



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A efetividade das decisões de guarda compartilhada sem o consenso entre os pais

Eline Moreira Ferreira de Oliveira

Rio de Janeiro
2015

ELINE MOREIRA FERREIRA DE OLIVEIRA

A efetividade das decisões de guarda compartilhada sem o consenso entre os pais

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

A EFETIVIDADE DAS DECISÕES DE GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO ENTRE OS PAIS

Eline Moreira Ferreira de Oliveira

Graduada em Pedagogia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas.

Resumo: No ano de 2012 o Brasil registrou 6% de aplicação da guarda compartilhada nos casos de divórcios com filhos em idade inferior a 18 anos. No intuito aumentar a adoção da referida modalidade de guarda foram realizadas alterações significativas no texto legal, sobretudo pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14, que tornaram a guarda compartilhada preferencial sobre a guarda unilateral, independente da vontade dos pais. A essência do presente texto está em discutir sobre a efetividade do compartilhamento sem que haja um consenso entre os ex-cônjuges e as formas de obter o resultado esperado sem a imposição legal.

Palavras-chave: direito de família – guarda compartilhada – consenso

Sumário: Introdução. 1. A guarda compartilhada e sua nova redação no Código Civil. 2. A concessão de guarda compartilhada sem a vontade dos pais. 3. Formas para deferir a guarda compartilhada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de debater outras formas de deferir a guarda compartilhada. Isso porque se observa que este instituto tem valor significativo na continuidade das relações familiares, mas não pode ser aplicada de maneira desarrazoada, pois, ao desprezar a vontade dos pais corre-se o risco de prejudicar a efetividade dessas decisões, bem como, desvirtuar o objetivo da guarda compartilhada, que é de diminuir os danos da separação.

Para tanto serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais no intuito de debater sobre a efetividade de uma decisão que se funda na intenção legislativa e no uso do princípio do interesse superior da criança e coloca em segundo plano as relações interpessoais entre os ex-cônjuges. Ressalte-se que esses terão que, minimamente, conviver e tomar decisões sobre

os filhos em conjunto, mas contra as suas vontades, sem uma preparação ou acompanhamento.

No ano de 2012 o Brasil registrou 341.600 divórcios concedidos em primeira instância e sem recursos ou por escrituras extrajudiciais, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Dentro desse universo, dos divórcios realizados com a existência de filhos menores, em 87,1% dos casos a guarda foi dada às mães e em 6% dos casos foi dada a guarda compartilhada, segundo informações do mesmo órgão, que também afirma que os números relativos a guarda compartilhada está crescendo.

No primeiro capítulo do trabalho apresentado haverá um breve histórico sobre o instituto da guarda compartilhada até a sua inserção na legislação brasileira.

Ao longo do segundo capítulo tratar-se-á da imposição legislativa da guarda compartilhada independente do consenso entre os pais. Além disso, fala-se em uma posição doutrinária de apoio a guarda compartilhada ao fundamento do princípio do interesse superior da criança.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a discutir as formas de deferimento da guarda compartilhada elencando possíveis requisitos para que ela seja utilizada sem maiores danos à criança ou adolescente.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e parcialmente exploratória.

1. A GUARDA COMPARTILHADA E SUA REDAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a quantidade de divórcios é crescente no país visto que o que acaba é a relação dos pais, mas não o poder familiar que ambos exercem sobre a prole. Para Gonçalves, o “poder familiar é o conjunto de

direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.”¹ Tal poder tem profunda relação com o princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, §7º da CRFB, de tal modo que o Código Civil no art. 1638 prevê as hipóteses em que é possível ocorrer a perda do poder familiar.

Após o término de uma relação conjugal é preciso definir com quem ficarão os filhos e buscar reduzir os efeitos dessa mudança na configuração familiar; daí surge a noção de guarda conjunta com o objetivo de reduzir o impacto da decisão dos pais na vida dos filhos. Para Canezin²:

A guarda é o meio necessário para a efetivação do poder familiar. A legislação atribui ao poder familiar um complexo vasto de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais, cuja distância, ou até mesmo a ausência, poderia prejudicar.

Destina-se a guarda primeiramente a assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres.

A importância da guarda compartilhada no cenário atual é justamente marcar a continuidade do vínculo entre pais e filhos e permitir maior atuação na vida e criação destes, já que legalmente a guarda confere maior amplitude dos deveres inerentes ao poder familiar.

O Código Civil de 1916 fazia menção somente a guarda unilateral, estipulando critérios objetivos quanto ao seu deferimento com base na culpa pela separação, no sexo e idade das crianças ou conferindo-a a outras pessoas da família. O Código Civil de 2002 estabelecia um conceito mais aberto, pois no art. 1583 possibilitava que em caso de consenso prevaleceria o acordo feito pelos pais, enquanto o art. 1584 previa que em caso de litígio a guarda seria unilateral.

A primeira decisão judicial que conferiu aos pais a guarda compartilhada foi proveniente do Tribunal inglês em 1964 no caso “Clisold”. Tal caso influenciou a jurisprudência de

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6.8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.45

2 CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=11>. Acessado em: 11 out. 2014.

diversos países, no entanto, foi a França o primeiro país a editar uma lei sobre o tema em 1987. No Brasil, mesmo sem previsão legal expressa, a guarda compartilhada era aplicada por parte dos magistrados com base em normas jurídicas como o art. 229 da CRFB, que traz o dever de ambos os pais na criação dos filhos, a Lei 8060/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), a Lei 9278/96 (sobretudo seu art. 2º), bem como a Convenção sobre os Direitos das Crianças³ que em seu art. 9º prevê o direito de continuar se relacionando diretamente com ambos os pais, salvo se contrário ao interesse da criança. Tal regulamentação veio com a Lei 11.696/08, assim, atualmente existem duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada. A primeira é atribuída a somente um dos genitores, enquanto a segunda atribui responsabilização conjunta de exercício de direitos e deveres sobre os filhos, da mesma forma como era feita durante a relação afetiva. É esse conceito de manutenção de relacionamento que fez a guarda compartilhada ganhar destaque e preferência doutrinária e jurisprudencialmente. Segundo Dias⁴:

O novo modelo de co-responsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças, com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse. (...) A guarda conjunta garante de forma efetiva a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

A Lei 11.696/08 foi proveniente do projeto de Lei nº 6350/02 e alterou os art. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, o que trouxe mudanças no direito material e processual relativo ao tema. Com relação às mudanças no direito material temos a conceituação de guarda unilateral e compartilhada, a ausência de diferença no tratamento dos filhos quanto a dissolução conjugal ser consensual ou litigiosa, a estipulação de fatores objetivos na determinação da guarda unilateral e a possibilidade de supervisão pelo cônjuge não detentor

3 Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil com o Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990.

4 DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf>. Acessado em: 11 out. 2014.

da guarda. Quanto ao direito processual, as inovações permitem a discussão sobre a guarda tanto em ação autônoma quanto no bojo de ação de divórcio, separação, dissolução de união estável ou mesmo em sede de medida cautelar. Também trouxe hipóteses de alteração da guarda, e estipulou a prioridade da guarda compartilhada sobre a unilateral, com previsão de apoio por equipe multidisciplinar.

A despeito do tempo transcorrido entre o projeto e a efetiva lei (cerca de 6 anos) a discussão que se extrai dos votos emitidos pelos deputados ainda se mostra atual. Isso porque embora reconhecessem a importância da adoção da guarda compartilhada, se questionaram quanto a sua efetividade, no sentido de garantir que o convívio seja partilhado da mesma forma que as responsabilidades e de que o juiz tenha instrumentos legais para atuar, ou seja, ele seria responsável por definir a modalidade de guarda como compartilhada desde que houvesse o mínimo de entendimento entre os pais no intuito de evitar a exposição dos filhos a situações de conflito. Daí também decorre a motivação para o presente trabalho.

No referido projeto de lei constava um parágrafo⁵, que foi vetado, e permitia ao juiz a determinação da guarda de forma temporária. Segundo Oliveira⁶ “[...] era enorme a preocupação dos juristas da área, quanto a aprovação desse malsinado parágrafo, em face de sua redação confusa, dúplce e dúbia, gerando perplexidade e preocupação. Sua interpretação extensiva poderia levar a consequências funestas e imprevisíveis.” De fato a ausência dessa parte no dispositivo não traz prejuízos de ordem prática uma vez que a modalidade de guarda pode ser alterada posteriormente, já que não faz coisa julgada. Da mesma forma, o juiz ainda tem a possibilidade de deferimento da guarda de forma cautelar, conforme consta no inciso I do art. 1584 do Código Civil de 2002.

A Lei 11.696/08 estabeleceu que a guarda compartilhada seria preferencial às outras

5 A redação do parágrafo 4º do projeto de Lei 6350/02 era a seguinte: “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse.”

6 OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda compartilhada: comentários à Lei 11.696/08*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008. p. 9

modalidades. Nos dizeres de Silva⁷:

A lei define a guarda compartilhada como um sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.

Quanto à possibilidade de deferimento de guarda compartilhada em medida cautelar (art. 1584, I, parte final do CC), tal medida pressupõe um litígio existente entre os pais, o que a princípio dificultaria a execução da guarda compartilhada, mas em hipótese alguma poderia ser concedida medida liminar. Isso porque os requisitos para essa decisão seriam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ora, se houvesse perigo não existiria a guarda compartilhada, mas tão somente a unilateral.

Contudo, de todas as alterações trazidas pelo novo ordenamento, a que traz maiores discussões é a inserção do inciso II no mesmo artigo, que diz que a guarda compartilhada poderá ser determinada pelo juiz. Daí surge o questionamento do presente trabalho, no sentido de que o juiz estaria livre para decidir sem que houvesse acordo entre os pais, uma vez que o que prevalece é o interesse da criança em manter uma base familiar.

2. A AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DOS PAIS PARA A GUARDA COMPARTILHADA

O ambiente familiar é algo complexo e, por isso, a legalidade estrita deve ser ponderada em favor da adequação dos fatos concretos aos princípios informadores do direito de família e do direito da criança e do adolescente, dentre eles, o princípio do melhor interesse da criança.

O Código Civil vem sofrendo constantes alterações no sentido de tornar a guarda compartilhada a espécie de guarda mais adotada em nosso país. Nesse sentido tem-se a Lei

7 SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012. p. 98.

13.058/14, que alterou o referido diploma legal para expor o significado da expressão “guarda compartilhada” e para dispor sobre sua aplicação. Tal lei deixou de tratar a guarda compartilhada como uma opção, mas sim, como algo obrigatório para aqueles que tem o poder familiar, salvo nos casos de negativa expressa de um dos pais do desejo de obter a guarda.

Em razão dessa política legislativa de apoio à continuidade do convívio familiar deve-se discutir sobre a efetividade das decisões tomadas nesse sentido. Isso porque o texto legal, corroborando a jurisprudência do STJ e boa parte da doutrina, como por exemplo Maria Berenice Dias⁸, ignorou a relação entre os pais após o fim do relacionamento, ao argumento de que deve prevalecer o melhor interesse da criança, refletido pelo direito de convivência.

O princípio do melhor interesse da criança, que após a edição da Lei 12.010/09 passou a se chamar princípio do interesse superior da criança, foi incorporado no art. 227 da CRFB em razão da adoção do princípio da proteção integral pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Tal princípio orienta não só a legislatura pátria como também as decisões relativas à infância e juventude. No entanto, esse princípio não tem definição clara, de modo que sua aplicação ainda gera controvérsias. Para Tânia da Silva Pereira a interpretação do cito princípio é de ordem subjetiva:

[...]. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou para o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética.⁹

8 Nesse sentido: “O novo modelo de coresponsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse.”

DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!* Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf. Acesso em: 22.fev.2015

9 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse: da teoria à prática. IN: SOUZA, Jane de. *O princípio do melhor interesse aplicado ao direito de família*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 22 fev.15.

Assim, a análise do contexto familiar mais adequado para atender aos interesses das crianças e adolescentes dependerá da convicção do juiz e, portanto, de suas observações e regras de experiências que são próprias de sua vivência, o que nem sempre corresponde à realidade da criança em questão.

Já para Andréa Rodrigues Amin, a aplicação do princípio deve ser realizada de forma objetiva:

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.¹⁰

Para essa autora, o juiz deve observar todos os princípios fundamentais envolvidos ao caso e escolher de modo a atender o maior número de princípios possíveis. Trata dessa forma por reconhecer que haverá na decisão uma influência subjetiva, mas que esta deve ser reduzida ao máximo.

A diferença entre as duas concepções acima é crucial e pouco trabalhada pelos doutrinadores da área da infância. Por vezes se fala apenas do princípio do interesse superior da criança como justificativa para toda e qualquer decisão, o que é de certo modo perigoso, já que a amplitude de interpretação do princípio permite chancelar situações que, por atender a uma visão tradicional de família, fogem a real vontade daquela criança enquanto sujeito de direitos.

Partindo-se da diferença de interpretação sobre o princípio do interesse superior é que se passa a questionar a aplicação da guarda compartilhada como obrigatória em todos os casos de dissolução conjugal. Isso porque viver em um ambiente de conflito não parece ser algo recomendável e a alteração legislativa foi feita no sentido de ignorar a presença de conflitos entre os casais com o término da relação.

10 AMIN. Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. IN: MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2011, p. 34.

A justificativa dada pela doutrina é a de que prevalece o interesse da criança, logo, os pais devem se organizar e resolver suas questões pessoais, para isso, não podem prejudicar a convivência familiar como um todo. Ocorre que essa premissa foi proposta com base em um plano ideal, onde pessoas adultas conseguem separar seus sentimentos de suas atitudes com relação aos filhos, sem que eles sejam colocados no centro do conflito ou sejam alvo de disputa de poder. No entanto, essa premissa não corresponde à realidade e ignorar esse fato pode desvirtuar a intenção do legislador e gerar um efeito pouco saudável a uma relação familiar.

Ressalte-se que o contexto de um divórcio é uma experiência de sofrimento grande para os filhos. Nesse sentido:

Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações de paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinho no mundo.¹¹

De fato a guarda compartilhada ameniza para a criança essa sensação de fragmentação do lar, mantendo a presença física de ambos os pais com maior frequência. Além disso, retira do cônjuge que detém a guarda a sensação de poder sobre a criança, como se esta fosse um objeto e não um sujeito de direitos. Mas a operacionalização do compartilhamento, ou seja, o estabelecimento de rotina e divisão de obrigações necessita de um diálogo razoável entre os ex-cônjuges.

A guarda compartilhada não afeta a possibilidade de fixação de alimentos, bem como não implica divisão de casas, não significa passar metade da semana com o pai e a outra metade com a mãe. Em certos casos os pais estabelecem o chamado aninhamento, que é uma modalidade de guarda compartilhada onde o filho permanece na residência e os pais se revezam, mudando periodicamente para a casa do filho. Tal prática não é comum, até mesmo

11 WALLERSTEIN, Judith S.; BLEKESLEE, Sandra. Sonhos e realidade no divórcio. IN: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 441

porque depende de certo padrão econômico. O mais comum é fixar a residência da criança com um dos pais, enquanto o outro possui liberdade para visitação e participação na vida do filho.

A necessidade de consenso entre os pais, embora dispensada pela lei e pela concepção doutrinária majoritária,   necessária pois sua ausência pode desvirtuar o instituto. Se haverá uma pluralização de responsabilidades são os pais quem devem ter consciência de que são igualmente importantes na vida e na formação do filho. Uma imposição judicial não é capaz de gerar tamanha conscientização.

O ato de compartilhar implica corresponsabilidade parental, ou seja, ambos estarão empenhados em manter a rotina da crianç , em decidir questões de seu interesse e em participar de atividades cotidianas. Quando a crianç  fica em uma única residência, por exemplo, esses pais precisam a todo tempo fazer acordos e tomar decisões, o que   difícil vislumbrar sem a existência de consenso entre eles.

Uma decisão judicial deve ser tomada de modo a se tornar efetiva. Em se tratando de direito de família em especial, a efetividade decorre da conscientização de que aquela decisão corresponde ao mais recomendável diante de uma realidade e que por isso deve ser seguida, mantendo assim o equilíbrio das relações interpessoais. Essa consciência não nasce de uma imposição judicial.

Deve-se reconhecer que a mente humana é suficientemente criativa quando se trata de uma obrigação oposta a sua vontade, agindo de modo tão sutil que não ensejaria a imposição de multa, como previsto em lei. Por exemplo, se os pais entram em acordo as atividades da crianç  serão determinados de uma forma; se eles não estão em sintonia, os horários da crianç  podem ser preenchidos de atividades que envolvam estudo, de modo a dificultar o questionamento do outro cônjuge.

Esse é são um exemplo de como a vontade dos pais faz diferenç  e pode afetar a concepção

da guarda compartilhada. Isso deve ser evitado, pois, a presença dessa modalidade de guarda na legislação e no cotidiano dos tribunais foi decorrente de muita luta por doutrinadores e pesquisadores na área da infância. De certo que o compartilhamento representa um avanço, já que reconhece que os pais são igualmente importantes na formação e desenvolvimento dos filhos, mas deve ser implementado com cautela de modo que não só a lei reconheça a igualdade, mas também os próprios pais.

3. FORMAS DE ADOÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DIFERENTES DA IMPOSIÇÃO LEGAL

Como foi visto nos capítulos anteriores, a guarda compartilhada é uma forma de continuidade de vínculos familiares após a separação conjugal que ainda não era comum entre os casais. No entanto, em virtude da Lei 13.058/14, que torna a guarda compartilhada aplicável mesmo que contra a vontade dos pais, tal modalidade passará a ser mais adotada.

Chega-se a um ponto crucial no debate sobre o referido tema, qual seja, de que forma seria possível tornar efetiva uma decisão judicial que decreta a guarda compartilhada nos casos onde não existe mais diálogo entre os pais. Isso é relevante porque ambos continuaram juntos tomando decisões acerca dos filhos, mas precisam encontrar um ponto de equilíbrio a fim de orientar a educação dos filhos, ponto este que por vezes não foi encontrado durante o relacionamento conjugal mas que deve ser almejado após o fim deste.

A necessidade do diálogo entre os pais decorre de um mínimo referencial para o pleno desenvolvimento infanto-juvenil, e vai muito além das decisões sobre local de estudo ou que esportes praticar nas horas livres. Trata-se de estabelecer condutas e firmar regras de convívio social, que podem variar de acordo com a concepção de cada um dos genitores. Assim, se isso não for constantemente debatido, a criança perde o referencial e passa a agir de forma

diferente quando está com a mãe e quando está com o pai.

Um estudo realizado entre psicólogos forenses e publicado em revista científica reuniu alguns psicólogos para falar sobre sua experiência no atendimento de famílias. O método usado foi o de questionários. Como resultado chegou-se à necessidade de alguns requisitos para o sucesso da guarda compartilhada observado no acompanhamento de famílias após o fim de uma relação conjugal, quais sejam:

Alguns participantes consideraram que a guarda compartilhada só é possível sob algumas condições: “Penso ser possível naqueles casos em que os casais tenham uma boa elaboração da separação, onde os filhos não estejam ocupando o lugar de projeção de mágoas pessoais” (P37). “É necessário que a relação entre o ex-casal esteja bem resolvida e que haja uma boa comunicação entre eles” (P43). “As guardas tanto alternada como compartilhada exigem um elevado patamar de maturidade e saúde mental dos pais, o que é difícil de encontrar nos casos encaminhados para avaliação psicológica” (P41). “A guarda compartilhada só é possível se ambos residirem na mesma cidade, para que possam dividir as tarefas na educação dos filhos e manutenção dos vínculos pai/mãe” (P11). Foi destacada ainda a questão da separação da conjugalidade, e não da parentalidade: “Os profissionais chamados a intervir devem mediar as relações, levando os pais a compreender que o fim da conjugalidade não deve significar que um deles tenha que abrir mão do exercício da parentalidade.”¹²

Tal estudo possui um tema em comum, que é o mesmo defendido no presente trabalho: a existência de diálogo entre os pais. A continuidade do contato entre os cônjuges deve se dar em prol dos benefícios causados aos filhos.

Dessa forma, entende-se como saída a instituição da mediação antes da determinação da modalidade de guarda a ser aplicada ao caso. Isso porque é preciso explicar e conscientizar os pais da importância da continuidade de convivência como forma de manutenção dos vínculos afetivos. Ao aplicar a lógica legislativa atual se estará impondo uma condição antes da conscientização, o que tende a resultar em fracasso.

A mediação é um sistema de autocomposição de conflitos, ou seja, existe a figura do mediador, que é pessoa estranha ao conflito, e que atua como um facilitador da comunicação entre as partes. Na mediação são as partes que chegam a uma solução para sua demanda, já

12 LAGO, Vivian de Medeiros e BANDEIRA, Denise Ruschel. *A psicologia e as demandas atuais do direito de família*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v29n2/v29n2a07>. Acesso em: 27.mar.15.

que o mediador é mero interlocutor sem qualquer poder de decisão.

Além das vantagens da mediação a título de solução imediata de um conflito também existe um resultado a longo prazo, qual seja, a capacidade de buscar a autocomposição em problemas futuros. Isso porque recorrer ao Poder Judiciário deveria ser a *ultima ratio*, já que as pessoas são capazes de resolver questões corriqueiras sem a intervenção do Estado. Sobre esse ponto temos os resultados de estudos realizados pelo Ministério da Justiça e presente na cartilha de mediação:

A maioria dos estudos indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo e que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça.¹³

A citação acima trata dos resultados da mediação em conflitos diversos, donde se conclui que nos casos de relações tão complexas quanto as que envolvem a família seu resultado pode ser ainda melhor.

A título de ilustração, o programa “Profissão Repórter” da Rede Globo apresentou uma reportagem sobre a guarda compartilhada¹⁴. Na ocasião, os repórteres passaram alguns dias junto às famílias de modo a vivenciar a rotina de filhos de pais separados. Tal reportagem é relevante para difundir e esclarecer como funciona o instituto. Da mesma forma serve para refletir sobre a eficácia de uma decisão de compartilhamento. Isso porque a troca de acusações entre os pais não acabou por conta da guarda compartilhada, assim como, em outros casos, não existia diálogo algum, nem ao menos para informar questões básicas da saúde da criança, ou seja, mais se aproximava de uma guarda alternada que de uma guarda compartilhada.

13 AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de mediação judicial. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao%20/>. Acesso em 27.mar.15.

14 Disponível em: <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/03/guarda-compartilhada-e-realizada-por-apenas-6-das-familias-no-brasil.html>. Acesso em 28.mar.15

Além da mediação, outra forma de auxiliar no processo de transição para uma nova conjuntura familiar seria o acompanhamento psicológico por período determinado, a fim de reavaliar a guarda deferida. Tal orientação se coaduna com o princípio do interesse superior da criança e com seu direito a um pleno desenvolvimento, até mesmo porque alguns cônjuges após o processo de divórcio não possuem um espaço neutro para debater questões importantes acerca da criação, a educação dos filhos e a inserção de outras pessoas no núcleo familiar, como por exemplo, madrastas e padrastos e novos irmãos. Isso poderia ser disponibilizado pela equipe multidisciplinar do Tribunal ou pela comprovação de frequência em reuniões de associações de pais separados ou em consultórios particulares.

É inegável a necessidade de expansão da guarda compartilhada como manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos, ou mesmo entre pais e avós, já que tal modalidade de guarda também pode ser deferida a eles. Assim, é preciso observar os avanços no campo legislativo e interpretá-los de modo a garantir a maior efetividade possível, já que se trata de interesses da criança, o que para nosso ordenamento importa em prioridade e corresponde a direitos instituídos não só pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também na Carta Magna.

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados pode-se concluir que a ausência de um diálogo saudável entre os pais após o término de um relacionamento pode influenciar na vida e na criação dos filhos em lares separados. Percebe-se inclusive a importância da guarda compartilhada como uma forma de diminuir os impactos da separação na vida dos filhos, de modo a possibilitar a continuidade do vínculo e da convivência familiar. No entanto, a forma de aplicação da guarda compartilhada pelos tribunais tende a desvirtuar o sentido do instituto.

O fundamento para a aplicação da guarda compartilhada, mesmo sem o consentimento dos pais, está no princípio do interesse superior da criança. Contudo, tal princípio não possui definição clara na doutrina e na jurisprudência. Em geral, seria melhor para a criança se desenvolver em um ambiente de harmonia e respeito, com referências claras sobre as convenções sociais permitidas ou não. No entanto, se não houver integração entre as referências paternas e maternas a educação dos filhos ficará comprometida e esses serão, a todo o tempo, o centro de uma disputa sobre o que podem ou não fazer e como devem ou não se comportar em determinadas situações cotidianas.

Vê-se que a efetividade de uma decisão judicial decorre da escuta e do convencimento das partes de que esta é a melhor solução a ser dada ao caso. Isso se torna ainda mais sensível quando se fala em direito de família, pois o cumprimento da ordem emanada pelo Poder Judiciário se prolonga no tempo e envolve sentimentos, emoções e convivência. Dessa forma, para diminuir as consequências para os filhos de um processo de divórcio as famílias deveriam passar por um processo de preparação e acompanhamento quanto a nova relação com os filhos.

É relevante ressaltar que concorda-se com a importância da guarda compartilhada, mas discorda-se que ela seja tratada de forma impositiva. Ela deveria ser proveniente de uma conscientização que, se não existisse, deveria ser criada nos pais. Daí a sugestão do uso da mediação e do acompanhamento psicossocial antes e depois da escolha da forma de guarda adequada ao caso concreto.

As decisões no direito de família não devem partir de uma premissa única, pois as relações familiares são diversas. Atualmente a doutrina tem dificuldade em definir o que é uma família, tamanha as possibilidades de suas configurações. Do mesmo modo, com o término da sociedade conjugal um novo desenho se forma e cada pessoa reage de uma forma à nova realidade. É preciso respeitar esse tempo e as limitações nesse processo de adaptação.

Caso contrário, se pode estigmatizar negativamente um instituto que precisou de muito esforço e tempo para fazer parte da legislação pátria.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. IN: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de mediação judicial. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao%20/>. Acesso em 27.mar.15.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Código Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 11 out. 2014.

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 11 out. 2014.

_____. Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em 10 out.14.

_____. Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em 22 fev.15.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.251.000. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>. Acesso em: 10 set. 2014.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=11>. Acesso em: 11 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf. Acesso em: 11 out. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6.8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAGO, Vivian de Medeiros e BANDEIRA, Denise Ruschel. *A psicologia e as demandas atuais do direito de família*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v29n2/v29n2a07>>. Acesso em: 27.mar.15.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda compartilhada: comentários à Lei 11.696/08*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse: da teoria à prática. IN: SOUZA, Jane de. *O princípio do melhor interesse aplicado ao direito de família*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 22 fev.15.

PROFISSÃO Repórter. Direção: Caco Barcellos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/03/guarda-compartilhada-e-realizada-por-apenas-6-das-familias-no-brasil.html>>. Acesso em 28.mar.15

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

WALLERSTEIN, Judith S.; BLEKESLEE, Sandra. Sonhos e realidade no divórcio. IN: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.