SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

GUARDA COMPARTILHADA E O CENÁRIO COTIDIANO

SHARED CUSTODY AND THE DAILY SCENE

Guilherme Abreu Lima De Oliveira [1]
Fernanda de Deus Moreira dos Santos [2]

Resumo

Este estudo trata da análise acerca do instituto da guarda compartilhada diante de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na lei 13.058/2014. O trabalho retrata expectativas do legislador quando da instituição das novas disposições acerca da modalidade compartilhada de guarda e a sua aplicabilidade nos casos reais. Verificou-se que embora tenha sido nobre a preocupação do legislador ao dar prioridade de aplicação da guarda compartilhada em relação à guarda unilateral, se faz essencial a realização de estudo psicossocial e análise das condições concretas de cada caso para que se obtenha efetividade da modalidade compartilhada de guarda.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, Princípio da primazia do melhor interesse do menor, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

This study deals with the analysis about the joint custody before their evolution in the Brazilian legal system, culminating in the law 13.058/2014). This paper analyze the expectations of the legislature when he made the new rules about the type of shared custody and their applicability in real cases. Verified that although exists a prime concern of the legislator to give enforcement priority for the shared custody in relation to unilateral guard, this application requires a psychosocial study and analysis of the concrete conditions of each case, in order to obtain an effective shared custody.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Shared custody, Principle of the primacy of the best interest of child, Effectiveness

[1] Mestre em Direito Privado. Especialista em Direito Processual Civil. Advogado. Professor Universitário. Leciona Direito de Família e das Sucessões na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC /MINAS).

[2] Graduada em Direito e Pós-Graduanda em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MINAS).

GUARDA COMPARTILHADA E O CENÁRIO COTIDIANO

SHARED CUSTODY AND THE DAILY SCENE

RESUMO: Este estudo trata da análise acerca do instituto da guarda compartilhada diante de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na lei 13.058/2014. O trabalho retrata expectativas do legislador quando da instituição das novas disposições acerca da modalidade compartilhada de guarda e a sua aplicabilidade nos casos reais. Verificou-se que embora tenha sido nobre a preocupação do legislador ao dar prioridade de aplicação da guarda compartilhada em relação à guarda unilateral, se faz essencial a realização de estudo psicossocial e análise das condições concretas de cada caso para que se obtenha efetividade da modalidade compartilhada de guarda.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada; Princípio da primazia do melhor interesse do menor; Efetividade.

ABSTRACT: *This study deals with the analysis about the joint custody before their evolution in the Brazilian legal system, culminating in the law 13.058/2014). This paper analyze the expectations of the legislature when he made the new rules about the type of shared custody and their applicability in real cases. Verified that although exists a prime concern of the legislator to give enforcement priority for the shared custody in relation to unilateral guard, this application requires a psychosocial study and analysis of the concrete conditions of each case, in order to obtain an effective shared custody.*

KEY-WORDS: *Shared custody; Principle of the primacy of the best interest of child; Effectiveness.*

1. INTRODUÇÃO

Dentro de nossa sociedade, o instituto da família é o grande responsável pelo primeiro contato de um ser humano com o mundo que o rodeia. Desse fato advém a importância de estar inserido em uma família que possua plenas condições de proteger, cuidar e manter satisfatoriamente os seus integrantes. Os filhos se espelham em seus genitores ou naqueles que exercem a autoridade parental em suas vidas e dependem das regras impostas pelos seus pais até que alcancem a maturidade física, psicológica e intelectual para, sozinhos, enfrentarem o mundo.

Existindo uma família bem organizada, repleta de comunhão e amor, é tendência que as crianças e adolescentes dessa família obtenham sucesso ao ascenderem à vida adulta. No entanto, diante das inúmeras dificuldades enfrentadas pelas famílias modernas, torna-se bastante difícil a manutenção da coesão no seio familiar. O aumento do número de

dissoluções dos casamentos em nosso país tem contribuído para o desmantelamento das relações entre pais e filhos, uma vez que se veem cada vez mais distanciados perante a dificuldade de se efetivar uma convivência sadia entre os genitores.

É nesse cenário social e jurídico, que se assoma a implantação da Guarda Compartilhada pela lei 13.058/14, que objetivou dar prioridade para essa modalidade quando das decisões judiciais que versem sobre a fixação de guarda. A referida modalidade de guarda tem o condão de efetivar a proteção integral da criança e do adolescente, assim como priorizar o melhor interesse dos mesmos. Ela se mostra como uma solução inteligente para os problemas decorrentes da aplicação da guarda unilateral e vem, cada vez mais, sendo aplicada pelos juízes brasileiros.

O presente trabalho tem o objetivo de apontar brevemente o histórico das crianças e dos adolescentes no Brasil, trabalhar os dois princípios mais relevantes que regulam o Estatuto da Criança e do Adolescente, elucidar acerca do instituto da guarda dentro do ordenamento jurídico brasileiro e pormenorizar as vantagens da aplicação da guarda compartilhada em nossa sociedade.

Busca-se provocar uma breve reflexão acerca da efetividade da aplicação da guarda compartilhada na vida prática a partir de uma breve análise jurisprudencial feita no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e da análise de questionários efetuados com funcionários do Fórum Central de Belo Horizonte/ MG.

2. FORTALECIMENTO DA AUTORIDADE PARENTAL E REDUÇÃO DA ALIENAÇÃO

Verifica-se que o objetivo do legislador com a lei 13.058/14 foi evitar que se intensificassem os casos de síndrome de alienação parental, muito frequentes nos casos em que a guarda é exercida de forma exclusiva por um dos genitores.

É perceptível que o legislador pretendeu com o compartilhamento da guarda que fosse propiciado um ambiente mais sadio de convivência entre os filhos e seus pais, mesmo com o término da relação conjugal destes. Ou seja, pretendeu reduzir os desentendimentos entre os pais, quando da criação de seus filhos, objetivando o compartilhamento na tomada das decisões e das responsabilidades diárias de sua prole.

Pelo fato de se encontrarem em desenvolvimento psíquico, moral e físico, as crianças e adolescentes cujos pais se separam, tendem a ser facilmente manipulados pelos próprios genitores. Por muitas vezes, os pais separados não conseguem separar seus papéis de pais, do

papel de cônjuges anteriormente desenvolvido. Diante disso, a prática da alienação dos filhos se torna corriqueira e motivo de muitas demandas judiciais com pedidos de inversão de guarda ou de, até mesmo, modificação para a modalidade compartilhada. Assim sendo, o aumento da convivência entre filhos e pais, propiciada pela modalidade compartilhada da guarda, se tornou aos olhos do legislador uma grande ferramenta de inibição da pratica de alienação parental.

O legislador pretendeu facilitar o fortalecimento da autoridade de ambos os pais quando da separação conjugal. Fato é que, após a dissolução do casamento, muitos pais encontram dificuldades em sustentar sua autoridade em relação à criação de seus filhos, principalmente pelo distanciamento ocasionado pela moradia do menor com apenas um dos pais, ou de forma alternada. Diante desse fato, torna-se especialmente difícil para que a criança ou adolescente entendam que, embora seus pais não mais estejam juntos como um casal, eles ainda mantém as mesmas responsabilidades de condução e proteção de seus filhos.

Com o estabelecimento da guarda compartilhada, tende-se a uma divisão mais equilibrada da convivência entre todos os envolvidos. Tal situação se mostra como medida de prevenção à violência tanto física quando psicológica entre os genitores e também entre pais e filhos. O referido equilíbrio deve levar em consideração a rotina de cada um dos filhos e de cada um dos pais. Não deve ser baseado em cálculos matemáticos para divisão do convívio dos envolvidos, haja vista que, há igualdade de deveres e direitos entre ambos os genitores e que o contato irrestrito com ambos os pais é de extrema importância para o desenvolvimento das crianças e adolescentes.

De forma geral, o modelo da guarda compartilhada se mostrou como ótima ferramenta de redução da síndrome de alienação parental no Brasil. No entanto, não deve ser aplicada indistintamente. O caso concreto é que vai determinar qual a forma de exercício a ser adotada. É a partir da análise caso a caso concreto que poderá ser determinada a maneira mais coerente e certeira, devendo serem analisadas as questões subjetivas de cada família, quais sejam: respeito mútuo entre os pais, o bom senso dos genitores, capacidade de cooperação entre si, abertura para o diálogo e a disposição de dar amplo acesso ao filho para aquele pai a quem não foi deferida a residência fixa dos mesmos, mas que detém a guarda compartilhada. Presentes essas condições, mesmo que não ocorra acordo entre os genitores sobre a fixação da guarda, demonstra-se possível a eficácia da fixação da guarda compartilhada.

Diante dessas ideias, é perceptível que a preferência pela modalidade compartilhada não deve ignorar tais questões subjetivas de cada caso concreto. Ignoradas essas questões, é bem possível que a guarda compartilhada não gere benefício algum à família como um todo,

mas principalmente às crianças e adolescentes que ainda estarão submetidos a ações de alienação promovidas por seus pais.

A alienação parental, não é afastada somente pela fixação da guarda compartilhada. Diante da incapacidade de cooperação entre os pais, as manipulações e disputas pelos filhos tem grande possibilidade de continuarem a acontecer, haja vista a formação obrigatória de uma estrutura familiar não adequada para compartilhar a guarda.

A guarda compartilhada deve ser tentada na maioria dos casos, como forma de impulsionar uma modificação na consciência dos pais de que sua maior função parental é a de proporcionar o melhor ambiente familiar para criação dos seus filhos e entender que as disputas por poder somente levam a não efetivação dessa função. Mais ainda, a guarda compartilhada deve ser tentada até mesmo como forma de se dar a chance para os pais melhorarem seus relacionamentos após a dissolução da unidade conjugal.

No entanto, o julgador deve se ater às situações concretas em que não há qualquer possibilidade de efetivação desse tipo de guarda, ou a proteção dos filhos terá grande deficiência, ficando as crianças e adolescentes dentro de uma família quebrada e disfuncional.

3. REFLEXÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

De todo modo, percebe-se que ainda há bastante divergência acerca da sua eficácia para dirimir conflitos entre pais e filhos, e entre os próprios pais, após a dissolução do casamento. Uma possibilidade a ser experimentada seria o deferimento da guarda compartilhada em sede de liminar. Tal proposta seria uma possível solução para a efetividade da guarda na proteção integral da criança e do adolescente, pois o objetivo seria operar um "período de teste" da efetividade da mesma para cada caso concreto.

Cabe elucidar que, mesmo que não a guarda compartilhada não tenha sido requisitada por meio de liminar, não há impedimentos para o juiz de deferi-la dessa forma, haja vista o poder geral de cautela, em que pese a necessidade de resguardar o melhor interesse da criança e adolescente. Durante o período de experiência da guarda compartilhada, seriam observados dois grandes pontos: capacidade dos genitores de conviver de forma harmoniosa entre si e a vontade dos mesmos de continuar convivendo com sua prole. Após a dissolução do casamento.

Diante dessa proposta, seriam analisadas por meio de um estudo psicossocial, as reais possibilidades de que a guarda compartilhada possa ser exercida de forma a concretizar a intenção do legislador, qual seja a proteção das crianças e adolescentes envolvidos e o melhor

interesse das mesmas. Mais ainda, o estudo se incumbiria de prezar, não só pela preservação do melhor interesse dos filhos, mas sim o melhor interesse da família como um todo, haja vista a necessidade da boa convivência entre os pais para que seja possível o exercício saudável da guarda compartilhada.

Nesse caminho, o juiz teria melhor embasamento factual acerca das condições apresentadas por todos os envolvidos no processo de fixação de regime de guarda. Uma vez sendo favoráveis as conclusões trazidas pelo estudo psicossocial, o julgador tem maior capacidade de definir a guarda compartilhada para o caso concreto chamado à sua apreciação. Sendo bem aceita entre os envolvidos a guarda compartilhada "em teste", ela será reafirmada em sede de sentença final. Não se verificando a efetividade da guarda compartilhada no período de teste da mesma, torna-se mais fácil para o julgador aplicar a guarda unilateral, com fixação de regime de visitação que possibilite ainda um contato satisfatório dos filhos com o genitor a qual não foi deferida a guarda.

De maneira geral, tal proposta demanda maior tempo para definição, em primeira instancia do processo, haja vista a ocorrência de um período de experiência da guarda compartilhada até que seja possível delimitar os contornos de sua real aplicabilidade e eficácia em cada caso concreto.

Apesar da demora na resolução da lide, a logo prazo, permitiria uma diminuição das demandas de revisão de guarda, alimentos e de regulamentação de visitação, uma vez que a guarda compartilhada não seria imputada a qualquer caso de forma indiscriminada, sem que fossem observadas as reais condições de sua eficácia dentro das famílias.

Menores seriam as demandas relacionadas à guarda dos filhos, após sua fixação, o que traria um "desafogamento" do judiciário, em termos de que haveria menos lides decorrentes de uma fixação errônea de guarda pelos julgadores.

Tal ideia de aplicação mais eficaz da modalidade compartilhada de guarda é revestida de complexidade e necessitaria de uma definição temporal para sua ocorrência, ou seja, necessitaria de uma delimitação de tempo para que fosse observada a capacidade de adequação dessa modalidade a cada caso.

Mesmo contendo imperfeições, a proposta, em termos gerais, se assoma como uma resolução viável para que se resolvam as lides por fixação de guarda dos filhos de forma mais definitiva e acertada.

4. CONCLUSÃO

Diante de todos os apontamentos efetivados no presente trabalho, é possível observar a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro em assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, diante da sua hipossuficiência perante os conflitos advindos da dissolução do casamento entre seus pais. Perante o aumento significativo do número de divórcios nas últimas décadas, o número de conflitos pela disputa da guarda dos filhos também aumentou, o que, conforme dito influenciou a instituição legal da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada passa a se demonstrar como uma nova forma de exercício do poder familiar, não devendo ser confundida com a modalidade uni parental ou alternada de guarda. Embora existam muitas críticas acerca desse modelo, é inegável que este tipo de guarda permite a aproximação da prole com os seus genitores, facilitando a presença mais equilibrada de ambos os pais na vida e criação da prole. Sua expectativa era de solucionar problemas decorrentes da alienação parental, muito comum quando da fixação da modalidade unilateral de guarda. A Lei vem priorizando o melhor interesse dos filhos, que seriam menos expostos às brigas e manipulações feitas pelos pais, um contra o outro, assim como fortaleceria a autoridade parental e a igualdade entre os genitores perante seus filhos.

No entanto, com o presente trabalho e as análises feitas acerca das jurisprudências consultadas no TJMG no período que sucedeu a implantação da nova lei, é possível observar que, na prática, a priorização da guarda compartilhada não é suficiente para gerar tais benefícios as crianças e adolescentes.

Chega-se a essa conclusão quando se percebe que embora o melhor interesse dos filhos deva ser levado em conta quando da fixação de suas guardas, se os genitores não conseguirem se adequar aos padrões impostos pela modalidade compartilhada, não há razões práticas à fixação da guarda nesses moldes.

A aplicação da guarda compartilhada em sede de liminar se assoma como uma medida mais inteligente para a redução das demandas judiciais que decorrem da fixação da guarda e para a aplicação mais certeira da guarda compartilhada.

Com a liminar, seria elaborado um estudo psicossocial necessário para que o julgador promova uma decisão mais acertada quanto à aplicação e eficácia da modalidade compartilhada da guarda para cada caso concreto.

É possível concluir que a guarda compartilhada é uma boa medida para que se efetive um contato e convívio equilibrado dos filhos com seus genitores, após a dissolução conjugal, no entanto, a forma como a mesma vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro,

sem se considerar o mínimo de "bom relacionamento" entre os genitores, torna sua efetividade na proteção do interesse dos filhos muito baixa, já que obriga a se formar uma estrutura familiar que não consegue se sustentar e ser equilibrada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos das famílias. 8*. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2016.

GIMENEZ, Angela. *A guarda compartilhada e a igualdade parental.* Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Angela Gimenez> Acesso em: 08 jul.2016.

LUCA, Guilherme Domingos de; SANTOS JR, Danilo Rinaldi dos. *Guarda Compartilhada Dos Padrastos E Madrastas: Efetivação Do Princípio Do Maior Interesse Da Criança E Do Adolescente.* Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=476d47ccb574f051>Acesso em:20 jul.2016.

SALES, Ana Amélia Ribeiro; SÁ, Marina Santana Oliveira de. *Considerações acerca da guarda compartilhada e da Lei nº13.058/2014.* Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Ana Amélia Ribeiro Sales e Marina Santana Oliveira de Sá> Acesso em: 15 ago. 2016.