



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A guarda compartilhada e sua consequência aplicada ao aspecto psicológico dos filhos.

Cátia Chirlene Nogueira dos Santos

Rio de Janeiro

2015

Cátia Chirlene Nogueira dos Santos

A guarda compartilhada e sua consequência aplicada ao aspecto psicológico dos filhos.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil

Professora orientadora:
Maria Carolina Amorim

Rio de Janeiro

2015

A GUARDA COMPARTILHADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS, APLICADA AO ASPECTO PSICOLÓGICO DOS FILHOS

Cátia Chirlene Nogueira dos Santos

Graduada pela SUESC - Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas.
Advogada

Resumo: O presente trabalho visa a analisar a efetividade da guarda compartilhada aplicada na questão psicológica das crianças, haja vista que a guarda compartilhada exige relação harmônica entre os genitores para evitar prejuízo aos interesses das menores.

Palavras-Chaves: Guarda Compartilhada – Princípios aplicados na Guarda Compartilhada - Aspectos psicológicos dos envolvidos - Princípios Constitucionais e sua aplicabilidade

Sumário: Introdução; 1. Família; 2. Origens e História; 3. Guarda; 3.1– Conceito; 3.2- Espécies; 4. Análise Jurisprudencial; 5. Princípios do Melhor Interesse da Criança; 6. Alimentos na Guarda Compartilhada; 7. Condições que favorecem o Instituto; 8. Guarda Compartilhada e a Alienação Parental; 9. Desenvolvimento da Pesquisa de Campo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O conceito de Guarda compartilhada tem o condão de estabelecer responsabilidades para ambos os lados, o objetivo é dividir o relacionamento dos pais com os filhos, sem desconstituir a idéia de família, mesmo sem estarem no mesmo ambiente familiar.

O foco principal nesse instituto é preservar o melhor interesse da criança no seu aspecto amplo, no que atine a vivência escolar, familiar, social, havendo o equilíbrio no relacionamento entre os pais separados e os filhos, o objetivo da guarda compartilhada será atingida, pois respeitará as necessidades das crianças, para que não sofram emocionalmente sendo livres de seqüelas psicológicas no futuro.

Pereira, focalizando especificamente sobre o tema em comento, afirma que a Guarda Compartilhada quebra a herança de outros tempos de uma rígida divisão de papéis e funções. Ela explicita compartilhar das responsabilidades no cotidiano da necessária convivência em tempos que não mais a mulher tem a exclusividade na criação dos filhos.

1. FAMÍLIA

A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O legislador constituinte de 1988 positivou aquilo que já era costume, aquilo que de fato já existia na sociedade, ampliando o conceito de família e protegendo, de forma igualitária, todos os seus membros.

Não foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que a mudança na concepção de família ocorreu. A Lei Maior apenas codificou valores já sedimentados, reconhecendo a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato.¹

Os princípios constitucionais do Direito de Família trouxeram significativa evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no sentido de reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo do tempo.

¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17-24.

2. ORIGENS E HISTÓRIA

Através de documentações históricas, manifestadas por monumentos literários, fragmentos jurídicos, se extrai que a família ocidental viveu longo período sob a forma "patriarcal". Dessa forma, anunciou a documentação bíblica.

Através dos estudos literários verifica-se que em Roma, a família era estabelecida sobre o princípio da autoridade e compreendia quantos a ela estavam submetidos. O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Liderava, oficiava o culto dos deuses domésticos e espalhava justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte, podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida.²

A mulher vivia *in loco filiae*, termo latim que significa “em lugar da filha”, ou seja, completamente dependente à autoridade marital, nunca contraindo autonomia. Somente o *pater* adquiria bens, exercendo o poder sobre o patrimônio familiar ao lado, e como consequência do poder sobre a pessoa dos filhos e do poder sobre a mulher. A família era estabelecida em desempenho do juízo religioso, e o poder do império romano surgiu dessa organização.³

Todavia com o passar do tempo, esfriaram-se estes preceitos rigorosos, conhecendo-se o casamento *sine manu*; as necessidades militares instigaram a invenção do patrimônio independente para os filhos, instituídos pelos bens contraídos como soldado, pelos que auferiram no exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais e pelos que lhe surgiam por formas diversas desses.⁴

² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17-24.

³FIUZA, Cezar. Direito Civil – Curso Completo. 12^a ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008

⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol VI. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

O escritor Netto Lôbo em sua obra no ano de 2004 - A; p.1⁵, aponta que, a partir da década de sessenta, as relações familiares e de parentesco passaram por transformações profundas, logo observadas pela psicologia, psicanálise, antropologia, sociologia, demografia, ciência política e engenharia genética; provocando, assim, uma radical mudança de paradigmas. No entanto, o Direito de Família pouco mudou, mantendo relativa distância dessas mudanças, e preservando no paradigma familiar o modelo patriarcal.

No entanto, há de se notar, que na sociedade brasileira, dois fenômenos podem ser apontados a partir dos estudos apontados pelo escrito supracitado como principais responsáveis para a mudança de paradigmas, nas duas últimas décadas: a concentração urbana e emancipação feminina. Ele diz ainda que a concentração urbana impulsionou a mais devastadora implosão do modelo patriarcal da família, e contribuiu para a emancipação da mulher, tendo, a partir de então acesso progressivo à educação e ao mercado de trabalho.

Diante de tudo isso, pode-se concluir que a família evoluiu e continua evoluindo sob a conquista do afeto. Este só sendo possível se manifestar com a eliminação do elemento despótico no seio familiar. Hoje não há mais espaço para a família patriarcal, com abuso de poder, hierarquia, autoritarismo e predomínio do interesse patrimonial. Na trajetória da história familiar, viajamos do poder absoluto do pater familias romano, que incluía o direito de vida e de morte sobre seus filhos, para o conceito atual de autoridade parental, que é mais dever do que poder diante da filiação.⁶

3. GUARDA

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a colocação do menor em família substituta, independe de sua situação jurídica, vez que

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Abril de 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em: 15 de maio de 2008.

⁶ Princípio Jurídico da afetividade na filiação. Março de 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 15 de maio de 2008.

tende a atender menores abandonados ou que tenham sofrido abuso de seus pais, perdurando até que seja resolvido seu destino.⁷

A respeito do que dispõe a guarda direciona-se à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, vez que possui natureza idêntica ao poder familiar, além do dever de prestar alimentos e exigir do menor respeito e obediência. Salienta-se que não exige prévia suspensão ou destituição do mesmo.

O deferimento da guarda se dá por meio judicial de forma liminar ou incidental. Porém esta substituição poderá ser de caráter temporário ou definitivo, advinda dos processos de suspensão ou destituição do poder familiar ou mesmo no de adoção.

Se acaso se der em caráter temporário, seus direitos serão restritos, ou seja, somente prestará assistência material, moral e educacional. Entretanto, excepcionalmente, poderá conceder ou negar consentimento para casar, reclamar o menor de quem ilegalmente o detenha e se opor aos pais biológicos ou legalmente reconhecidos.

A guarda, de início, é deferida à família substituta como uma medida provisória, visando sempre o interesse do menor e um ambiente familiar adequado, oferecendo a ele uma vida familiar nos moldes de suas necessidades e direitos.

Tornar-se-á definitiva através da adoção, recaindo à família substituta os mesmos direitos, deveres e princípios da família originária.

Qualquer desrespeito que haja ao menor por parte da família substituta implica as mesmas sanções atribuídas aos pais biológicos, ou seja, suspensão ou destituição do poder familiar. Até mesmo a sanção administrativa prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Uma vez concedida, o responsável deverá prestar compromisso de seu desempenho, mediante termo nos autos, como determina o artigo 32 do Estatuto da

⁷ BECKER, Maria Josefina. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais. In: CURY, Munir (Coord.), 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Criança e do Adolescente, não sendo admissível a transferência do mesmo a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.⁸

A guarda pode ser reexaminada a qualquer tempo se ocorrer motivos graves ou mesmo para atender o interesse do infante, vez que faz trânsito em julgado apenas em aspecto formal. Entretanto, se a modificação da guarda não for resultante da destituição do poder familiar, poderá ser recuperada, desde que os motivos em que deram causa forem sanados.

A modificação ou a perda da guarda é proferida nos autos principais, ouvido o Ministério Público, quantas vezes se fizerem necessárias, não sendo aconselhável serem sucessivas, já que pode comprometer a estabilidade emocional e criar uma situação de insegurança pessoal ao menor.⁹

3.1. CONCEITO

Temos no art. 1.583 §1º, segunda parte, o seguinte conceito: “...compreende-se 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”.

Essa responsabilização conjunta tratada nesse artigo é a responsabilidade do pai e da mãe. A guarda compartilhada vem com a idéia de convivência familiar, que é um dos mais importantes direitos das crianças e adolescentes. A importância da convivência familiar, família como entidade, é enorme. Pois, é dali que recebemos toda a nossa formação, moral, social, ética e religiosa. A família é a célula da sociedade. Lugar essencial onde o ser humano se sente protegido e aprende os preceitos básicos da vida.

⁸ CAHALI, Yussef Said. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais. In: CURY, Munir (Coord.), 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁹ DINIS, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 5.

3.2. ESPÉCIES

Três espécies de guarda são previstas pelo Estatuto: a provisória, a permanente e a peculiar.

A guarda provisória (art. 33, § 1º, do ECA) subdivide-se em duas subespécies: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível.

O permanente (art. 33, § 2º, 1º hipótese) destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor. É medida de cunho perene, estimulada pelo art. 34 do ECA. As normas estatutárias permitem inferir que o legislador instituiu, em termos de colocação familiar, a seguinte ordem de preferência: manutenção do vínculo familiar, adoção, tutela, guarda e, somente em último caso, a institucionalização.

Em função do art. 33, § 1º, do Estatuto, há quem sustente não mais existir, em nosso ordenamento, a guarda permanente. Tal posicionamento com a devida vênia, é incorreto, máxime quando se tem em mente o previsto no art. 227, § 3º, VI, da CF, norma inspiradora, diga-se de passagem, do referido art. 34 do ECA.

A nominada guarda peculiar (art. 33, § 2º, 2º hipótese) traduz uma novidade introduzida pelo Estatuto. Visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação (ex. menor de 16 anos, cujos pais estejam em outra localidade, impedidos de se deslocarem, e que necessita ser por eles representado para retirada de FGTS).

Propaga-se seu ineditismo, por outorgar ao guardião direito de representação, antes privativo do tutor ou curador especial.

Segundo o art. 33, § 3º, do ECA, a guarda assegura à criança e adolescente a condição de dependente para fins previdenciários. Não condiciona esse benefício a qualquer tipo de termo ou restringe a determinada espécie de guarda.

O que se deve evitar é a constituição de guardas somente com vistas à percepção do benefício previdenciário, pois o encargo é muito mais amplo, conferindo a

seu detentor a responsabilidade de prestar assistência moral, material e educacional à criança ou adolescente.

Ressalta-se que neste caso é comum os avós postularem a guarda de neto, quando a mãe (ou o pai) com eles reside, trabalha, mas só tem a assistência médica do INSS e quer beneficiar seu filho com IPE (Instituto Previdenciário do Estado do Rio Grande do Sul) ou outro convênio.

No entanto, existem entendimentos que não coadunam do mesmo posicionamento do caso em questão, e defendem que essa situação está fugindo da ótica jurídica. Em suma, é uma simulação, com a qual o Ministério Público, como custos legis, e o Juiz competente não, podem ser coniventes, sob pena de se fomentar o assistencialismo à custa de entidades não destinadas a esse fim.¹⁰

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Em análise jurisprudencial podemos destacar caso de guarda compartilhada em seu aspecto psicológico, levando em consideração o bem estar do menor, conforme citação *in verbis*:

Ação de guarda proposta pelo genitor. Guarda unipessoal exercida pelo pai desde o ano de 2009. Concordância da genitora com o pedido. **Sentença que julga parcialmente procedente o pedido e fixa a guarda compartilhada, determinando que a adolescente permaneça com o genitor nos dias de semana e com a genitora nos finais de semana. Guarda compartilhada que não se mostra adequada às circunstâncias do caso.** Ex-casal que não dialoga e se utiliza de parentes como intermediários da comunicação. Responsabilidade conjunta impossibilitada. Risco de comprometimento do bem estar da menor. **Quadro fático que demonstra que o genitor reúne condições adequadas para exercer a guarda de forma**

¹⁰ Colocação em família substituta: aspectos controvertidos. Em Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 29 p.126-130. Colocação em Família Substituta: Aspectos Controvertidos. Ana Maria Moreira Marchesan - Promotora de Justiça no Rio Grande do Sul.

unilateral. Medida que melhor atende aos interesses da criança. Direito de visitação que deve ser garantido à mãe. Provimento do recurso. (Grifos Nossos).¹¹

Nos termos do que dispõe o § 1º do artigo 1.583, do Código Civil, compreende-se 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”.

Por outro lado, estabelece o § 2º do artigo 1.584, que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. O objetivo é garantir, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental, permitindo que ambos os pais permaneçam com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar.

Vale destacar que a guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (art. 1.584, II, CC), desde que se revele adequada à realidade familiar em que aplicada, sob pena de inviabilizar a estruturação da vida do menor, cujo interesse deve ser resguardado.

Na hipótese em exame, verifica-se que não existe viabilidade de existir a guarda compartilhada com a ex esposa, haja vista a inviabilidade de se compartilhar o dia a dia com a genitora da criança.

O instituto da guarda compartilhada pressupõe um relacionamento minimamente amigável entre os genitores, o que não ocorre no presente caso. E quando não existe qualquer diálogo entre o ex-casal e a comunicação é feita com a intermediários, é aconselhável a guarda unilateral.

Logo, sendo o interesse da criança norteador de toda e qualquer decisão relativa à guarda, dúvida não há de que, na hipótese, considerando as circunstâncias fáticas atuais, a manutenção da guarda unilateral em poder do pai mostra-se mais adequada.

¹¹ 0040742-90.2012.8.19.0083 - APELACAO – Ementa - DES. CLAUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento: 29/10/2014 - SEGUNDA CAMARA CIVEL –

5. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA (ART. 227, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, E ARTS. 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL)

Prevê o art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade.

Em reforço, o art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹²

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita.

¹² Também complementando o que consta do Texto Maior, o art. 4º do ECA dispõe que “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

O primeiro dispositivo é o art. 1.583 do Código Civil em vigor, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão guarda de filhos constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança.¹³ Se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584 do CC).

Certamente, a expressão “melhores condições” constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso.¹⁴

6. ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada não dispensa, não faz desaparecer nem cessar a obrigação alimentar. Tal obrigação decorre do dever constitucional de assistência, criação e educação dos filhos menores de idade. A desunião dos pais põe termo aos deveres conjugais da coabitação, da fidelidade e do regime de bens, somente, não porém aos deveres decorrentes do exercício do poder familiar. Esses deveres, obrigações dos pais em relação aos filhos comuns, não se modificam ou se alteram com a separação dos genitores, nem mesmo com a nova união que venham a experimentar.

¹³ A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal aprovou recentemente, o substitutivo ao Projeto de Lei n. 6.350/2002, que pretende alterar os arts. 1.583 e 1.584 do atual Código Civil, visando instituir de forma expressa a previsão da guarda compartilhada, incentivando a sua adoção.

¹⁴ O Enunciado n. 102 do Conselho da Justiça Federal, também aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “a expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Para a manutenção dos filhos, independentemente de permanecerem juntos ou não, ambos devem contribuir na proporção de seus haveres e recursos, como lhes impõe o artigo 1.703 do Código Civil. O critério fundamental é o atinente ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente e a concreção desse princípio é alcançada com a participação conjunta e igualitária dos pais na formação dos filhos comuns. Portanto, é equivocada a idéia de que a obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos comuns. Portanto, é equivocada a idéia de que a obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos menores de idade deixa de existir na guarda compartilhada, pois a responsabilidade parental não se esvazia. Por isso, não há dispensa ou exoneração da obrigação alimentar.

No caso em concreto a obrigação alimentar inexistente fixação de valor a título de alimentos, dividindo os pais os encargos de criação e educação dos filhos comuns na proporção de seus haveres e recursos. Não se trata, portanto, de uma rasa divisão meio-a-meio. O que ocorre, ou pode ocorrer, é uma flexibilização das responsabilidades por esses encargos, pois, independentemente do modelo de guarda aplicado ao caso concreto, sempre existirá o dever de sustento em nome e por conta do exercício do poder familiar. O pai arca com as despesas de escola, por exemplo, compreendendo matrícula, uniforme, material escolar, transporte e atividades extracurriculares.

A mãe, por sua vez, suporta as despesas alimentares e plano de saúde. As despesas extraordinárias, como vestuário, lazer e outras, serão enfrentadas em conjunto por ambos os pais, guardada a proporção antes referida. Com a efetiva participação dos pais nos cuidados aos filhos menores até poderia ocorrer uma redução no valor da verba alimentar antes fixada e imposta a um só dos genitores. Pode haver uma fixação mínima para enfrentamento de despesas eventuais (compra de um caderno, um presente ao amigo), imprevistas, e para aquelas outras com material de saúde e higiene.

Essa divisão de responsabilidades, cada genitor assumindo e satisfazendo diretamente certos encargos, minimiza as áreas de atrito e de repetidos conflitos levados ao fórum.

A punição ao genitor inadimplente em guarda conjunta, encontra-se amparada no § 1º do artigo 1.584 do Código Civil, que consiste no dever do juiz, de informar pai e mãe, não só o significado da guarda compartilhada, sua importância para os filhos, mas também a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores, bem

assim as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. Se o descumprimento se verificar na satisfação da obrigação alimentar, o inadimplente poderá sofrer execução até com a possibilidade de ver sua prisão decretada, além de outras medidas como a inscrição de seu nome no cadastro de devedores de pensão alimentícia, em empresas de proteção ao crédito como SERASA e SPC, a exemplo do Provimento nº 52 do TJ-MS ou ser levada a protesto a sentença que disciplinou a questão, medidas previstas no Projeto de novo Código de Processo Civil. Está nos poderes do juiz a modalidade e a extensão da punição ao genitor inadimplente.¹⁵

7. CONDIÇÕES QUE FAVORECEM O INSTITUTO

São inúmeras as vantagens tanto para os filhos, quanto para os pais. Em relação aos filhos, benefícios como: convivência igual com cada um dos pais, não há pais que são ausentes na família, maior comunicabilidade entre eles, adaptação no novo grupo familiar de cada um de seus pais e melhor imagem transmitida de família aos filhos.

Para os pais o instituto melhora aspectos como a qualificação na competência de cada um deles, maior cooperação e mais perfeita divisão dos gastos de manutenção dos filhos.

A guarda compartilhada ajuda na continuidade do cotidiano familiar e evita que o filho tenha de escolher entre um dos pais. Deste modo quanto menos mudanças ocorrerem, melhor vai ser para os filhos e também para o relacionamento entre os pais.

Assim diz Waldyr Grisard Filho:

“Nesse novo paradigma pais e filhos não correm riscos de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma

¹⁵ Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar -07/08/2013 -Fonte: Assessoria de Comunicação do IBDFAM.

separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio”.¹⁶

Como visto, um dos benefícios mais importantes trazidos pela guarda compartilhada é o bom relacionamento e respeito entre ex-parceiros, pois percebem a necessidade de cuidar do desenvolvimento de seus filhos, reforçando a união da família.

Em relação à pensão, praticamente não existe problema, pelo acordo de divisão de tarefas, mas é possível o pagamento, quando estiverem presentes o binômio necessidade e possibilidade.

Através da equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional advinda da guarda compartilhada, estes, teriam muito mais possibilidades de se organizarem e reconstruírem suas vidas depois do divórcio, podendo assim formar novas famílias.

Evidentemente, a guarda compartilhada não é a solução completa e definitiva para todos os problemas, o juiz não pode garantir que a guarda será perfeita, nem os pais podem esperar que exista um modelo de guarda que não tenha algumas desvantagens.

8. GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

Para a ministra Nancy Andrichi, “os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai ou mãe vivos, onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda”. As considerações foram feitas ao analisar um caso de disputa de guarda definitiva.¹⁷

¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr, 2000, p. 113

¹⁷ Resp 1.251.000.

Ressalta-se ainda que de acordo com a ministra, “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.”

Vale acrescentar o entendimento da ministra Nancy Andrichi considera que, no caso de disputa da guarda definitiva, não será necessário haver consenso dos pais para a aplicação da guarda compartilhada, pois o foco é o melhor interesse do menor, princípio norteador das relações envolvendo filhos.

No entanto o entendimento de que é inviável a guarda compartilhada sem consenso fere esse princípio, pois só observa a existência de conflito entre os pais, ignorando o melhor interesse da criança. “Não se busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada”, explicou a ministra.¹⁸

“Com a guarda compartilhada, o ex-casal passa a se relacionar ao menos formalmente, buscando melhores formas de criar e educar os seus filhos”, explica o presidente da Apase. “Logo, a guarda compartilhada é um importantíssimo caminho para inibir a alienação parental”, completa Rodrigues. A ONG também atuou na formulação e aprovação do projeto de lei da guarda compartilhada.

É mister ressaltar que o ideal é que ambos os genitores concordem e se esforcem para que a guarda dê certo. Porém, muitas vezes, a separação ou divórcio acontecem em ambiente de conflito ou distanciamento entre o casal – essas situações são propícias para o desenvolvimento da alienação parental. A guarda compartilhada pode prevenir (ou mesmo remediar) a alienação parental, por estimular a participação de ambos os pais na vida da criança.

¹⁸ Ministra Nancy Andrichi.

9. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA DE CAMPO

A presente pesquisa tem o condão de buscar melhor eficiência e adequação no desenvolvimento do instituto da Guarda Compartilhada, a fim de verificar através do trabalho do psicólogo o que poderia ser aprimorado nesse instituto e adequá-lo na realidade da situação familiar entre a criança e os seus genitores em fase de separação.

Vale esclarecer que a entrevista à seguir foi realizada com o profissional do NUCLEO DE PSICOLOGIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, que já atua desde o ano de 2001 nessa área, sendo autorizada verbalmente sua identificação apenas nominal como JOSÉ EDUARDO MENESCAL SARAIVA.¹⁹

A seguir veremos as questões suscitadas na pesquisa com as respectivas respostas do entrevistado, esclarecendo que as anotações abaixo não seguem fielmente as palavras apresentadas verbalmente pelo profissional supramencionado:

1) O instituto da guarda compartilhada tem sido eficaz para a criança?

Resposta: Sim, geralmente os juízes nesse núcleo decidem pela guarda compartilhada, e geralmente essa decisão judicial tem o efeito positivo sobre a importância dos genitores na formação social e emocional da criança, sendo este um instituto adequado para o bem estar da criança.

2) Já existiu algum caso em que não houve adaptação da criança na Guarda Compartilhada, e de alguma forma o comportamento dos pais influenciaram de forma negativa? Se sim, explique a situação.

Resposta: Não, mesmo existindo situações em que o casal não se entende, não impede que a guarda compartilhada seja indicada pelo Juízo, sendo adequada tal medida devido a importância de maior convivência dos mesmos na vida dos filhos.

3) Já houve alguma ocasião da criança sofrer maus tratos de um dos genitores na guarda compartilhada determinada judicialmente? Explique o caso ocorrido.

Resposta: Normalmente no caso de maus tratos não existe a guarda compartilhada e caso ocorra essa situação o ideal é a guarda unilateral, no entanto, é importante esclarecer que desde o período que esteve atuando neste núcleo nunca teve conhecimento de algum caso de maus tratos.

¹⁹ Informação verbal – fornecida por entrevista no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no Núcleo de Psicologia, em Março de 2015 – Psicólogo JOSÉ EDUARDO MENESCAL SARAIVA

4) Se positiva a sua resposta na questão anterior, qual a melhor medida a ser aplicada na questão psicológica? E na sua experiência qual foi a melhor resolução jurídica sob esse aspecto?

Resposta: Dependendo do caso concreto várias medidas poderão ser tomadas, que vai desde a advertência do Juízo em audiência até a perda da guarda, tudo no sentido de resguardar a criança, e neste caso o Juízo trabalha com conscientização da responsabilidade dos pais a fim do melhor interesse do menor.

5) Segundo a sua experiência profissional, aponte os aspectos positivos e os negativos da guarda compartilhada hoje definida na nova lei, sob o aspecto de ser obrigatória:

Resposta: Não diria que seria obrigatório! O que se tende na medida do possível é a guarda compartilhada, para que a criança tenha a oportunidade de conviver com os pais de maneira semelhante de modo a beneficiar ambas as partes.

6) O que poderia ser alterado ou aplicado na guarda compartilhada para melhor eficiência e bem estar das crianças, exemplifique:

Resposta: Dependendo da situação é possível que o psicólogo sugira o retorno dos autos para uma futura avaliação de como esta evoluindo o andamento da guarda compartilhada entre os pais e a criança.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, prestamos um breve estudo sobre a Família e sua historicidade no âmbito jurídico a evolução histórica e conceituando família, bem como seus princípios jurídico-constitucionais chegando-se a conclusão que o instituto família é base para todo e qualquer assunto que envolve esse alicerce da sociedade. Ainda assim, notadamente, esse artigo científico se apoia num tripé que envolve família, direito e história.

Podemos verificar que na guarda compartilhada considerando que a custódia física fica com um dos pais, o instituto permite que a fixação do lapso temporal mantenha uma rotina igualitária para que o filho vivencie o 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.

No entanto, embora seja aconselhável a guarda compartilhada no caso de separação entre os genitores, é necessário considerar que se o Ex-casal que não dialoga e se utiliza de parentes como intermediários da comunicação, e se for avaliado pelo núcleo de assistente social do Juízo que a situação prejudica o menor de modo que a responsabilidade conjunta se encontra impossibilitada e sendo constatado risco de comprometimento do bem estar do menor, alguns cuidados deverão ser tomados pelo Juízo, dos quais podem ser definidos como seguem:

Se faz necessário que o núcleo de assistência social do Juízo, verifique o quadro fático que demonstra qual o genitor que reúne as condições adequadas para exercer a guarda de forma unilateral, e no caso aplicar a medida que melhor atende aos interesses da criança, com a aplicação de um Regime de visitação que, se for o caso, poderá ser modificado após estudo a ser realizado pela assessoria de psicologia e assistência social do Juízo em questão.

Diante das considerações expostas, é necessário que seja considerado o melhor interesse da criança, a qual deve receber a mais ampla e irrestrita proteção, que em muitos casos esta se mostraria ameaçada com o convívio do menor de forma compartilhada com seus genitores.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17-24.

LAZZARINI, Alexandre Alves. Et al. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, vol. 2 - Aspectos constitucionais, civis e processuais. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 77.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.) O direito de família após a Constituição Federal de 1988. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 30.

FIUZA, Cezar. *Direito Civil – Curso Completo*. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. Vol VI. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. *LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família*. Abril de 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em: 15 de maio de 2008.

_____. *Princípio Jurídico da afetividade na filiação*. Março de 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 15 de maio de 2008.

BECKER, Maria Josefina. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais*. In: CURY, Munir (Coord.), 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais*. In: CURY, Munir (Coord.), 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 5.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *Promotora de Justiça no Rio Grande do Sul. Colocação em família substituta: aspectos controvertidos*. Em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 29 p.126-130. *Colocação em Família Substituta: Aspectos Controvertidos*.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 18.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

BRASIL, Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

BRASIL, Constituição, 1988.

_____. *CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas*. IBDFAM, Belo Horizonte. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 13/11/2012.