

X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

LEI DA GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE A PARTIR DA ÓTICA DA CONVIVÊNCIA IGUALITÁRIA ENTRE OS GENITORES EM ATENÇÃO AO MELHOR INTERESSE DOS FILHOS

SHARED CUSTODY LAW: ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF EQUAL COEXISTENCE BETWEEN PARENTS IN ATTITUDE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILDREN

Max Anderson Lima Celestino

Resumo

O estudo tem por objetivo analisar a aplicação da Lei da Guarda Compartilhada, onde quis o legislador proteger o inalienável direito da criança em conviver equilibradamente com ambos os genitores, bem como, sua correlação com a Lei da Alienação Parental. Entretanto, observa-se que o âmago da Lei, ou seja, o direito a convívio equilibrado dos filhos com os genitores separados, é rotineiramente vilipendiado pelos operadores do direito, em particular o sistema judiciário, o que justifica a presente abordagem. A problemática da pesquisa busca discutir se, no âmbito das relações familiares, a guarda compartilhada efetividade tem sido cumprida no sentido de garantir o equilíbrio da convivência com ambos os genitores. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Lei da guarda compartilhada, Alienação parental, Melhor interesse dos filhos

Abstract/Resumen/Résumé

The study aims to analyze the application of the Shared Guard Law, where the legislator wanted to protect the inalienable right of the child to live in a balanced way with both parents, as well as its correlation with the Parental Alienation Law. However, it is observed that the core of the Law, that is, the right to a balanced coexistence of children with separated parents, is routinely vilified by legal operators, in particular the judicial system, which justifies the present approach. The problem of the research seeks to discuss whether, within the scope of family relationships, the effectiveness of shared custody has been fulfilled in order to guarantee the balance of coexistence with both parents. The method used is hypothetical-deductive, based on bibliographical and documentary research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Shared custody law, Parental alienation, Best interest of the children

INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, conhecida como Lei da Guarda Compartilhada, modificou o Código Civil com a finalidade de proteger o inegociável direito da criança de conviver com ambos os genitores, no caso da separação do casal. Entretanto, decorridos 15 (quinze) anos da previsão legal da guarda compartilhada – no Código Civil – e passados mais de 08 (oito) anos da fixação da Guarda Compartilhada como regra, na prática a Lei não atingiu seu objetivo.

Nesse sentido, o estudo tem por objetivo geral analisar a aplicação da Lei da Guarda Compartilhada pelos Tribunais Pátrios, bem como sua correlação com a Lei da Alienação Parental. Assim, a problemática da pesquisa busca discutir se, no âmbito das relações familiares, a guarda compartilhada efetividade tem sido cumprida no sentido de garantir o equilíbrio da convivência com ambos os genitores.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas e documentais.

DESENVOLVIMENTO

O advento da Lei n. 13.058/2014, conhecida como Lei da Guarda Compartilhada, trouxe para a legislação o comando legal para continuidade do convívio equilibrado dos filhos com ambos os genitores após a separação. Com esse comando legal, quis o legislador romper definitivamente com o modelo patriarcal pós-divórcio ou separação em que a guarda dos filhos sempre é da mãe e o pai provedor e às vezes, visitador. Nesse sentido, a premissa necessária de se estabelecer é a de que ruptura familiar se dá entre marido e mulher no convívio matrimonial; e não com os filhos em relação aos seus genitores, ou principalmente, em relação a um genitor – na grande maioria das vezes o pai. Os sentimentos de afeto que se esvaíram no casal não podem, de maneira alguma, ser estendidos aos filhos.

O primeiro comando da Lei está contido no § 2º do artigo 1583, do Código Civil que disciplina o seguinte: “o tempo de convívio dos genitores com os filhos será dividido de maneira equilibrada” (BRASIL, CC, 2002). E para não deixar dúvidas, repetiu o comando no § 3º do artigo 1584: “poderá o judiciário 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” (BRASIL, CC, 2002). Além de que o Código Civil Brasileiro admite a pluralidade de domicílio, bastando para isso que a pessoa natural tenha mais de uma residência onde

alternadamente viva, sendo considerado seu domicílio qualquer uma delas (BRASIL, CC, 2002).

Compulsando detalhadamente a Lei, não se encontra absolutamente nada a respeito de Lar de Referência, Lar Principal, ou ainda, que sequer sugira algo semelhante. E não há por um motivo bem simples: o legislador trouxe com a Lei comando legal para o convívio equilibrado dos filhos com os genitores separados. Quando se estipula um lar em que as crianças devam morar e ter por principal ou única referência, torna-se impossível o equilíbrio de convívio e por consequência impossível a Guarda Compartilhada.

Maria Berenice Dias (2018, s/p), apresenta inúmeros exemplos nesse sentido:

Ora, se o período de convivência é dividido equilibradamente entre os pais, nada, absolutamente nada justifica eleger-se uma “base de moradia”, expressão que nem sequer dispõe de precisão conceitual. Também não define a residência e nem estabelece o domicílio do filho. CC, artigo 76: O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente.

Como a guarda compartilhada encerra não só a custódia legal, mas também a custódia física do filho, a fixação do duplo domicílio é o corolário lógico.

Deste modo, imperioso reconhecer que, na guarda compartilhada, independente do período de convívio com cada um dos pais, o filho tem dupla residência, dispondo, portanto, de duplo domicílio.

Quando se ignora a custódia física equilibrada conforme prevista na Guarda Compartilhada, fixando residência do menor sob a falácia de lar de referência, definitivamente não se tem mais a Guarda Compartilhada; mas sim, algo muito semelhante à guarda Unilateral.

O legislador com grande sabedoria, vislumbrou também a hipótese da utilização do desentendimento óbvio entre casais que se separam, como possível justificativa de afastamento da Lei e conseqüentemente da Guarda Compartilhada com equilíbrio de convívio e sabiamente deu o comando legal na Lei: “§ 2º, do artigo 1.584, do Código Civil, ao dispor que: “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” (BRASIL, CC, 2002).

Ao contrário do que por vezes se assume, o conflito entre progenitores diminui com o tempo em acordos de custódia compartilhada e aumenta nos acordos de custódia única (MARINHO; CORREIA, 2017, p.44).

A Guarda Compartilhada, com dupla residência, traz naturalmente o convívio equilibrado com o filho e os dois genitores, não há de se falar em Guarda Compartilhada sem convívio equilibrado, não existe um sem o outro. “E quando se trata das necessidades

essenciais das crianças num divórcio, é urgente mais ação e menos retórica.” (MARINHO; CORREA, 2017, p.42).

Vale salientar, que qualquer justificativa, tem que passar pelo crivo do melhor interesse da criança, não pode rugas dos genitores ser preponderantes ao interesse maior da criança em ter o convívio com ambos os genitores. Assim, entendem Marinho e Correia (2027 p.49) que “uma abordagem com base no “interesse superior da criança na perspectiva criança” e na “responsabilidade perante necessidades”, em contraposição à abordagem arbitrária baseada nos direitos legais, é, portanto, essencial”.

Estudos contemporâneos evidenciam a indispensável necessidade da criança conviver com ambos os genitores após a dissolução da união. É por isso que Marinho e Correia (2017, p. 44) ponderam que “A ausência de um pai ou de uma mãe na vida crianças após a separação e o divórcio coloca seriamente em perigo o seu bem-estar e sua segurança física e mental”.

Todavia, como bem pontua Dias (2017, s/p), o que finda por ocorrer é que, “de modo geral, a guarda fica com a mãe, enquanto ao pai é imposta a obrigação de prover, e deferidas escassas visitas em dias e horários estipulados”. Todavia, é impreterível que o tema em comento, seja visto sob o prisma compulsado na perspectiva do melhor interesse da criança. Uma criança saudável sempre tem por perspectiva natural o convívio efetivo com ambos os pais. Qualquer “maior interesse do menor” que para ser atendido, afasta ou dificulta o convívio com um genitor, com certeza está na verdade a atender o interesse de um dos genitores e não do filho.

Em busca de entendimentos e respostas, Nielsen (2014) apud Marinho e Correia (2017) realizaram o trabalho analítico de Linda Nielsen referente a 40 estudos de custódia física partilhada¹ e seus efeitos nas crianças. A conclusão tida é a de que a Guarda Compartilhada, com equilíbrio de convivência, é a melhor solução para os filhos frutos de uma separação conjugal, inclusive os de tenra idade, mesmo com litígio, senão, principalmente quando há litígio, pois, o equilíbrio no convívio é um fator a dificultar a Alienação Parental.

O avanço do Poder Legislativo Brasileiro no entendimento das necessidades de convívio equilibrado dos filhos com os genitores não encontrou guarita nos profissionais brasileiros na área de psicologia e sociologia, que, nas Varas de Família, são técnicos balizadores nessas decisões judiciais. Os profissionais dessas áreas estão se valendo ainda de

¹ Nota de revisão científica da tradução: seguindo a nomenclatura anglo-saxónica, a autora usa o conceito de custódia física partilhada para se referir a residência alternada e ao conceito de custódia única para se referir ao regime de residência materna e contacto paterno em fins de semana quinzenais.

conceitos ultrapassados e refutados pela psicologia e sociologia atual. Tanto é fato isso, que foi necessário valer-se de estudos de outros países, para analisar as dificuldades de compreensão sobre um lar de referência, rotina necessária em uma só residência, dentre outras para validar o afastamento de um dos genitores.

Esses 40 estudos chegaram a várias conclusões semelhantes. Sendo analisado em primeiro lugar que a custódia física partilhada está associada a melhores resultados de crianças de todas as idades ao longo do amplo espectro de indicadores de desempenho e bem-estar emocional, comportamental e de saúde física. Em segundo lugar não foram encontradas evidências de que as dormidas na casa do pai e a custódia física compartilhada estejam associadas a desempenhos negativos dos bebês e das crianças pequenas. O conhecimento e disseminação dos resultados destes estudos, alicerçam a compreensão mais plenas das vantagens da custódia física partilhada, sendo por conseguinte importante instrumento para orientar decisões políticas a favorecer a custódia física partilhada, bem como levar em conta os resultados da investigação empírica reduz a possibilidade de sermos induzidos em erro pelas nossas emoções, por crenças infundadas e por fazedores de opinião que tem poucos ou nenhum dado científico para fundamentar os seus pontos de vista (NIELSON apud MARINHO E CORREIA, 2017, p. 58).

Analisando as conclusões desse mesmo estudo, intrínseco está que as crianças tinham rotinas em duas casas separadas; no entanto, não foi uma questão importante para as pesquisas, pois as crianças são altamente adaptáveis, de modo que basta se sentirem bem e amadas em ambos os ambientes.

CONCLUSÕES PARCIAIS

Ao criar a Lei 13.058/2014 o legislador, primeiramente busca garantir o direito da criança e adolescente de conviver equilibradamente com ambos os genitores, situação necessária para seu pleno desenvolvimento em todos os âmbitos. Entretanto, se observa nas estatísticas e sentenças judiciais que a Guarda Compartilhada aparentemente não foi entendida e/ou aceita pelo judiciário, vez que, surgiu no âmbito judicial os termos como, “lar de referência”, “lar principal”, notadamente para justificar a permanência da criança com um dos genitores (geralmente a mãe) tornando o outro mera visita e provedor, situação que definitivamente não contempla a Lei de Guarda Compartilhada, pois segue plenamente os moldes de Guarda Unilateral, apesar de na sentença constar Guarda Compartilhada.

Infelizmente da maneira como vem sendo tratado o assunto pelo judiciário nas varas de família, as crianças estão sendo negligenciadas em seus interesses e necessidades, senão pela inobservância de seus direitos, pela demora absurda na solução, o que definitivamente aumentando o conflito ao invés de diminuí-lo. Processos duram muitos anos em litígio sem

solução e por muitas vezes perdem o objeto, as crianças crescem traumatizadas e afastadas de seu genitor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014*. Brasília: Diário Oficial da União, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em 14 jan. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Guarda Compartilhada dos filhos e duplo domicílio dos filhos*. São Paulo: Sítio on-line do IBDFAM, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1263/Guarda+compartilhada+dos+pais+e+duplo+domic%C3%A0Dlio+dos+filhos>. Acesso em 31 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Agora alienação parental dá cadeia*. São Paulo: Sítio on-line do IBDFAM, 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1267/Agora+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+d%C3%A1+cadeia%21>. Acesso em 02 nov. 2023.

DELGADO, Mário Luiz. *Guarda Alternada ou Guarda Compartilhada com duas residências?* São Paulo: Sítio on-line do IBDFAM, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1313/Guarda+Alternada+ou+Guarda+Compartilhada+com+duas+resid%C3%A0ncias%3F>. Acesso em: 02 mar. 2023.