era inapto ao exercício dos poderes decorrentes da condição de pai ou de mãe, além de sua presença ser considerada pernicioso, devido à sua imoralidade legalmente presumida. Nos termos da redação original do artigo 326 e seus parágrafos do Código Civil de 1916, a guarda era atribuída ao genitor inocente e, na hipótese de culpa dos dois genitores, filhos de ambos os sexos permaneciam com a mãe, mas o menino, a partir dos seis anos de idade, passava à guarda do pai. Admitiam-se disposições em contrário em casos de desquite amigável ou no melhor interesse da criança e assegurava-se ao genitor sem guarda o direito de visitas aos filhos, conforme disposto no artigo 327 do Código Civil de 1916.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) alterou o artigo 380, para definir que o pátrio poder era dos pais, exercido pelo marido com a colaboração da mulher. Modificou parcialmente a regra do artigo 326 do Código Civil de 1916, para que, em caso de culpa de ambos os cônjuges pelo fim do casamento, o melhor interesse da criança fosse mais bem atendido com a permanência dela com a mãe, salvo se, desse fato, resultasse prejuízo moral a elas. A lei 6.515/1977 estabelecia a influência da culpa na fixação da guarda. De início, o art. 9.º da Lei do Divórcio prescrevia que, no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos.

No caso de separação judicial fundada na culpa, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à dissolução, ou seja, com o cônjuge inocente (art. 10, caput). Se pela separação judicial fossem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que tal solução pudesse gerar prejuízo de ordem moral aos filhos (art. 10, § 1.º). Sendo verificado pelo juiz que os filhos não

deveriam permanecer em poder da mãe nem do pai, seria possível deferir guarda a pessoa notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges (art. 10, § 2.º, da Lei do Divórcio).

A partir do Código Civil de 2002, houve a adequação dos direitos e deveres entre cônjuges na lei ordinária por força da Constituição Federal, estabelecendo-se a igualdade entre eles, abolindo-se do texto as antigas regras de deveres do marido e deveres da mulher. Isso resultou em mais uma importante modificação paradigmática em matéria de guarda dos filhos, para que o poder exercido em face dos filhos não fosse mais exercido pelo pai, ainda que com a colaboração da mãe, mas que ambos o exercessem em igualdade de condições, denominando-se, agora, poder familiar. Defende-se o uso dos termos “autoridade parental” e “responsabilidade parental” ou até mesmo “função familiar”, uma vez que função é o exercício de poderes exercidos no interesse de quem sofre seus efeitos, e não no interesse de quem os exerce. As funções de genitores são indelegáveis e cessam somente com a maioridade civil.

Com a igualdade entre os cônjuges e a adoção do conceito de poder familiar, em substituição ao de pátrio poder, a guarda dos filhos tornou-se necessariamente compartilhada entre os genitores, ainda que, na redação original do Código Civil de 2002, inexistisse o termo “compartilhada” em qualquer de seus artigos. É, evidentemente, unilateral, quando um dos genitores não puder nem desejar exercê-lo, como nos casos de força maior, ou de suspensão ou perda do poder familiar.

2. Conceito de Poder Familiar

Encontramos diversas posições doutrinárias acerca do instituto. Lafayette Rodrigues Pereira¹ propõe que “o pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias”. No mesmo sentido, Clovis

1 PEREIRA, Lafayette. Direitos de família, p.234.

Bevilaqua² conceitua o instituto como sendo “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos”.

Pode-se perceber que, os autores supramencionados, não contemplaram a figura materna, revelando a flagrante conotação machista, que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, na qual homens e mulheres não detinham os mesmos direitos, tampouco os mesmos deveres na sociedade conjugal. Hoje, ao contrário, a mulher desfruta da mais ampla e irrestrita igualdade em direitos e deveres com a figura paterna, princípio cristalizado nos arts. 5º, I e 226, §5 da CF88 e, reiterado, no art. 1.631 da lei civil.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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.

Tomando-se a transformação da sociedade e a demanda de seus sujeitos, José Antônio de Paula Santos Neto³, estabelece que o poder familiar na sociedade contemporânea compreende “o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da minoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”, como consagrado no art. 1634 do CC, rol meramente exemplificativo, não se limitando às hipóteses ali elencadas. A titularidade do exercício dessas faculdades seria, portanto, dos pais, seja na constância do matrimônio ou não, em obediência ao princípio do melhor interesse da criança, preceituado no art. 21 do ECA.

² BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol 2, p.279.

³ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Do pátrio poder, p.55.

Nos dizeres de Waldyr Grisard Filho⁴, modernamente, há uma concepção “filho centrista, que desloca o seu fulcro da pessoa dos pais para a pessoa dos filhos, não mais como objeto de direitos daqueles, mas ele próprio (o menor) é um sujeito de direitos” e, como tal, detém prerrogativas assecuratórias da liberdade, respeito e à dignidade. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin⁵ afirma que “os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não são sujeitos passivos e, sim, no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais”.

Nesse diapasão, constata-se a evolução da perspectiva, tanto de doutrinadores, como do legislador, que num primeiro momento, concebia a prole como um bem e, conseqüentemente, destinava um tratamento equiparado ao de objetos, ao passo que, hoje, o menor é concebido como sujeito de direitos, vislumbrada sua vulnerabilidade e necessidade de proteção. Tal evolução pode ser percebida na Lei 13.257, conhecida como Lei da Primeira Infância, pela qual o legislador, dentre outras coisas, altera o ECA, enfatizando a responsabilidade compartilhada do pai e da mãe no cuidado e educação dos filhos, consoante art. 26, que altera a redação do art. 22, §único do ECA, in verbis:

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.” (NR)

Notória transformação da concepção de pátrio poder, enquanto dominação, ideal absoluto, o poder, propriamente dito, alcançando a significação de proteção, cuidado, que desvela a noção de vulnerabilidade e, inevitável, responsabilidade. Sob essa ótica, alguns doutrinadores propõem expressões que visam substituir a tradicionalmente utilizada, a saber: função parental, para Juan Carlos Reborá; poder de proteção, para Colin e Capitant e autoridade parental, para Luiz da Cunha Gonçalves⁶.

4 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental, p.46.

5 FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Curso de direito civil, p.223.

Segundo posicionamento adotado por Eduardo de Oliveira Leite⁷, o termo “autoridade parental” parece o mais acertado, no sentido de ser, hoje, unânime a noção de pátrio dever, considerando que pátrio quer significar pais, marido e mulher, iguados em direitos e deveres pela Constituição de 1988. Ouso acrescentar que, pela atual configuração de famílias, abarcando desde as monoparentais à homoafetivas, a responsabilização recairia de igual modo ao par parental, não importando a configuração de gênero.

Tal poder-dever está esculpido na Constituição, art. 229, *ipsis litteris*:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Pela simples leitura do dispositivo constitucional supramencionado, revela-se um dever de caráter bilateral, uma vez que os pais têm o encargo de assistir, criar e educar os filhos menores, ao passo que estes mesmos filhos, em idade adulta, têm a obrigação de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Insta ressaltar que se, por um lado, a terminologia “poder familiar” guarda resquícios da pátria potestas romana, por outro, não seria inapropriada, segundo dizeres de José Antônio de Paula Santos Neto⁸, posto que exprimiria a subordinação dos filhos em relação aos pais, a quem devem obediência, respeito e auxílio em serviços próprios de sua idade e condição, conforme disposto no art. 1.634, IX do Código Civil. Contudo, tal poder deve, a todo tempo, ser regido por um interesse maior, qual seja, o melhor interesse da criança e do adolescente.

O poder familiar assumiria, portanto, duas facetas, podendo ser compreendido sob perspectivas distintas. Um primeiro enfoque seria o poder familiar em face do Estado e

6 ROCHA, J. Virgílio Castelo Branco. O pátrio poder. Op. Cit., p.35.

7 LEITE, Eduardo Oliveira. Famílias monoparentais. cit., p. 192 (nota17).

8 SANTOS NETO, J.A.P. Op.cit.,p.56.

terceiros, diante do qual seria um direito subjetivo dos pais nas relações extrínsecas, direito ao exercício do próprio ofício que lhes fora reservado, a maternidade e paternidade, em si. Entretanto, pode-se conceber que nas relações pai-filho, o poder familiar se revelaria um conjunto de poderes-deveres que, regidos pelo melhor interesse do menor e visando seu integral desenvolvimento, é altruisticamente exercido pelos pais. Conforme defende Paulo Luiz Netto Lôbo⁹, “o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade”.

3. Atributos do Poder Familiar

Os atributos do poder familiar estão elencados no artigo 1634 do Código Civil, sendo destinadas inúmeras obrigações aos genitores quanto à pessoa dos filhos menores. Cabe pontuar que o rol desse artigo é meramente exemplificativo, não estando esgotadas todas as hipóteses obrigacionais. Ademais, como brilhantemente preceitua Maria Berenice Dias, o mais importante dever dos pais com relação aos filhos não consta no rol e constitui o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar”.

Eis a razão para o posicionamento jurisprudencial no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, ante o descumprimento da obrigação parental, ensejando dever indenizatório pelo dano afetivo. Por outro lado, a omissão, imotivada, da garantia de sobrevivência e prestação de alimentos, configura o delito de abandono material – art. 224 CP.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

9 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de família e o novo Código Civil, p. 179.

- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Como se depreende do dispositivo retro mencionado, é conferido a ambos os pais, em suma, o dever de guarda, educação, correição, assistência, representação e vigilância. Prima facie, urge esclarecer que guarda e poder familiar não se confundem, posto que a guarda decorre do poder familiar, constituindo seu atributo, elemento mais destacável, com maior grau de autonomia, possuindo desdobramentos próprios. Sendo assim, a guarda não é da essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviver pacificamente, não consubstancia, portanto, condição de exclusão do outro.

2. GUARDA

4. Conceito – evolução do instituto da guarda na legislação brasileira

O vocábulo guarda, como indica De Plácido e Silva¹⁰, deriva “do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração”. Ressalta que guarda dos filhos consiste em “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, nesse sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”.

José Antônio de Paula Santos Neto¹¹ formula o seguinte conceito: “guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”. Acrescenta, Guillermo A. Borda¹², a noção de vigilância, atrelado ao direito de reter consigo os filhos menores, sob a obrigação de lhes proporcionar um lar e a responsabilização por danos causados a estes. Corroborando, nesse sentido, Mario Aguiar Moura¹³, que compreende o instituto da guarda como um controle objetivo do desenvolvimento do menor, que “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para

10 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico, p.365-366.

11 SANTOS NETO, J.A.P. Op. cit., p. 138-139. Eis o conceito apresentado por Rubens Limongi França, referido pelo autor: “Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanadas do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em

12 BORDA, Guillermo A. Familia. Tratado de derecho civil, p.148.

13 MOURA, Mario Aguiar. Guarda de filho menor. Ajuris, vol.19, p.15.

sobrevivência física e moral, para desenvolvimento psíquico”. Acrescento, ainda, aspecto crucial, por vezes negligenciado, qual seja, o dever de afeto, carinho e atenção. Inegável desafio para os operadores do Direito perquirir tal elemento da obrigação parental, posto que detém natureza abstrata e caráter subjetivo.

A despeito de tais características, consubstancia-se, em verdade, elemento intrínseco às obrigações parentais e seu descumprimento não pode ser vislumbrado, senão como fato que enseja dever indenizatório, em razão do dano afetivo, sobretudo, quando tratar-se de menores impúberes, que detêm total dependência dos pais, inclusive, afetiva. Nos dizeres de Waldyr Grisard Filho¹⁴, “a guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram (...), surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais”.

Insta salientar que tais elementos de que trata o autor supramencionado, estão elencados nos arts. 1.634, II do Código Civil e 21 e 22 do Estatuto da Criança e Adolescente, que preconizam uma noção de posse, como se verifica da leitura do art. 33, §1º dessa Lei especial, a saber:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Art. 33. 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.

14 GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., p.65.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Corroborando para esse entendimento, há quem defenda que os dizeres aplicáveis à posse seriam os mesmos da guarda, à luz da teoria de Ihering. Isto quer significar que quando a coisa permanece em poder do proprietário, não há o que se falar no tocante à posse, mas que se torna necessário quando há transferência do exercício da posse para terceiros. Assim, também, ocorre na guarda: apenas quando se depara com o conflito entre pretendentes à guarda é que se traz à baila os princípios que regem o tema.

Yussef Said Cahali¹⁵ defende que há um símile entre posse e domínio e a guarda e o poder familiar, no sentido da posse consistir no exercício de fato de alguns dos poderes inerentes ao domínio, mas não se confundindo com este. A guarda de menor seria o exercício de fato de um dos atributos inerentes ao poder familiar, entretanto, não se confundem, de modo que, ambos podem ser exercidos concomitantemente por pessoas diversas.

Há de se pontuar que, no direito anglo-saxão, quando se enfrenta uma demanda que verse sobre guarda, o tribunal atribui maior prioridade ao Best interests of the child, abarcando diversos fatores, dentre os quais: o amor e os laços afetivos entre o pai e o titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica – que quer significar alimentos necessários, qualquer padrão de

15 CAHALI, Yussef Said. Estatuto da Criança e Adolescente comentado. Apud SILVA, J.L.M.Op. cit., p. 26. Revista dos Tribunais 510/130; 526/61.

vida estabelecido; a saúde do pai ou titular da guarda; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a preferência da criança, se a criança tem idade suficiente para ter opinião; a habilidade do pai de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e outro pai.

Insta ressaltar que “interesse do menor”, segundo Eduardo de Oliveira Leite¹⁶, abrangeria diversos fatores, tais como, o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança a um de seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Tais elementos se apresentam como tendência jurisprudencial que permitem ao juiz ter um parâmetro para discernir a compreensão de melhor interesse da criança.

Eis uma das mais árduas tarefas: determinar o significado do princípio do melhor interesse do menor, posto que os melhores interesses da criança variam a cada caso concreto, sendo imprescindível a análise circunstancial, levando-se em consideração o desenvolvimento físico, mental, moral, cultural e social da criança, sua idade, gênero, nível de maturidade, capacidade de discernimento e percepção pessoal, avaliados singularmente pelos Tribunais. Em razão desse conjunto complexo, pretender reduzir tudo a “melhor interesse do menor” seja tarefa audaciosa e temerária, visto que tende à generalidade.

Como afirma Waldyr Grisard Filho¹⁷, “é possível que o melhor interesse da criança resulte como uma ideia um tanto abstrata, porém não será possível confiná-lo a um conceito porque perderia seu caráter de standart juridicamente vinculante”. No entanto, seria razoável conceber o melhor interesse da criança como um “conjunto de bens necessários para assegurar o desenvolvimento integral e proteção da pessoa em desenvolvimento, no que resultar de maior benefício para ele”.

16 LEITE, Eduardo Oliveira. O direito (não sagrado) de visita, p.66-92.

17 GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. p. 78/83.

Nesse ensejo, importante ressaltar que nossa legislação civil foi silente quanto à oitiva do menor nos processos de separação e divórcio, regulando, apenas, a ouvida nos processos que se prestam à colocação do menor em família substituta. Contudo, entende-se relevante a opinião do menor, que deve manifestar-se de forma direta e pessoal, sendo sujeito de direitos e não como objeto de provas. Assim, reitera Eduardo de Oliveira Leite¹⁸: “tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento da criança, nada impeça sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem”.

Assim escreve Edgar de Moura Bittencourt¹⁹: “Os pronunciamentos judiciais sobre guarda de menor devem atender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfeixados nos seguintes pontos: o interesse da criança, as condições e o comportamento dos pretendentes à guarda e a alterabilidade desta a qualquer tempo (...) não podem ser investidos nem mantidos na guarda do menor o pai, mãe ou terceiro de comportamento irregular e censurável”.

Na Declaração dos Direitos da Criança (1989), em seus artigos 12 e 13, está preceituado o fundamento jurídico para essa escuta da criança:

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Artigo 13

1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.

18 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*.p.197.

19 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, p. 70-71.

Ademais, a previsão de escuta dos filhos na separação e divórcio encontra guarida no ECA, cristalizados no parágrafo primeiro do artigo 28 e no parágrafo segundo do artigo 161 do referido Estatuto. Tal prerrogativa está assegurada pela jurisprudência brasileira. Em novembro de 1992, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que:

“[...] em idade viabilizadora e razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e terem opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, afim de, por consequência de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos moral que afastem a razoabilidade de definição”.

Nesse sentido, como ressalta a psicóloga e psicanalista Maria Teresa Fernandes Ferreira²⁰:

“Essa tendência já encontra eco em nossas Varas de Família e nesta questão da guarda cabe a nós auxiliares jurídicos, juizes, promotores, advogados e pais, uma reflexão sobre a posição que a criança vem sendo convocada a assumir diante do litígio entre os seus pais”.

Há de se pontuar que, a despeito da manifestação do menor, esta não quer significar a vinculação do juiz, mas se presta como elemento investigatório que integra a decisão. Em verdade, não se trata de obter o testemunho do menor, nem de “compeli-lo à prestação de depoimento em desfavor de qualquer ascendente”, mas como argumento que deve ser contraposto face aos demais fatores que funcionarão como fundamento para a decisão.

Cabe salientar a crítica feita por diversos doutrinadores acerca da adequação atual da nomenclatura do instituto guarda, uma vez que o referido instituto revela a coisificação do filho, tratando-o muito mais como objeto do que sujeito de direitos. Como bem esclarece Gustavo Tepedino²¹, a carga semântica da palavra guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação da personalidade do filho.

20 FERREIRA, Maria Teresa Fernandes. Psicóloga jurídica das Varas de família da Comarca de Natal –RN. Apud cit. DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio*, p. 120.

21 TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. P. 305-322.

Nesse sentido, é possível extrair do instituto certo conteúdo punitivo, que pode ser explicado historicamente, como vestígios da estrutura da sociedade patriarcal. O Código Civil de 1916, por exemplo, com claro viés punitivo, dispunha que os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente, por ocasião do desquite. Em razão disso, clamamos pela importância do instituto em voga, como instrumento constitucional de proteção aos filhos, rejeitando-se qualquer desvio a esta finalidade.

Como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira²², a expressão guarda, por preceituar um significante muito mais de objeto do que de sujeito, tende a ser dissipado. Atualmente, de modo muito mais adequado, nos dizeres de Maria Berenice Dias²³, fala-se em convivência familiar.

5. Modalidades

Sob a ótica de José Fernando Simão²⁴, a guarda consubstanciaria um conceito unitário, não havendo que se falar em espécies de guarda. Entretanto, o próprio autor reconhece que a guarda prevista pelo Código Civil e aquela regulada pelo ECA possuem causas distintas e efeitos próprios. Defende o autor a seguinte tese: “O fato de a guarda do Código Civil ter por causa o poder familiar, e a do Estatuto a proteção da criança, significa que existem duas guardas? A resposta é negativa, pois o conteúdo da guarda é único: ter o menor em sua companhia, cuidado, convivência”.

Além disso, a maior parte da doutrina, em termos gerais, vem apresentando duas formas pelas quais o instituto da guarda pode ser compreendido no ordenamento jurídico brasileiro. A

22 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

23 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*.p.512-514.

24 SIMÃO, José Fernando. *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*. Disponível em:

primeira consistiria em modalidade de colocação em família substituta, enquanto a segunda seria um dever decorrente do exercício do poder familiar.

Não obstante, o conteúdo doutrinário acerca das modalidades do instituto da guarda é bem vasto, classificados consoante sua origem e fins, como se passa a elencar:

5.1. Guarda comum, desmembrada e delegada

Entende-se por guarda comum aquela que decorre da paternidade e maternidade natural, não por força legal ou judicial. Se dá na constância do casamento, tanto no contexto de família legítima quanto em outras de suas formas – socioafetivas, quando seu exercício é dividido igualmente entre seus genitores, como um dos atributos do poder familiar. Não decorre, portanto, por concessão do Estado ou em virtude de lei, mas transcende tal esfera jus positivista, cabendo apenas a regulamentação do seu exercício.

Nos dizeres de Waldyr Grisard Filho²⁵, “é a chamada guarda comum consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor”. Há de se pontuar que a despeito da cisão da relação matrimonial, a convivência e comunicação diária deverão ser mantidas através do compartilhamento.

A atribuição judicial da guarda se opera nos casos em que os pais não convivem, fazendo o juiz uso de suas prerrogativas jurisdicionais. Diferente do que se observa as situações de menor abandonado ou em situação de perigo, nos quais age visando assegurar a função social que assume o Estado. Nesse caso, opera-se a guarda desmembrada do poder familiar, posto que há intervenção do Estado, pelo juizado da infância e da juventude, na outorga da guarda à quem não detém o poder familiar, a fim de assegurar a devida proteção do menor. Consubstancia-se, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, visto que seu exercício se dá em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial.

5.2. Guarda originária e derivada

25 GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. p. 90-99.

A guarda originária consiste naquela atribuída ao pais, como decorrência do poder familiar, concebida como direito-dever da plena convivência com o menor, direito esse mútuo, que possibilite o exercício de todas as funções parentais. Sua origem, sendo natural, é originária dos pais.

Por outro lado, entende-se por guarda derivada aquela que surge em virtude de lei e atribuída a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme preceitua o artigo 30 do ECA.

5.3. Guarda de fato

Tem-se por guarda de fato aquela se estabelece por própria decisão do indivíduo que toma o menor a seu cargo, sem qualquer chancela judicial ou legal, não detendo nenhum direito de autoridade. Contudo, exerce todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, tais como assistência e educação. Frisa-se que corresponde a guarda desmembrada, mas não delegada, uma vez que ausentes o controle e avaliação, tanto sobre o menor como sobre o guardião, inerentes à aplicação da guarda delegada. No entanto, o vínculo jurídico que é estabelecido na guarda de fato apenas poderá ser desfeito por decisão judicial, atendendo o melhor interesse da criança.

5.4. Guarda provisória e definitiva. Guarda única. Guarda peculiar.

Também chamada guarda temporária, a guarda provisória surge da necessidade de atribuir a guarda do menor a um dos genitores enquanto não houver julgamento dos processos de separação e divórcio, como modo preliminar de estruturar a vida familiar. Cinge-se, por óbvio, com condão provisório, tendente a tornar-se definitivo, ou não, quando do proferimento da sentença, superadas todas as nuances que subsistem para a atribuição da guarda ao genitor mais apto, momento o qual o menor ficará sob o regime de guarda única.

A sentença funcionaria, portanto, como marco de estabilidade e definitividade da guarda, pois se prestaria a homologar ou decretar a dissolução do vínculo conjugal. Em

verdade, não há o que se falar em guarda definitiva, pois seu regime acompanha a evolução das circunstâncias que envolvem a vida dos indivíduos e, primordialmente, sob qualquer hipótese, o interesse do menor deve ser satisfeito.

Nesse sentido, esbarramos com o paradoxo que se opera sobre a guarda, posto que ela pode ser modificada, a qualquer tempo, pelo juiz, mediante ato devidamente fundamentado, revelando que sua concessão não faz coisa julgada. Conforme preceitua Tereza Arruda Alvim Wambier²⁶, a cláusula rebus sic standibus subordina, nessas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do Código de Processo Civil/2015. Ao contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

A guarda peculiar encontra previsão no artigo 33, §2º, segunda parte do Estatuto da Criança e Adolescente, nos seguintes termos:

“§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”.

Depreende-se do texto legal que em eventual falta dos pais, permite-se ao guardião exercer a representação do menor em situações excepcionais e peculiares, por estarem os pais, a título de exemplo, em localidade distante do lugar onde devam praticar o ato em benefício do menor, consciente que pode causar riscos ao menor.

5.5. Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários

Da análise do instituto da guarda, importante distinguir aquela que se cumpre por particular, mediante prévia designação, daquela que se efetiva por órgãos técnico-administrativos de proteção.

26 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. RT, 2003.

Na vigência do atual Código Civil, prioriza-se o resguardo dos superiores interesses do menor. Em sendo hipótese que o juiz constate que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, ordenará a guarda à pessoa que revele habilidade e compatibilidade com a natureza da medida, levando-se em consideração, como parâmetros, o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, ampliando-se, desse modo, as possibilidades de pessoas capazes de assumir essa obrigação, à luz do disposto no parágrafo quinto do artigo 1.584 do CC, que estabelece:

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

Observa-se pela prática jurisdicional que, dentre os parentes, os avós têm sido contemplados como preferidos. Não por preferência legal, posto que não há tal previsão no ordenamento jurídico e, sobretudo, porque impera o Princípio da Igualdade, cristalizado no art. 5º, I da CRFB/88. Porém, essa preferência se depreende da análise circunstancial dos fatos, sobrelevando o interesse do menor.

No tocante à guarda por terceiro, este fica obrigado à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, atribuindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, como se verifica nos escritos do artigo 33 do Estatuto da criança e do adolescente. Apesar da atribuição a terceiros, os pais não ficam desobrigados de seus deveres de assistência, uma vez que não há interferência no poder familiar, a saber:

Art. 33. 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.

Na hipótese de ausência de parentes ou estranhos ao menor que aceitem o encargo, a criança deverá ser encaminhada a uma instituição governamental ou não, como última ratio à sua guarda, cumprindo o Estado seu dever de assegurar ao menor os direitos fundamentais insculpidos no artigo 227 da CRFB/88, também inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 30, concebido como família substituta, como descrito *ipsi literis*:

Art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.

A guarda assegura ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito e, de modo explícito, os previdenciários, como se verifica da leitura do artigo 33, §3º do ECA, concretizando, dentre outras coisas, a proteção à saúde, assegurada através do artigo 227 da CRFB/88 e que atribui à família, sociedade e ao Estado o dever de proteção ao menor.

Há quem sustente críticas a essa modalidade de guarda, como se depreende dos escritos de J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁷, que entende que os benefícios previdenciários são consequência do exercício da guarda e não sua finalidade, que transcende tal fim, não se admitindo que o objetivo único seja de garantir ao menor usufruir os benefícios previdenciários do guardião. Cabe salientar que a Lei 9.528/1997 extinguiu a guarda previdenciária, admitindo-a somente para enteados e tutelados. Nesse sentido, defende Ana Maria Moreira Marchesa²⁸, que entende haver discrepância entre as situações fática e jurídica, favorecendo a simulação.

A controvérsia a que se depara acerca da incidência da Lei da Previdência em oposição ao Estatuto da Criança e do Adolescente persiste. No Superior Tribunal de Justiça havia divergência na 5ª e 6ª Turmas, até que a 3ª sessão uniformizou o entendimento no sentido de que “(...) a alteração trazida pela Lei 9.528/1997, norma previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no artigo 33, §3º, do ECA”. (EREsp 869.635/RN, 3ª Sessão, j. 16.02.2009, rel. Min. Convocada Jane Silva, DJe 06.04.2009).

Ademais, a Turma Nacional de Uniformização da jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) detinha precedentes nos quais conferia aplicação da norma expressa pela Lei 8.213/91, que versa sobre os planos de benefícios da previdência social, até que alterou seu posicionamento, conferindo prevalência ao disposto no ECA, assegurando os direitos fundamentais do menor.

²⁷ OLIVEIRA, J.M.Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. P.59-60.

²⁸ MARCHESA, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta: aspectos controvertidos. RT 689/297.

A despeito da uniformização do tema pelo STJ, no sentido de afastar a qualidade de dependente da criança ou adolescente sob guarda, reverberam decisões opostas nos TRF's, nas Turmas Recursais e na Turma Nacional de Uniformização, quer pela incidência da norma específica previdenciária, quer pela prevalência do Estatuto de Criança e do Adolescente, considerando o disposto no art. 227 da CRFB/88. Tal controvérsia enseja grande insegurança jurídica às crianças e adolescentes sob guarda, quando da ocorrência do falecimento de seu guardião, que ficarão sem assistência, a começar pela afetiva e moral, bem como a financeira, violando por completo seus direitos fundamentais.

5.6. Guarda jurídica e guarda material

Entende-se por guarda material, prevista no artigo 33,§1º do ECA, aquela que se perfaz pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente, materializando a ideia de posse ou cargo do menor. Trata-se, em verdade, que o exercício da guarda material implica na incidência do poder familiar em toda a sua extensão, consistindo em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância.

Por outro lado, a guarda jurídica implicaria no direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e tendo a tomada de decisões atinentes ao interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída. Assim, a guarda jurídica seria exercida a distancia pelo genitor não guardador.

5.7. Guarda alternada

Nesta modalidade de guarda, cada um dos genitores, por um período de tempo preestabelecido a eles, exercerá de modo exclusivo todas as nuances inerentes aos direitos-deveres que constituem o poder parental, de modo que, alternadamente, o menor reside com cada um dos pais, abarcando tanto a guarda material, como a guarda jurídica concentradas no genitor enquanto perdurar o seu respectivo período de guarda.

No entanto, esta modalidade contrapõe-se fortemente ao princípio de continuidade, que deve ser preconizado e respeitado quando almejados o bem-estar físico e mental da criança,

bem como a efetivação de todos os seus direitos fundamentais.

5.8. Aninhamento ou nidadação

Trata-se de verdadeiro revezamento entre os genitores que, em períodos alternados de tempo, mudam-se para a residência onde vivem os menores. Contudo, tais acordos de guarda não perduram por longo tempo, em razão do caráter extremamente oneroso imposto à sua manutenção, qual seja, o custeio de três moradias, a saber, uma para o pai, outra para a mãe, além de outra onde o filho recepciona, alternadamente, seus pais.

5.9. Guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta

A guarda jurídica compartilhada é concebida quando ambos os pais dividem a responsabilidade legal, de forma igualitária e conjunta, para dirimir todas as questões atinentes aos filhos menores. Isto quer significar que os genitores possuem, concomitantemente, rigorosamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação à prole. Configura-se, portanto, um tipo de guarda em que os filhos gozam do direito de ter ambos os pais dividindo, de maneira mais equitativa, as responsabilidades de criação, cuidado e vigilância dos menores, detentores de igual autoridade parental para tomar todas as decisões afetas aos filhos.

Desse modo, os pais poderiam planejar a guarda material compartilhada, que entenda-se por acordos de visita ou acesso, organizando o tempo de convivência, de forma flexível, com cada um dos pais. No entanto, adverte Maria Antonieta Pisano Motta²⁹, que tal modelo aproxima-se da chamada guarda alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempo alternados, diferenciando-se, apenas, no que concerne legalmente que a guarda conjunta requer que ambos os pais sejam os guardiões legais.

29 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas*.p. 197-213.

3. GUARDA COMPARTILHADA

6. Evolução normativa do instituto no direito brasileiro.

A proteção da pessoa dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, cristalizada nos artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916, corresponde à primeira disciplina legal encontrada no ordenamento jurídico brasileiro tendente à regular sobre a guarda dos filhos, nos seguintes moldes:

Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.

Art. 328. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.

Como se depreende do texto legal, o critério utilizado para o deferimento da guarda era o da culpa, salvo se houvesse acordo entre os pais. Ao cônjuge inocente no âmbito da separação judicial era concedida a guarda do menor, quando com idade inferior a 6 anos, pois com idade superior, a guarda era concedida ao pai, como decorrência da sociedade patriarcal. Observa Clóvis Bevilacqua³⁰ que “um dos cônjuges, ou ambos, será declarado culpado pela sentença do juiz, porque, ainda quando um só seja o queixoso, o processo pode revelar terem ambos incorrido em culpa”.

30 BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 12.ed.vol2. p.224.

Como toda regra comporta sua exceção, vislumbrando o juiz prejuízos de ordem moral para os menores, a guarda poderia ser deferida de forma discricionária, a bem da criança. Posteriormente, com a Lei do Divórcio de 1977, tais disciplinas foram revogadas, passando a ser reguladas pelos arts. 9º a 16 dessa Lei. Neste novo cotejo, a guarda poderia ser deferida a qualquer um dos familiares, mesmo aqueles com quem não detivessem vínculos afetivos, assegurado aos pais o direito de visitas, quando da impossibilidade de convívio com ambos genitores. Eis as disposições normativas da lei em comento:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em que pese nova regulamentação da matéria pela Lei do Divórcio, não se configurou grandes inovações ao que já se tinha disciplinado pelo Código de 1916. Relativamente às separações consensuais, prioriza-se sempre respeitar a vontade dos pais em relação a sua prole. Para os casos de separação judicial, a culpa ainda era utilizada como critério no deferimento da guarda. Inovou a referida Lei ao prever que, havendo motivos graves, a guarda poderia ser concedida a um ente familiar. A intenção do legislador, claramente, foi a de limitar a discricionariedade legitimada ao juiz pela lei de 1916, que poderia apartar os menores do convívio com seus genitores, submetendo-os a estranhos. Tal solução já existia em nosso ordenamento jurídico, consolidada pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei 4121/1962. Contudo, inovou o legislador, ao prever o direito de visita, consubstanciado no artigo 15.

Cabe mencionar que tais regras seriam aplicáveis também nos casos de anulação do casamento, havendo filhos frutos da união marital, além de ser estendida aos filhos maiores inválidos, sendo regidos pelos mesmos parâmetros do artigo 10 e seus parágrafos, quais sejam: havendo culpa exclusiva pela anulação, a guarda seria concedida ao ex-cônjuge inocente, caso houvesse culpa recíproca, o juiz concederia a guarda à mãe. Constatando o juiz a impossibilidade de convivência com ambos os genitores, a guarda dos filhos seria deferida a parentes ou estranhos. No entanto, ressalta-se que todas essas regras estariam subordinadas ao “bem dos filhos” e, por isso, o juiz estaria legitimado a regular a guarda de modo diverso.

Insta esclarecer que a disciplina do artigo 16 da lei em comento, no tocante à equiparação e, conseqüente, aplicação das disposições relativas aos filhos menores e não emancipados para os filhos maiores e inválidos. Entende-se por inválido todo aquele que se encontrasse impossibilitado, permanente ou temporariamente, de prover sua própria subsistência, seja em decorrência de uma deficiência física ou de qualquer outra natureza. Contudo, como bem observa Sílvio Rodrigues³¹, “o filho maior inválido pode ser pessoa juridicamente capaz e sua vontade tem que ser respeitada. (...) A ideia de invalidez não se confunde com a de incapacidade”. Como se depreende, era necessário analisar a causa da invalidez, posto que se absoluta, oriunda de doença mental, a regra seria aplicável; ao passo que se da invalidez não atingisse a capacidade, tal regramento seria inútil.

31 RODRIGUES, Sílvio. Direito de família. Direito Civil. 9.ed.vol.6. O divórcio e a lei que o regulamenta.p.122.

Salienta-se, ainda, a proteção ao status a quo, reflexo da aplicação do princípio da imodificabilidade da situação precedente, como preconiza o art. 11 da Lei do Divórcio ao prever a separação de fato, com a ruptura da vida em comum há mais de um ano, a guarda deveria ser mantida ao cônjuge em cuja companhia os menores permaneceram ao tempo da dissolução da sociedade conjugal. Há, ainda, previsão para os casos de separação com fundamento de doença mental. Ao considerar o contexto histórico, por razões óbvias, a guarda só poderia ser deferida ao cônjuge sadio, como prevalência do interesse do menor. Hoje, o Código Civil não faz menção à essa hipótese. Se, porventura, houvesse, certamente seria mitigada em razão do que preceitua o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou o rol de capacidades previsto no artigo 3º, passando a apenas conceber como absolutamente incapaz o menor impúbere, ou seja, aqueles que detêm idade inferior a dezesseis anos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe à baila o princípio da igualdade entre homens e mulheres, preceituado no artigo 5º, inciso I, como garantia fundamental, bem como a igualdade de direitos e deveres no âmbito da sociedade conjugal, tal como preconizada no artigo 226, §5º, a disciplina do Código Civil de 1916 restava incompatível com os preceitos constitucionais. Em 2002, foi sancionado o novo Código Civil que, dentre outras alterações, abandonou o critério da culpa e da prevalência materna para o deferimento da guarda dos filhos menores ou maiores incapazes. De acordo com a nova legislação, a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições em exercê-la, resguardando, sobretudo, os superiores interesses dos menores, conforme dicção do artigo 1.584.

À regulamentação da proteção da pessoa dos filhos, o Código Civil de 2002: reservou os artigos 1.583 a 1590, dispondo da seguinte maneira:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com

a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, aplica-se quanto à guarda dos filhos as disposições do artigo antecedente.

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1.587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

Depreende-se da dicção dos artigos supramencionados que a nova Lei trouxe à baila os princípios universais revelados pela evolução de todo o direito das famílias. E, aqui, cabe pontuar a importância do reconhecimento da pluralidade de concepções de famílias, sejam elas monoparentais, poliafetivas a homoafetivas. No moderno direito de famílias, a guarda não mais é concebida como um direito dos pais em relação aos filhos, mas como um dos atributos do poder familiar, um dos deveres dos pais aos filhos.

Como bem preceitua Áurea Pimentel Pereira³², ao analisar o instituto do Divórcio, afirma que “o arbítrio que se confere ao juiz, para a solução do problema da guarda dos filhos menores, não tem limite, ou melhor, só conhece limite o ‘bem do menor’ e dentro desse limite deve ser exercido”. Pela redação dada em 2002, em regra, o poder decisório pertence a ambos os genitores. Caso não haja consenso entre os pais, caberá ao juiz “a bem do menor” o poder de decisão.

Waldyr Grisard Filho³³, disserta acerca da interpretação dada pelo Código Civil de 2002, que abandonou critérios como culpa e preferência materna na concessão da guarda,

³² PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial. p. 170.

resguardando o vínculo que deve ser perpetuado com os pais, sob a matriz constitucional. Contudo, não há nesse diploma, previsão expressa do compartilhamento entre os pais dos cuidados aos filhos, seja através do consenso ou determinação judicial. Porém, sua aplicação não é defesa. Esclarece que:

“Nesse novo contexto, de raízes constitucionais, da paternidade responsável e da corresponsabilidade parental, a velha guarda exclusiva, preferencial em outro momento histórico-social, cedeu lugar a outras modalidades de guarda, emergindo dentre elas a guarda compartilhada ou conjunta, que possibilita aos pais o exercício pleno do poder familiar em igualdade de condições, solução contemporânea à convivência dos pais com seus filhos, incentivando o contínuo acompanhamento de suas vidas”.

Nesse sentido, em 1986, à época juiz de Direito e, hoje, desembargador aposentado do TJRS, advogado e doutrinador Sérgio Gischkow Pereira, publicou o primeiro estudo que versou acerca da guarda compartilhada no âmbito do direito brasileiro, “sob o prisma jurídico e psiquiátrico”³⁴. Afirma, nesse contexto, que a despeito da inexistência de norma expressa, tampouco aplicabilidade na prática forense, a guarda compartilhada se apresentava lícita e possível, como meio de assegurar igualdade entre os genitores na condução da sua prole, viabilizando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou com a mãe que deixar a convivência familiar.

Em que pese a inexistência de regras proibitivas à aplicação do compartilhamento da guarda, a escassez de produção doutrinária, bem como jurisprudencial repeliram sua implementação. Não poucas vezes, era confundida com a guarda alternada com visitação livre. O acórdão, a seguir, notoriamente, confunde as noções de guarda alternada e guarda compartilhada, revelando a dificuldade encontrada na aplicação dos institutos, à época, em razão do escasso arcabouço doutrinário e de dispositivos normativos existentes, a saber:

“Guarda de filho menor. Custódia alternada semanalmente. Desvantagens. Alimentos devidos à esposa separada. Posse e guarda de filho menor. A chamada ‘custódia conjunta’, importando o revezamento semanal do ambiente familiar, é

33 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade. p.162.

34 PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do Direito de Família. Revista do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia 18, p.295-323, n.1-2. Uberlândia, dez.1989.

prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e ideias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da personalidade do mesmo. Desse modo, confusão mental deve produzir na mente infantil o revezamento semanal da guarda, pela convivência do menor uma semana em um ambiente familiar e, em outra, em outro. Tal solução não é, por isso, aconselhável”.

No que tange à disciplina legal, é possível encontrar previsão em diversos dispositivos que fundamentam a utilização da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, a começar pelo texto constitucional que prevê a igualdade entre o homem e a mulher (artigo 5º, I), bem como igualdade de direitos e deveres no que concerne à sociedade conjugal constituída pelo homem e pela mulher (artigo 226, §5º) e, ainda, propõe uma paternidade responsável (artigo 226, §7º, da CRFB/1988).

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a proteção integral do menor (artigo 1º), atribui à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o dever de garantir ao menor uma convivência familiar (artigo 16, V), sendo criado e educado dentro de seu contexto de família (artigo 19), subordinado ao poder familiar, exercido pelo pai e mãe em igualdade de condições (artigo 21), a quem, concomitantemente, o legislador incumbiu o dever de sustento, guarda e educação (artigo 22).

Em 2008, sobreveio a Lei 11.698 que positivou em nosso ordenamento jurídico o instituto da guarda compartilhada. Considerando o arcabouço normativo em termos internacionais, cristalizado pela Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo regulado mundialmente, tais como se observa do Código Civil espanhol, o Código de Família de Cuba, o Código Civil português, Código Civil uruguaio e Código Civil francês. Para além do Código Civil brasileiro, juntamente, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho de Justiça Federal expediu dois enunciados que preconizam o compartilhamento da guarda, na forma que segue:

“101³⁵ – Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança”

35Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2017.

“335³⁶ - A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

Segue disposições normativas trazidas pela Lei 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, como passa a expor:

Art. 1o Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1o Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3o A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4o (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1o Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

36Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2017.

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

Art. 2o Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

À luz dos princípios da igualdade, da solidariedade e do melhor interesse da criança, o artigo 1583 passa a estabelecer um sistema dual, qual seja, o da guarda unilateral e da guarda compartilhada, abandonando de vez a exclusividade da guarda única, que preferencialmente era concedida à mulher. A intenção do legislador consistiu em incentivar o cuidado aos filhos por ambos os pais, mesmo por ocasião da ruptura de sua união.

O parágrafo primeiro se presta a apresentar os conceitos que o Código Civil adota para cada modalidade de guarda. Em sua primeira parte, versa sobre a guarda unilateral e a possibilidade de sua atribuição a terceiros, evidenciando que tal instituto transcende a autoridade familiar. Na segunda parte deste parágrafo, o legislador conceitua a guarda compartilhada sob a sistemática da corresponsabilidade de direitos e deveres dos genitores.

Nesse ensejo, no parágrafo segundo do artigo 1583 do Código Civil, consoante redação dada pela Lei 11.698/2008, o princípio do melhor interesse da criança é postulado como critério norteador para a concessão da guarda. Ao estabelecer critérios objetivos, que não correspondem a *numerus clausus* e, portanto, constitui mero rol exemplificativo, o legislador afastou a interpretação usualmente aplicada de que o genitor que detivesse melhores condições financeiras seria o detentor da guarda, apresentando critérios como afeto, saúde e segurança e educação.

Por outro lado, se adotado o regime da guarda unilateral, o legislador amplia a atuação do genitor não guardião, ao reconhecer que a mera visitação não atende ao pleno exercício do poder familiar, atribuindo o poder-dever de supervisão ou inspeção da efetivação dos direitos

do infante. A importância da referida supervisão está no fato de manter-se, ou não, os elementos fáticos que fundamentaram a decisão do juiz ao determinar a guarda por sentença ou em homologá-la, quando na hipótese de consenso entre o par parental.

Outrossim, o artigo 1584 do referido diploma normativo se presta a ratificar a dualidade do sistema da guarda, qual seja, a unilateral ou a compartilhada, indicando sua aplicação por via consensual ou pela via judicial. Importante menção é trazida no parágrafo primeiro do artigo em questão ao impor ao juiz, o dever de, na audiência de conciliação, explicitar à mãe e ao pai o significado do compartilhamento da guarda, sua importância, seus efeitos em relação aos filhos, a igualdade de direitos e deveres de ambos genitores e, por fim, as sanções aplicáveis em razão do descumprimento das cláusulas estabelecidas.

Tal imperativo detém natureza pedagógica que se presta a conscientizar a importância da manutenção dos vínculos materno e paterno como direito da criança. Ademais, o advogado não está eximido da responsabilidade de esclarecer seus assistidos da importância do compartilhamento da guarda e deve incentivá-los ao diálogo, viabilizando um consenso entre as partes. Frustrada a conciliação, a qual o parágrafo primeiro do artigo 1584 alude, a lei manifesta clara preferência pela aplicação da guarda compartilhada, mesmo que não haja consenso entre as partes, sempre que possível sua aplicação.

A despeito da Lei 11.698/2008 prever a preferência pela aplicação da guarda compartilhada, rompendo no campo normativo com o paradigma da guarda unilateral e de preferência materna, no campo empírico, tal lei não detinha eficácia, em razão da baixa aplicação pelos juízes e tribunais, a começar pela incompreensão da *mens legis*, que encontrava brechas em expressões como “sempre que possível” para perpetuar a resiliência de um Direito de Família marcado pelo modelo tradicional.

Assim, a Lei 13.058/2014 fora sancionada, não com a pretensão de inovar, mas a fim de consolidar e dar efetividade à Lei 11.698/2008. Waldyr Grisard Filho³⁷ destaca a justificativa apresentada pelo parlamentar autor do projeto que culminou na Lei 13.058, extraindo-se o que segue:

37 GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit.p.198/199.

“Ocorre que alguns magistrados e membros do Ministério Público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como ‘sempre que os genitores se relacionem bem’. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor à época da elaboração da lei, já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas, e tão somente, desperdiçado tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade (...) a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento entre os genitores, seja condição para estabelecer a guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo, assim, não o melhor interesse da criança, mas os seus próprios, tornando inócua a lei promulgada”.

Há de se ressaltar que se contrapondo a visão apresentada pelo referido autor do projeto de lei, a dissolução da sociedade conjugal não está atrelada à litigiosidade entre o par parental. Isso porque a despeito do fim do afeto matrimonial, a relação parental é perpetuada. E, mesmo que dessa relação, não houvesse frutos, não se deve presumir estado de beligerância a todo divórcio. A seguir, tem-se nova redação dada aos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, alterados pela Lei 13.058/2014:

Art. 1o Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º. A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583 (..)

§ 2o Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

(...)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.” (NR)

“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.

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

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

§ 6o Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (NR)

“Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.” (NR)

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (NR)

Art. 3o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ao realizar uma análise comparativa dos diplomas normativos de 2008 e 2014, a alteração trazida ao parágrafo segundo do artigo 1.583, seja a que mais instigue críticas, a começar por revogar os incisos I ao III, que estabeleciam critérios objetivos ao juiz quando da fixação da guarda, seja pelo caráter abstrato da expressão “de forma equilibrada”, abrindo

espaço para arbitrariedade. Waldyr Grisard Filho³⁸ bem observa que tais expressões relativas à limitação de tempo de convivência entre os pais podem corresponder a verdadeiro retrocesso social, posto que “a nova redação não privilegia os fatores existenciais e se aproxima da nefasta guarda alternada. A guarda compartilhada, da qual de fato trata a lei, corre o risco de ser mal interpretada e transmutada em guarda alternada (...)”.

Há quem defenda, por outro lado, que a delimitação da convivência, pela expressão “divisão equilibrada de tempo” deve se dá na proporção de 50% para cada genitor, operando-se divisão igualitária entre os genitores. Nesse sentido, Angela Gimenez³⁹ defende que:

“o primeiro ponto de destaque é que, tendo a Lei nº 13.058/2014 introduzido no §3º do artigo 1.584 do CC, a responsabilidade do Poder Judiciário, na divisão equilibrada do tempo da criança com o pai e com a mãe, cabe ao juiz trabalhar com o ideal de compartilhamento na proporção de 50% do tempo para cada um dos genitores. Esse é o ideal a ser perseguido e, ao mesmo tempo, o ponto de partida para a deliberação acerca do exercício da guarda compartilhada, inclusive em sede de liminar ou de antecipação de tutela (...) As partes e o juiz poderão elaborar outro coeficiente de divisão a partir da subjetividade dos fatos analisados, sempre tomando como parâmetro os estudos já existentes, que dão conta de que um percentual menor do que 35% do tempo, para aquele que detém a menor parte dele, significará a instituição de guarda unilateral, se desfazendo da característica de compartilhamento”.

Importa salientar que a abordagem supramencionada traz graves equívocos, a começar pela pretensão imputada ao juiz para estabelecer percentuais específicos que delimitem o tempo de convivência dos genitores com seus filhos, de modo que quem melhor que os próprios para estabelecer, a livre arbítrio e conforme suas rotinas habituais, o tempo de convivência familiar. Em verdade, tal posicionamento apenas corrobora para a cultura judicializante, em que se atribui ao juiz a primeira e última ratio; além de encarar a guarda compartilhada sob uma perspectiva extremamente desvirtuada, a ponto de pretender cronometrar o tempo de convivência, sob um pretexto de igualdade e equilíbrio da divisão de tempo. Não há como conceber igualdade num contexto de engessamento e sufocamento das relações.

38 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. p.212.

39 GIMENEZ, Angela. Igualdade parental. Entrevista divulgada pela Revista IBDFAM, 18ª ed., janeiro de 2015, p.7.

Com fulcro a esclarecer interpretações equivocadas do referido dispositivo normativo, por ocasião da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foram aprovados alguns enunciados, em especial, os de números 603, 604 e 606⁴⁰, que ressaltam que a divisão de que tratam os parágrafos segundo dos artigos 1.383 e 1.384, que não corresponde à igualdade de tempo, mas a busca por uma divisão equilibrada, no seguinte sentido:

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

Justificativa

Segundo a redação do § 2º, do art. 1.583, do Código Civil, dada pela Lei 13.058/2014, o tempo de convívio dos pais com os filhos na guarda compartilhada deve ser equilibrado, tendo em vista o interesse dos filhos e as condições fáticas. Contudo, a interpretação do termo equilibrado deve ser feita tomando-se como base duas premissas: (i) a guarda compartilhada não implica, necessariamente, convivência familiar livre. A organização do cotidiano dos filhos - ou fixação das visitas, para utilizar termos mais tradicionais - é de suma relevância, a fim de se evitarem abusos no exercício da autoridade parental. (ii) No que tange a tal organização, a Lei 13.058/2014, deu nova redação ao § 3º do art. 1.584, que facultou ao juiz basear-se em estudo técnico-profissional para se orientar quanto à convivência entre os pais, com vistas a uma divisão equilibrada do tempo dos filhos. Note-se que a lei não diz igualitária, pois afinal, a arquitetura da rotina dos menores deverá seguir os seus interesses e não uma divisão que necessariamente deva ser equânime entre os pais. Prova de tal afirmativa é o comando que determina a fixação da moradia dos filhos, que deve ser norteadada pelo interesse desses; se a divisão de tempo fosse obrigatoriamente igualitária, a moradia deveria ser fixada na casa de ambos, o que não é a orientação legal.

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

Justificativa

A legislação brasileira prevê o instituto da guarda compartilhada desde 2008, quando entrou em vigor a Lei n. 11.698, que alterou a redação do § 1º do art. 1.583 do Código Civil. Tal norma dispõe que se compreende por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Com a edição da nova lei da guarda compartilhada, Lei n. 13.058, de 2014, manteve-se a definição do instituto, porém modificou-se o § 2º do referido artigo, a

⁴⁰Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2017.

fim de determinar que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai. Assim, se anteriormente à Lei n. 13.058, de 2014, já havia confusão acerca dos institutos da guarda compartilhada e da guarda alternada, após o novo texto legal, que impõe o compartilhamento da custódia física, a situação se agravou, pois muitos juristas os citam como se tratassem de um único instituto. Ressalta-se que a guarda alternada não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, e que consiste no exercício exclusivo alternado da guarda por um período determinado. Portanto, é importante diferenciar os institutos, pois o que se busca na divisão do tempo de convívio dos filhos com os pais na guarda compartilhada é a convivência da criança com ambos os genitores, proporcionando o fortalecimento dos vínculos afetivos, e permitindo tanto à mãe quanto ao pai que participem efetivamente na criação e educação de seus filhos, de forma igualitária. Cabe lembrar que tal divisão deve ser feita consideradas as condições fáticas e os interesses dos filhos.

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

Justificativa

A instituição da guarda compartilhada pela Lei 11.698 de 2008 trouxe grande novidade para o direito de família, qual seja, o de tornar menos burocrática a relação de convivência entre pais que não detinham a guarda unilateral e o filho do casal que se separava. A guarda compartilhada, instituto inspirado na doutrina e jurisprudência da época, não foi suficientemente conceituada na legislação civil, definindo-a tão somente como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto". A novidade jurídica, de redação insuficiente, resultou aqui ou ali em prolação de sentenças com oferecimento aos pais da chamada guarda alternada, que não tem aplicação em nosso sistema jurídico. Na modalidade de guarda alternada, "existe um revezamento em períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro o direito de visitas", conforme lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho em sua obra *Novo Curso de Direito Civil*, (v. 6, Ed. Saraiva, 2012, p. 609). Podemos concluir que, na guarda alternada, permanecem os efeitos da guarda exclusiva, apenas viabilizando a cada genitor, por períodos proporcionalmente considerados, 50% (cinquenta por cento) do tempo a cada qual, entregando ao outro o direito de visitação regulamentada, e que a expressão "tempo de convívio de forma equilibrada" foge ao conceito de guarda alternada, porquanto entrega o exercício permanente das principais decisões acerca dos filhos a ambos, e a proporcionalidade é para a guarda física, uma vez que os pais estão separados. Na Comissão "Família e Sucessões" houve alteração da redação da proposta para excluir a parte final, porquanto se considera que não há qualquer obstáculo, no ordenamento jurídico brasileiro, à escolha do modelo de guarda alternada.

Uma das mais contundentes modificações trazidas pela Lei em comento se consubstanciou no parágrafo segundo do artigo 1.584, que consistiu na obrigatoriedade da aplicação da sistemática da guarda compartilhada, ainda que num contexto de ausência de acordo entre o par parental, marcado pela litigiosidade peculiar do fim das relações conjugais. Para além da prevalência do melhor interesse da criança, uma das razões que dão robustez à aplicação do compartilhamento consiste na tese de que o afastamento da modalidade da

guarda compartilhada atenderia aos anseios litigantes dos pais pelo distanciamento um do outro, em detrimento da necessidade de manutenção dos vínculos afetivos do menor.

Nesse diapasão, acordaram a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de um Recurso Especial⁴¹, com relatoria da Ministra Nancy Andrigli, em 2011, que votaram no seguinte sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL EPROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011).

41 REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011.

Em síntese, aos magistrados não caberá a apreciação do grau de animosidade entre o par parental para o deferimento da guarda, posto que o legislador já estabeleceu que independente da relação entre os ex-cônjuges, a obrigatoriedade seria pelo compartilhamento. Contudo, tal modelo não é absoluto, abarcando duas hipóteses de exceções, a começar pelo genitor que for considerado inapto para o exercício do poder familiar, quando configurada uma das circunstâncias previstas nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil.

A segunda exceção prevista no ordenamento jurídico contemplaria a hipótese de um dos genitores declarar desejar não obter a guarda do menor. Configura-se hipótese em que a demanda ingressará em juízo pela via consensual, eis que ambos genitores concordem pela concessão da guarda à quem desejá-la. Todavia, há quem critique tal previsão, uma vez que, com a chancela do Estado, um dos pais estaria eximindo-se do dever legal de guarda, que detém fundamento constitucional.

Outra interessante alteração trazida pelo texto da Lei 13.058/2014 foi a revogação da parte final do parágrafo 4º do artigo 1.584, suprimindo a previsão anterior de que em caso de descumprimento imotivado de cláusula, obstaculizando o pleno exercício do poder familiar, aplicar-se-ia uma sanção ao pai ou mãe infratores. Ocorre que tal sanção seria a redução do tempo de convivência com o filho. Por óbvio, não há como extrair um caráter pedagógico de tal norma, que, ainda eivada de resquícios de natureza punitivista, servia apenas para punir o infante, lógica, essa, totalmente contrária à matriz constitucional.

Ademais, a legislação em questão inseriu o parágrafo 6º ao artigo 1.584, prevendo sanção de multa, aplicáveis a instituições públicas e particulares que negassem a prestação de informação a qualquer do guardião. Visa, por conseguinte, assegurar o direito a informação e romper com o ranço da unilateralidade da guarda estar associada à uma exclusividade do detentor.

No que concerne à alteração disposta no artigo 1.585 do Código Civil, a nova redação privilegia o princípio do contraditório que, posteriormente, restaria cristalizado pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 9º. Sob sua regência, tal princípio visa evitar a decisão surpresa, permitindo a ambos os litigantes, de igual modo, influenciar na decisão

judicial, seja com argumentos jurídicos ou fáticos⁴², sobretudo, tratando-se da guarda de crianças e adolescentes, por quem a Constituição obriga a preservação de seu melhor interesse. Pontua-se, contudo, que havendo urgência no deferimento da medida, poderá o juiz, em caráter liminar, fixar a guarda em favor de um dos genitores ou de forma compartilhada, protelando a oitiva do outro genitor para momento ulterior, conforme se constata da dicação do parágrafo único, inciso I do artigo 9º do referido Código de Processo Civil.

Quanto às modificações assentadas no artigo 1.634 do Código Civil, depreende-se da dicação inovadora seu caráter pedagógico, acentuando as características do compartilhamento da guarda, em razão do raro exercício do poder familiar pelo genitor não guardião. Ao ressaltar atributos do poder familiar, como o consentimento para os filhos viajarem ao exterior (inciso IV do artigo 1.634) ou para mudança de residência permanente localizada em outro município (inciso V do artigo 1.634), o legislador visa romper com a tendência da exclusividade e centralização das responsabilidades decorrentes do poder familiar na figura do detentor da guarda judicial.

7. Um olhar da psicanálise com o direito – a guarda dos filhos na família em litígio

Com o advento da Lei nº 11.698, de 13/06/2008, o legislador trouxe à baila o instituto da guarda compartilhada, como mecanismo inovador por meio do qual se viabilizaria uma inovação no seio familiar, bem como no judiciário. Isto porque o modelo até então vigente, a guarda unilateral, restava fracassada, uma vez que seus efeitos seriam o abuso do poder e a manipulação dos filhos pelo genitor guardião, dando causa à alienação parental.

Nos dizeres da Dr^a Maria Aglaé Tedesco Villardo ⁴³,

“o papel do magistrado é ajudar determinadas famílias que só chegaram à justiça exatamente porque não conseguiram, pelos seus próprios meios, resolver questões muito difíceis, e que mais importante do que determinar uma ordem é intermediar um diálogo e, atualmente, pode-se contar com a ajuda da equipe interdisciplinar”. Nesse sentido, acrescenta, ainda, que se faz necessário ouvir a mãe, o pai e a criança,

42 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V.1.18ª ed. Salvador. Ed. Jus Podium, 2016, p.82.

43 Juíza de Direito da 15ª Vara da Família do Estado do Rio de Janeiro.

não apenas com o ouvido esculpido pela letra fria da lei, mas “precisa-se, muitas vezes, que um psicólogo tente entender as razões daquela criança, e compreender o que está acontecendo com a família, e que o Serviço Social dê um apoio, e faça um retrato daquela família, de como eles vivem”⁴⁴.

Por influência dos preceitos constitucionais, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, bem como a regência do princípio do melhor interesse da criança, o seio familiar tem se configurado como campo de interlocução entre a psicanálise e o direito, ao passo que permite a análise do exercício parental nas situações de impasses e conflitos familiares cujo desenlace se dá pela separação e divórcio, nos casos em que os pais se utilizam do judiciário e recorrem ao psicanalista para intervir nos litígios quanto às questões de guarda e visitação dos filhos.

Nesse sentido, a psicanalista Teresa Maria Ramos de Oliveira⁴⁵ sinaliza que sede judicial, o sujeito criança figura no centro do litígio entre seus genitores. Ela preceitua que o litígio consistiria em um fenômeno que guarda significado correspondente à dissolução do laço parental na disputa judicial. Ressalta que

“é importante que ampliemos esse significante para que se ultrapasse o relato dos fatos na escuta de cada um dos cônjuges e da criança em jogo no litígio, para que se possam circunscrever os traços subjetivos de cada uma das partes que encobrem o que está sendo colocado na disputa judicial – e, reitera- Se o litígio familiar comparece como uma expressão da dissolução parental, e a criança nesse caso, é um objeto de negociação familiar, será que o “litígio” que comparece aos Tribunais já não estaria presente no romance familiar nos arranjos pulsionais dos sujeitos implicados naquela relação?”.

Considerando-se, ainda, o relato da psicóloga Rita de Cássia de Oliveira Costa⁴⁶, acerca de sua experiência profissional, destaca o seguinte:

44 Guarda compartilhada. O que é isso?, em 28/09/2008. Projeto da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro – Rio Mulher.

45 Resumo do trabalho apresentado no seminário denominado “Psicanálise e Direito de Família: uma abordagem interdisciplinar”, realizado junto à Associação Fóruns do Campo Laciano (AFCL-RJ), em Niterói, de de 01/03/2007 a 30/08/2007

46 Lotada na 1ª Vara de Família – Regional da Região Oceânica – Comarca de Niterói/RJ;

“nos casos avaliados pelo Serviço de Psicologia das Varas de Família, o litígio familiar, com todas as perdas advindas com a disputa judicial, incide de forma dolorosa sobre os filhos, que, expostos não somente às vicissitudes decorrentes da modificação da dinâmica familiar com a separação dos pais, se veem incluídos como partícipes de uma batalha em que seus oponentes se constituem em seus maiores referenciais de afeto e proteção”⁴⁷.

Em decorrência disso, a aplicação da guarda compartilhada demandaria, num primeiro momento, análise da singularidade fática e circunstanciais do contexto familiar, para que o compartilhamento reflita uma postura, um posicionamento objetivo e subjetivo do par parental. Por isso, a aplicação incondicional da guarda compartilhada e sua admissibilidade preconcebida poderia operar um efeito reverso ao que se espera, contribuindo para o recrudescimento das questões litigantes quando, na verdade, o compartilhamento da guarda deveria se prestar a libertar a criança do conflito de lealdade aos anseios parentais, possibilitando o despertar de seu próprio desejo e convicção.

Os efeitos do divórcio para a criança detêm dois vieses, um positivo e outro negativo. O primeiro representa a redução do conflito parental. A criança não mais estará submetida a um contexto familiar de intenso embate, o que, psicologicamente, é relevante, uma vez que se proporciona um ambiente saudável para o desenvolvimento do menor. Por outro lado, o aspecto negativo consistiria na diminuição da disponibilidade de relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família e, conseqüentemente, a exclusão de um dos genitores das rotinas familiares, fazem com que a criança experimente sentimentos de rejeição e baixa estima.

Isso é corroborado à medida que se defere a apenas um dos genitores a guarda do menor. Paulatinamente, os pais vão se tornando menos disponíveis aos filhos até que se configure um contexto de abandono afetivo ou quando, comumente, o da alienação parental. Em direção inversa, caminha a guarda compartilhada, a qual enseja a corresponsabilidade dos pais e a conscientização de que a despeito do fim da relação conjugal, a relação parental se perpetua, independente do papel marital. A criança sente-se privilegiada ao reconhecer que os dois pais estão envolvidos em sua criação e educação. Se prestaria a

47 Resumo do trabalho apresentado no seminário denominado “Psicanálise e Direito de Família: uma abordagem interdisciplinar”, realizado junto à Associação Fóruns do Campo Lacaniano (AFCL-RJ), em Niterói, de de 01/03/2007 a 30/08/2007

reafirmar que o vínculo com os dois genitores será mantido, minorando os efeitos que o divórcio suscita na criança: o medo de perder os pais.

Nesse diapasão preceitua Waldyr Grisard Filho⁴⁸

“A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhes permite discutir detalhes diários da vida dos filhos, como pressuposto do novo modelo”.

Com fulcro nos fundamentos teórico-clínicos da psicanálise, visando buscar esclarecer as complexas relações afetivo-emocionais, a instituição familiar tem configurado o campo ideal para investigações e reflexões de suas nuances, tal como o exercício da maternidade e paternidade que, segundo ensinamentos de Freud e Lacan, a função paterna desempenharia papel fundamental na constituição do sujeito. E, como o Direito se propõe a regular as relações da sociedade, é necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, oriundas, muitas vezes, do controle ao exercício da liberdade. Sobretudo, quando se tratar do Direito das Famílias, que lida com pessoas dotadas de sentimentos, movidas por emoções ante os desencantos e frustrações, que buscam no Judiciário, ouvidos e soluções a seus reclamos. Eis uma das razões para conceder especial atenção ao tratamento interdisciplinar do instituto da guarda compartilhada.

A fim de melhor compreender o ambiente social e familiar que vivenciaram os sujeitos envolvidos, bem como todas as transformações que se operam em suas individualidades, há previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente da atuação de uma equipe interprofissional, a despeito de não ser contemplada pelo Código Civil. Tal previsão revela certa preocupação do legislador em estar atento às nuances das relações familiares, penetrando campo que o Direito não é capaz de adentrar e conferir tratamento legal em conformidade às peculiaridades do caso concreto. Para isso, ocupa-se a pesquisa social, tal como prevista no art. 151 do referido Estatuto:

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou

48 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. p.196.

verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Como afirma Lenita Pacheco Lemos Duarte⁴⁹,

“a Psicanálise, tanto em seus princípios teóricos como em sua clínica, refere-se às ocorrências objetivas do passado, à história vivida na infância de cada ser humano em sua singularidade. Por essa vertente a clínica psicanalítica veio revolucionar não só os fundamentos da psicopatologia em geral, elucidando seus enraizamentos infantis, como deslocando a criança de sua posição ocupada no passado. Ao postular o Édipo e a sexualidade infantil, Freud transforma a infância numa cena primeira onde se originam todas as questões que vão orientar a vida do sujeito, que será determinado justamente por aquilo da infância que ele não sabe”.

Lenita⁵⁰ elucida, ainda, que em notas manuscritas entregues à psiquiatra e psicanalista Jenny Aubry, em 1969, Lacan defenderia que a sintomática da criança revelaria o que haveria de sintomas na estrutura familiar. Não se trata, no entanto, de conceber a criança como sintoma da família, mas de enxergar em seus sintomas um parâmetro à estrutura de sua família. E prossegue, “Lacan diz que “o sintoma nesse contexto se define como representante da verdade”, e que esse é o fato fundamental da experiência analítica. Assim sendo, o sintoma da criança pode representar a verdade do casal parental”.

Verifica-se das concepções lacanianas argumentos que corroborem e fundamentem a importância da oitiva da criança nas ações judiciais que envolvam, principalmente, a guarda do menor, mesmo que essa escuta não encontre previsão legal, salvo nas hipóteses de colocação do menor em família substituta, que já encontra regulamentação no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, enxergar os dilemas e vulnerabilidade aos quais os filhos na família em litígio estão condicionados, conceder espaço de escuta dessa criança e atentar aos significados revelados por sua linguagem, que podem corresponder à realidade de sua estrutura familiar consiste em um dos maiores desafios para os operadores do Direito, sobretudo, a quem está investido do poder decisório.

49 DUARTE, Lenita Lemos Pacheco. A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito. 3.ed. p.129.

50 idem

Preceitua, ainda, Lenita⁵¹ que

“a contribuição da Psicanálise sob a lógica do funcionamento da vida familiar se refere à interferência da função residual da transmissão da Lei paterna na constelação familiar. Segundo o psicanalista Santiago, com o declínio social da imago paterna, apontado por Lacan em Os complexos familiares, a psicanálise foi convocada para ajudar no trabalho de preenchimento do vazio instaurado por aquele declínio. A hipótese dos pós-freudianos da assistência focalizada nas mães é descartada por Lacan em favor do bom exercício da paternidade. Acreditava-se que a omissão e a impotência do pai para ocupar o lugar de chefe da família, lugar considerado essencial para a transformação da família em ser social, poderia ser saneada por artifícios jurídicos, mas comprovou-se sua ineficácia”.

8. Análise acerca da efetividade do instituto.

Há grande discussão doutrinária acerca da aplicação do instituto e da forma pela qual o legislador regulamenta o compartilhamento da guarda, ensejando a análise nos planos ontológico e deontológico de cumprimento da norma. Por ora, iremos nos ater às críticas mais emblemáticas apresentadas, quais sejam aquelas que apontam equívocos quanto ao tratamento do diploma normativo, que parece confundir a guarda alternada com a guarda compartilhada e a obrigatoriedade na fixação do compartilhamento da guarda. Nesta última hipótese, discute-se a guarda compartilhada e a compulsoriedade da custódia física conjunta, imposta por decisão judicial contrapondo-se às soluções alcançadas através dos métodos consensuais de solução de conflitos.

Cabe preceituar a importância da observância do plano ontológico, que trata da natureza do ser, da realidade e existência em si, ao passo que o plano deontológico, se presta a cuidar do dever ser, considerando as influências de aspectos religiosos, morais e éticos. Tendo em mente tais conceitos filosóficos e trazendo-os à realidade do direito e, em especial, ao conflito do tratamento normativo dado à guarda compartilhada, pode-se perceber que o espírito dos dispositivos legais que versam acerca do compartilhamento, na prática, não tem sido alcançado.

51 Ibidem.

Flávio Tartuce⁵², em uma análise crítica à Lei 13.058/2014, aponta para três equívocos introduzidos pela referida lei, quais sejam a alternância de moradias, conceito apresentado pelo §3º do artigo 1.583, a distribuição de tempo necessário ao convívio entre o pai e a mãe, a qual alude o inciso II do artigo 1.584 e a obrigatoriedade da fixação da guarda compartilhada, disposta no §2º do artigo 1.584. Da referida análise, conclui que, na realidade, o legislador estaria regulamentando a guarda alternada, atribuindo-se apenas o nome da guarda compartilhada. Em seu estereótipo, estaria travestida de guarda compartilhada, mas que em seu teor, substancialmente, se trataria da guarda alternada. Como solução, Tartuce salienta que a guarda compartilhada deveria ser aplicada sem considerar a alternância de lares que o dispositivo normativo faz menção.

No tocante à previsão de alternância de moradias e da distribuição de tempo entre os genitores, alguns doutrinadores entendem tais características inerentes à guarda alternada e não da guarda compartilhada, por essa razão se fundamenta a aparente confusão do legislador. E, no que concerne à obrigatoriedade da sistemática do compartilhamento, contrariamente à posição adotada pelo STJ, como já fora anteriormente mencionado, defendem que para adotar a sistemática da guarda compartilhada é necessário que haja um convívio mínimo pacífico entre os genitores, uma relação, minimamente, harmoniosa entre os pais a fim de que não se fomente maiores conflitos pela imposição do compartilhamento e, em casos mais litigiosos, a alienação parental.

Insta esclarecer que pelo compartilhamento não se deve conceber como o tempo e visitas delimitadas igualmente entre os genitores, mas pela tomada de decisões em conjunto de qual escola o menor irá integrar, por exemplo. Afinal, é para isso que a guarda compartilhada se presta e, para tanto, é essencial que haja um convívio suficientemente cerimonioso.

Urge explicitar, ainda, que há quem suscite a inconstitucionalidade da atual disciplina jurídica da guarda compartilhada, isso porque iria de encontro ao princípio da igualdade entre

52 TARTUCE, Flavio. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da lei 13.058/2014 – Parte I. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>. Acesso em 01 de junho de 2017.

homens e mulheres, preconizado no artigo 5º, caput da Constituição Federal. Eduardo Tomasevicius Filho⁵³ defende que em razão do legislador preocupar-se apenas com a proteção do menor e seu bem-estar, cujos pais não convivam sobre o mesmo teto, ao passo que para os pais que convivam sobre o mesmo teto com seus filhos estariam eximidos da convivência obrigatória e tempo equilibrado. A inconstitucionalidade, portanto, se explicaria pelo tratamento diferenciado para os menores que não possuem os pais convivendo sob o mesmo teto.

Com as devidas vênias, ousou discordar do Doutor Eduardo, posto que demanda-se grande esforço hermenêutico assimilar a tese pela inconstitucionalidade da referida norma, considerando que há um limite de intervenção do Estado nas relações familiares, preservando a autonomia privada, sobretudo, por tratar-se do seio familiar, ambiente de extrema privacidade e liberdade entre os indivíduos. Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁴, “sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros”, perfazendo “um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas”.

53 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inconstitucionalidade da atual guarda (parte 2). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-01/inconstitucionalidade-atual-guarda-compartilhada-parte> . Acesso em 01 de junho de 2017.

54 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família, cit.p.156-157.

4. DOS LIMITES DA IMPOSIÇÃO JUDICIAL EM FACE DO CONSENSO ENTRE OS PAIS

9. Métodos consensuais: conceito e importância

Com fulcro nos artigos 3º do Código de Processo Civil e 5º, XXXV da Constituição Federal, resta cristalizado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que pretende assegurar a todo e qualquer indivíduo o universal e amplo acesso à Justiça, estabelecendo que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, compatibilizando-o aos métodos que buscam a solução consensual dos conflitos, conforme dicção do artigo 3º, §2º, bem como a possibilidade de utilização da arbitragem, artigo 3º, §1º.

Os métodos consensuais mais comumente utilizados, de que trata o referido diploma normativo, são conciliação, mediação e arbitragem, que deverão ser apresentados e estimulados por todos os profissionais do Direito que atuam no processo, inclusive, durante seu curso, conforme dicção do artigo 3º, §3º. Isso porque as soluções consensuais se apresentam, na maioria dos casos, como mais adequadas face à imposição judicial de uma sentença, ainda que considerada sob um contexto democrático, por meio de um procedimento em que se assegura o contraditório e a ampla defesa.

Tais métodos, paulatinamente, vêm sendo admitidos e incorporados ao nosso sistema jurídico, com o fim de se afigurar meios prioritários de resolução dos litígios. Consubstanciam verdadeira mudança de paradigma, posto que em nossa sociedade predomina uma cultura judicante, na qual em todo e qualquer entrave, ou ameaça, à concretização de um direito, busca-se socorro no Judiciário. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara⁵⁵, brilhantemente, assinala que anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015, tais métodos eram denominados como meios alternativos de solução dos conflitos. Em sede de conceituação, já se constata o afastamento do uso das ferramentas consensuais, tratadas como “alternativas” e não como prioritárias e conclui:

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. p.5.

“A solução consensual é certamente muito mais adequada, já que os vínculos intersubjetivos existentes entre os sujeitos em conflito (e também entre pessoas estranhas ao litígio, mas por ele afetadas, como se dá com filhos nos conflitos que se estabelecem entre seus pais) permanecerão mesmo depois de definida a solução da causa. Daí a importância da valorização da busca de soluções adequadas (sejam elas jurisdicionais ou parajurisdicionais) para os litígios.⁵⁶

Notoriamente, esses métodos têm sido aprimorados enquanto mecanismos de pacificação de conflitos e, aos poucos, sendo abraçados pelo Judiciário. Especialmente para o Direito das Famílias, que detêm cargas de variadas ordens, seja afetiva, emocional, sexual, etc, cumprem especial função, servindo para arrefecer os ânimos das partes e, ao mesmo tempo, auxiliar à deliberação de decisões mais juntas e consentâneas com os valores personalíssimos de cada um dos interessados, aproximando a realidade do Direito à realidade vivida a cada caso concreto.

10. Modalidades: conciliação, mediação, arbitragem, constelação.

A presente abordagem se dedicará a analisar alguns dos métodos hoje encontrados no arcabouço doutrinário e da prática forense, mas ressalta-se que não se esgotam aqui tais mecanismos, mesmo porque o legislador esculpiu no artigo 3º, §3º do Código de Processo Civil de 2015 que outros meios de solução consensual de conflitos, além da conciliação e mediação, deveriam ser fomentados pelos operadores do Direito, no curso do processo judicial. Considerar-se-ão, portanto, a conciliação, mediação, arbitragem e constelação.

Por conciliação entende-se a atividade desempenhada a fim de viabilizar, possibilitar, facilitar e incentivar as partes em litígio a chegarem a um acordo, permitindo àquele que figura como conciliador, apresentar proposições com o fim de obter o consenso. Como bem define Petronio Calmon⁵⁷:

“Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, é fiscalizada ou é orientada pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva

⁵⁶ Idem.cit. p. 6.

⁵⁷ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 2.ed. p.132.

desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes”

A mediação apresenta-se como mecanismo auxiliar não adversarial em que um terceiro imparcial, que não é dotado de nenhum poder sobre as partes, viabiliza um canal de comunicação não violenta a fim de que, cooperativamente, vislumbrem o ponto de harmonia em meio ao conflito. Não se trata de mero assistente passivo, mas o mediador funciona como um modelador de ideias, que sob uma perspectiva imparcial, ajuda as partes a realizar escolhas voluntárias com o fim único de solucionar o conflito. Petronio Calmon⁵⁸ conclui: “A mediação é, então, a participação de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos em um conflito, visando à obtenção da autocomposição, sem perder de vista, se o caso, a salutar continuidade de uma relação que se prolonga no tempo”.

Já na arbitragem, utiliza-se a figura do árbitro, um terceiro eleito pelas partes, para que solucione o conflito de interesses. Como explica Águida Arruda Barbosa, a conciliação seria um método de solução de conflito através de um acordo celebrado entre as partes. Se trataria de uma transação em juízo. Na arbitragem, para a solução de determinados conflitos de interesses, majoritariamente patrimoniais, utiliza-se um árbitro, indicado pelas partes, uma espécie de “justiça privada escolhida pelas partes”. No tocante à mediação, “uma terceira pessoa neutra para auxiliar as partes conflitantes (mediandos) a despertar seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito, chegando a uma solução”⁵⁹

E, por fim, a constelação, que se fundamenta no artigo 3º, §3º do Código de Processo Civil, visa a provocar nos litigantes uma reflexão acerca dos motivos que os levaram a ingressar com a demanda judicial e sobre seus vínculos familiares. Objetiva, por meio de uma estratégia dinâmica de observação dos casos familiares, possibilitar uma conversa entre os demandantes, dando fim a comportamentos que gerem novos conflitos, segundo informações do CNJ.

58 Idem, cit.p.116.

59 BARBOSA, Águida Arruda, cf. “Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário”, cit. P.32-34.

11. O impacto causado na aplicação dos métodos alternativos nas ações de Guarda

Como já explicitado anteriormente, percebe-se, hoje, uma tendência no judiciário brasileiro ao incentivo do uso de métodos consensuais de solução de conflitos. Isso porque, para além de estudos da psicologia que apontam para a importância de estabelecer um diálogo entre as partes, principalmente, quando se trata de litígios no seio familiar, nota-se uma postura de autodeterminação dos entes familiares, que tende a inibir a intervenção do Estado nas relações familiares.

Atrelado a isso, pela prática forense, percebeu-se que havia grande índice de reincidência nas demandas cujas soluções eram provenientes de uma decisão judicial. Afinal, não há como exigir que o juiz conheça a realidade cotidiana de cada indivíduo que integra o conflito. Por mais atento e experiente, o juiz não é capaz de dar fim e apaziguar todo e qualquer conflito, dada a complexidade das relações familiares e às nuances que lhes são peculiares. Portanto, o processo judicial restava inócuo, ineficaz, oneroso e, por vezes, gerava o efeito reverso, fomentando ainda mais os conflitos.

Diante desse cenário, vislumbrou-se nos métodos consensuais, um meio de desafogar o Judiciário, que movia todo seu aparato e, ao fim, não solucionava a demanda e, posteriormente, nova ação seria movida pelo mesmo contexto litigioso, ou para solucionar um mesmo conflito ou para atender seus desdobramentos, numa espécie de ciclo vicioso, em que a estrutura do Judiciário acabava por alimentá-lo.

Suscita-se, ainda, a efetividade dos acordos judiciais, realizados em sede de Audiência de Instrução e Julgamento, uma vez que as partes procuram o Judiciário com a expectativa de que o juiz irá solucionar o problema. Contudo, em razão do intenso desgaste das relações, suas frustrações e postura litigante, esperam, na verdade, que o juiz puna o ex-cônjuge ou companheiro. Ademais, a figura do juiz, por si só, já produz uma carga psicológica nas partes, no sentido de o que dele for proposto, presumir-se-á fato a ser consumado. E, então, pelas proposições feitas pelas partes e pelo juiz, as partes acabam por acatar o que é proposto pelo juiz, não se configura um acordo, em sua essência. Isso se verifica pelo alto índice de reincidência das partes, em razão do descumprimento das cláusulas do referido acordo.

Ocorre que, no cotejo normativo, o legislador parece confundir o instituto da guarda compartilhada, que, na realidade, estaria regulando-se a guarda alternada. Por outro lado, quando analisadas, caso a caso, as ações de guarda, o que se vê aplicada seria a guarda unilateral, com a regulamentação de visitas, contudo, fundamenta-se como guarda compartilhada.

O presente estudo se presta a analisar o impacto dos métodos consensuais nas ações de guarda, sua incidência e aplicação. Para tanto, realizou-se uma análise nas ações de guarda que tramitam no fórum regional da Leopoldina, encaminhadas ao Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), durante os meses de outubro e novembro do ano de 2016. Contudo, tal análise irá se restringir apenas às ações encaminhadas à mediação e aquelas que foram submetidas à oficina de pais. A referida oficina é realizada em conjunto, reunindo diversos pares parentais, com demandas diversas no âmbito do direito das famílias e objetiva conscientizar os pares quanto às peculiaridades das relações, cada um com suas nuances e que os meios de soluções pacíficos se mostram os mais benéficos para todos.

Preliminarmente, em levantamento feito junto ao protocolo geral do Fórum Regional da Leopoldina, durante o período de 09/01/16 a 01/12/2016, 4.160 (quatro mil, cento e sessenta) demandas, cuja competência é das varas de família, ingressaram no judiciário, dentre as quais, 369 (trezentos e sessenta e nove) correspondem a ações ordinárias, estando as ações de guarda abarcadas por este último quantitativo.

Para fins de exemplificação, considerando a densidade demográfica dos bairros que integram a jurisdição da Regional da Leopoldina que, segundo dados do IBGE⁶⁰ atingia 807 habitantes por hectare, isso quer significar que, tomando um hectare, cada indivíduo teria que ingressar com 5 (cinco) ações judiciais. Esses números revelam a cultura que persiste em nossa sociedade de, a todo e qualquer conflito, invocar o judiciário. Eis uma das razões que explicam o sobrecarregamento do judiciário e a importância de se fomentar os métodos consensuais de solução de conflito.

60 IBGE, Censo Demográfico 2010. Disponível em: http://portalgeo.rio.rj.gov.br/armazenzinho/web/imagens/09_Densidade_demografica_2010.pdf. Acesso em 10 de junho de 2017.

No que tange ao panorama das ações de guarda, em Outubro de 2016 foram realizadas 141 (cento e quarenta e uma) sessões de mediação. Cabe ressaltar que as mediações vão sendo agendados consoante a complexidade e progresso do caso concreto, não havendo um número mínimo de sessões requeridas. Destas 141 sessões, 23 (vinte e três) versavam, precipuamente, acerca das ações de guarda.

Dessas 23 sessões, verificou-se junto ao Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania, que tem como um dos diretores o juiz de direito, Dr. André Tredinick, que em seis ações judiciais, o juiz homologou o acordo pelo compartilhamento da guarda. Em nove casos, optou-se pelo modelo da guarda unilateral, com regulamentação de visitas, seis casos mantiveram-se sem acordo ou ainda estão em andamento. Além disso, um caso foi extinto sem julgamento de mérito e outro a parte autora desistiu da ação, posto que estaria buscando seguir acordo extrajudicial celebrado para regular a guarda.

Contudo, cabe ressaltar que dentre esses seis casos nos quais o juiz homologou o acordo pelo compartilhamento da guarda realizado em sede de mediação, todos foram regulados fixando um domicílio do menor com um dos genitores, na maioria dos casos com a mãe. Além disso, houve regulamentação de visitas, fixando os dias e horários dos encontros, bem como as visitas em datas comemorativas, como natal e reveillon.

Quanto ao mês de novembro de 2016, ocorreram 117 sessões de mediação, dentre as quais 26 versavam acerca da guarda. Extraí-se da análise que quatro delas obtiveram acordo, homologado pelo juiz, pelo compartilhamento da guarda. Em sete casos, optou-se pela guarda unilateral. Ademais, em dois casos, as partes rejeitaram acordo e/ou as ações judiciais continuam em prosseguimento. Cabe destacar que em um dos casos, o processo foi extinto por abandono do autor, em outro optou-se pela guarda alternada e, ainda, em um outro caso, o pai e a mãe estavam desaparecidos, desde 2013, não se tratando de guarda pelos genitores, portanto.

Reitera-se, aqui, que tal como foi apontado quanto aos casos do período de outubro, observou-se que nas demandas nas quais o modelo da guarda compartilhada restou adotado, houve a fixação do domicílio com um dos genitores, na maioria dos casos com a figura materna, além de regulamentar as visitas, sendo estabelecidos os horários e pontos de

encontro para as visitas. Observa-se, também, que em datas comemorativas, o calendário da criança já estava definido.

Diante do exposto, aduzimos que a guarda compartilhada tal como encontra-se postulada no ordenamento jurídico, bem como vem sendo aplicada no Judiciário, não cumpre sua finalidade, sendo seu propósito desvirtuado, seja por equívocos trazidos pelo legislador, seja pela interpretação dada pelos operadores do Direito.

CONCLUSÃO

Como exposto, em que pese a previsão no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da guarda compartilhada e sua aplicação estabelecida como regra, ainda que entre o par parental não haja uma relação harmoniosa. E, também, os métodos consensuais de solução de conflitos recebendo tratamento prioritário pelo legislador, afastando a resolução da demanda pela via jurisdicional, no plano da prática forense, contudo, não se vislumbra o alcance de tais institutos.

No cotejo normativo, parece que o legislador confunde o compartilhamento da guarda ao inserir nos dispositivos normativos características que são aplicáveis à guarda alternada, mas que são incompatíveis com a sistemática do compartilhamento, quais sejam: alternância de domicílio, divisão equânime do tempo entre os genitores e a criança e a compulsoriedade da aplicação pelo juiz da modalidade compartilhada.

No que tange à análise da prática forense, a despeito dos métodos consensuais de solução de conflitos receberem tratamento prioritário e de se notar uma mudança na postura das partes que, a priori, provocavam a atividade jurisdicional, esperando que o juiz exarasse uma decisão, com caráter punitivo em face do outro genitor. Hoje, percebe-se um movimento, ainda que paulatino, inicialmente, da conscientização das partes envolvidas no litígio familiar que a melhor solução seria a proveniente do acordo firmado por si mesmas e, conseqüentemente, a adoção dos métodos consensuais.

Ademais, quanto à interpretação e aplicação dada ao instituto da guarda compartilhada pelos operadores do Direito também não tem sido alcançada em sua essência. O que se percebe é a aplicação da guarda unilateral, quase sempre atribuída à figura materna, com regulamentação de visitas. Contudo, recebe o fundamento legal da sistemática compartilhada, tendo-se, portanto, o desvio da finalidade do instituto, tornando inócua a previsão normativa, revelando que o legislador, bem como os operadores do Direito, não pretenda que um conjunto normativo, necessariamente e compulsoriamente, traga soluções para todos os conflitos, principalmente, os oriundos no seio familiar, esfera mais íntima do indivíduo e, portanto, a intervenção do Estado deveria ser considerada a última *ratio*.

REFERÊNCIAS

- BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: por Francisco Alves, 1960. vol. 2.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. Guarda de filhos. São Paulo: Universitária do Direito, 1984.
- BORDA, Guillermo. A. Familia. Tratado de derecho civil. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. t. II.
- CAHALI, Yussef Said. A importância do instituto da guarda. XIV Congresso da Associação dos Juizes e Curadores de Menores. Anais. Vitória, 1991.
- CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 18ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. In: Lira, Ricardo Lima (coord.) Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GIMENEZ, Angela. Igualdade Parental. Entrevista veiculada na Revista IBDFAM, 18º ed., janeiro de 2015.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. O direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (coord.). Aspectos constitucionais, civis e processuais. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, vol. 3.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MARCHESA, Ana Maria. Colocação em família substituta: aspectos controvertidos. RT 689/297. São Paulo: Ed. RT, mar. 1993.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord.). Direito de família e ciências humanas. Caderno de estudos 2, p. 197-213. São Paulo: Jurídica brasileira, 1998.

MOURA, Mário Aguiar. Guarda de filho menor. *Ajuris* 19, p.14-33. Porto Alegre, jul.1980.
OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. Guarda, tutela e adoção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de família. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

_____. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 195-243.

ROCHA, J. Virgílio Castelo Branco. O pátrio poder. 2.ed. São Paulo: Universitária, 1978.

RODRIGUES, Silvio. O divórcio e a lei que o regulamenta. São Paulo: Saraiva, 1978.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Do pátrio poder. São Paulo: Ed. RT, 1994.

SIMÃO, José Fernando. Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas. Disponível em: www.conjur.com.br, publicado em 23 de agos. de 2015. Acesso em 25 de maio de 2017.

TARTUCE, Flávio. A lei guarda compartilhada ou alternada obrigatória. Análise crítica da lei 13.058/2014 – Parte I. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>. Acesso em 30 de maio de 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 305-322.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inconstitucionalidade da atual guarda compartilhada – Parte I. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-24/direito-civil-atual-inconstitucionalidade-atual-guarda-compartilhada-parte>. Acesso em 01 de junho de 2017.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Ed. RT, 2003.