

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

GUARDA COMPARTILHADA

DANIELE ALMEIDA MOLINA HERRERA REIS

Presidente Prudente/SP

2014

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

GUARDA COMPARTILHADA

DANIELE ALMEIDA MOLINA HERRERA REIS

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do Prof. Eduardo Gesse.

Presidente Prudente/SP

2014

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Especialista em
Direito Civil e Processo Civil.

EDUARDO GESSE
ORIENTADOR

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, __ de _____ de 2014.

*Vossos filhos não são vossos filhos. São os filhos e as filhas da
ânsia da vida por si mesma. Vêm através de vós, mas não de
vós. E embora vivam convosco, não vos pertencem.*

*Podeis outorgar-lhes vosso amor, mas não vossos
pensamentos, porque eles têm seus próprios pensamentos.
Podeis abrigar seus corpos, mas não suas almas; pois suas
almas moram na mansão do amanhã, que vós não podeis
visitar nem mesmo em sonho.*

*Podeis esforçar-vos por ser como eles, mas não procureis fazê-
los como vós, porque a vida não anda para trás e não se
demora com os dias passados.*

*Vós sois os arcos dos quais vossos filhos são arremessados
como flechas vivas.*

*O arqueiro mira o alvo na senda do infinito e vos estica com
toda a sua força para que suas flechas se projetem rápidas e
para longe.*

*Que vosso encurvamento na mão do arqueiro seja vossa
alegria, pois assim como ele ama a flecha que voa, ama
também o arco que permanece estável.*

(Kalil Gibran)

Aos meus filhos, que mantêm acesa a luz do meu coração, e me ensinam, a cada dia que, somente voltando o olhar para fora de si, é possível compreender-se no mundo como um ser humano melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo apoio e dedicação infinita. Aos meus filhos, Pedro e Guilherme, pela paciência dispensada durante meus longos anos de estudo que, por muitas vezes, impediram a satisfação de tê-los em minha presença. Ao professor e orientador Eduardo Gesse, merecedor de grande admiração, não só pelas aulas ministradas, bem como pelo importante apoio nessa fase de conclusão de curso.

RESUMO

Com o advento da Lei nº 11.608/2008, o instituto da guarda compartilhada ganha relevância legislativa, embora já aplicada e discutida, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátria. O presente trabalho busca elucidar como as evoluções legislativas, doutrinárias, judiciárias, sociais e as novas políticas instituídas pelo Poder Judiciário fomentam a mudança de posicionamento a cerca da guarda compartilhada dos filhos. Para tanto, utilizou-se de fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais. Como conclusão, verificou-se que, após a constitucionalização do direito brasileiro e a decorrente atribuição de garantias individuais, institutos como o da guarda compartilhada - desdobramento do direito fundamental do filho conviver com sua família, sua unidade de afeto, após a ruptura conjugal -, ainda enfrenta grande resistência, contudo, gradativamente é difundida na sociedade brasileira, ganhando relevância como regra geral, como um novo caminho para a promoção da pacificação social.

Palavras-chave: Direito de Família. Constitucionalização do Direito Brasileiro. Filhos. Guarda Compartilhada. Direito Fundamental. Afeto. Cultura da Paz.

ABSTRACT

With the development of Law nº. 11.608/2008, the status of shared custody, even though already applied and discussed in both legal doctrine and in case law, has gained legislative relevance. This study aims to clarify how the developments in legislative, doctrinal, judicial, and social policy introduced by Judicial Power have been changing the positioning of shared custody. For this, doctrinal, legislative and jurisprudential sources have been used. In conclusion, it was found that after the constitutionalization of Brazilian Law and the resulting allocation of individual guarantees, shared custody - the splitting of the fundamental right of the child to live with his/her family and maintain his/her unit of familial affection after marital breakdown - still faces strong resistance. However, it is gradually becoming recognized in Brazilian society, gaining prominence as a general rule and as a new way to promote social concord.

Key words: Family Law, Constitutionalization of Brazilian law, Children, Shared Custody, Fundamental Right, Affection, Culture of Peace.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A ENTIDADE FAMILIAR	12
2.1 Breve Evolução Histórica e o Pátrio Poder.....	12
2.2 Princípios Constitucionais do Direito de Família	18
2.3 A Família Constitucionalizada	22
3 A GUARDA COMPARTILHADA	26
3.1 A Guarda dos Filhos Menores e seus Desdobramentos	26
3.2 Aspectos, Problemáticas e Aplicabilidade da Guarda Compartilhada.....	34
3.4 Perspectivas da Guarda Compartilhada no Direito Comparado.....	46
3.4 A Guarda Compartilhada: A Socioafetividade e a Multiparentalidade	49
4 A POLÍTICA PÚBLICA DO PODER JUDICIÁRIO - IMPLANTAÇÃO DA CULTURA DA PAZ	61
4.1 CEVAT – Centro de Visitação Assistida do Tribunal de Justiça	61
4.2 Os Métodos Consensuais de Conflito no Projeto do Novo Código Processo Civil	63
4.3 A Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça	65
4.4 Oficina de Pais e Filhos.....	67
5 CONCLUSÃO	70
BIBLIOGRAFIA	73

1 INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal conferiu uma gama de novos direitos e deveres aos cidadãos. Do mesmo modo, abriu espaço para o surgimento de novos institutos nas diversas áreas jurídicas e possibilitou que institutos já existentes passassem por nova releitura, cujo processo, ganhou força com o Novo Código Civil de 2002.

No mesmo contexto, a sociedade, gradualmente conhecedora de novos direitos e em decorrência de diversos fatores sociais, igualmente passou por seu processo de evolução.

O estudo do instituto da guarda compartilhada possui liame direito com a precária atuação Estatal, no que diz respeito às políticas de desenvolvimento das crianças, bem como ao incentivo a essa nova modalidade de guarda, que visa o melhor interesse do menor.

É que, embora o instituto legal faça parte dos manuais de Direito Civil, no Judiciário, o instituto da guarda compartilhada, ainda mal compreendida e confundida com o instituto da guarda alternada, não atingiu a sua finalidade, qual seja, a de ser a regra que visa propiciar sadia condição de sustentabilidade emocional, espiritual, moral e material ao filho.

Ocorre uma inevitável tendência na sociedade brasileira quanto à adoção da guarda compartilhada, como sendo a regra, mormente pelas novas políticas públicas do Poder Judiciário, mormente a instituída pela Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, para a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, onde são realizadas sessões de conciliação e mediação, nas quais, conciliadores e mediadores capacitados esclarecem e incentivam à adoção desta modalidade de guarda.

Embora presa a antigos parâmetros, a jurisprudência, de forma tímida, apresenta significantes mudanças de posicionamentos frente aos casos concretos e releitura do referido instituto jurídico, proferindo decisões inovadoras, compatíveis com evolução jurídica e social.

Contudo, o instituto da guarda compartilhada ainda exige uma nova releitura e mudança de posicionamentos, sociais, doutrinários e jurisprudências, dos próprios operadores do direito, exigindo um longo caminho a ser percorrido neste sentido.

A guarda compartilhada, além de proporcionar a convivência do filho com ambos os genitores ou terceiros, com quem mantêm laços de afeto, pode desempenhar o papel de prevenção de atos danosos, provocados pela Síndrome de Alienação Parental, de modo que, o instituto apresenta-se como ferramenta apta para promover pacificação social, na medida em que propõem ou impõem uma nova postura aos integrantes que compõe as relações afetivas, nas quais as crianças assumem o papel central de todo o cuidado, atenção, melhor e maior interesse.

Este trabalho visa traçar um paralelo entre as mudanças descritas acima que possibilitaram a adoção de novas posturas e entendimentos acerca da guarda compartilhada no âmbito do Direito de Família e como isso vem refletindo nos Tribunais e na sociedade.

Para cumprir esse objetivo utilizou-se a técnica de pesquisa documental, consistente em pesquisa bibliográfica e legislativa para traçar a evolução dos institutos estudados, e em pesquisa jurisprudencial, a fim de obter dados sobre a instituição da guarda compartilhada.

O estudo em questão está estruturado em três partes, sendo que a primeira trata da mudança basilar da entidade familiar ao longo do tempo e traça, brevemente, o instituto do pátrio poder e a nova dinâmica da estrutura familiar constitucionalizada, sem não antes abordar os princípios constitucionais que alicerçam o Direito de Família. A segunda consiste, especificamente, no instituto da guarda compartilhada, o escopo principal do presente trabalho, através da análise conceitual e prática do instituto da guarda e seus desdobramentos, para em seguida, traçar os aspectos, as problemáticas e a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada no Brasil e no Direito Comparado, sendo que, ao final, faz-se uma abordagem a cerca da socioafetividade e da multiparentalidade, e seu reflexo na questão da guarda de filhos. E, a terceira e última parte, traz uma perspectiva sobre as novas políticas públicas, adotada pelo Poder Judiciário na implantação da cultura da paz e como isso vem ganhando força na seara do Direito de Família, mormente na preservação do melhor interesse do menor e a promoção de uma modificação

comportamental histórica e cultural da sociedade, proporcionando a adoção de uma nova postura jurídico-social.

2 A ENTIDADE FAMILIAR

2.1 Breve Evolução Histórica e o Pátrio Poder

Em conciso comentário a cerca da formação da família, num interstício temporal remoto, acredita-se que o homem, diante das adversidades climáticas, limitações corporais e necessidades fisiológicas (alimentação e sexo) e psíquicas (medo e afeto), passou a reunir-se para que a sobrevivência fosse perpetuada. Após tal reunião, por razões que se perdem no tempo, surgiram os primeiros grupos familiares, que eram constituídos por grupos de pessoas ligadas por vínculos sanguíneos.

Em que pesem as variadas teorias sobre a origem da família, tais como a teoria da monogamia originária, a da promiscuidade primitiva, a das uniões transitórias (MIRANDA, 2001, p. 62/64), a origem e os motivos da criação da família são controvertidos, contudo, de forma uníssona, estudiosos de diversos ramos pregam que as famílias surgiram para garantir a sobrevivência humana, bem como, para fomentar o desenvolvimento da espécie.

Por certo que, na família, seja apresentando-se como grupo natural (procriação e sobrevivência), ou como grupo cultural (PEREIRA, 2003, p. 12/13), o ser humano vivencia os fatos básicos da vida e, diferentemente da maioria de outras espécies animais, depende de outros, como seus genitores, por longos anos, durante a primeira infância.

O corpo da criança precisa ser conduzido, alimentado, cuidado e protegido. Seu intelecto precisa ser estimulado e alertado para os acontecimentos ao seu redor. Ela precisa de ajuda para compreender e organizar suas sensações e percepções. Precisa de gente para amar, para receber afeto, e servir como alvo seguro da raiva e da agressividade infantis. Precisa de assistência dos adultos para dominar e modificar seus impulsos primitivos (sexo e agressividade). Precisa de modelos para a identificação, proporcionado pelos pais, para construir uma consciência moral. Tanto quanto qualquer outra coisa precisa ser aceita, valorizada e querida como qualquer outro membro da família. (GOLDSTEIN, FREUD, SOLNIT, 1987, p. 10 apud QUINTAS, 2009, p. 60)

Sendo através da formação de Pares Andrógenos, Clãs, Frátrias, Tribos ou demais grupos sociais, cada círculo social, possui seu sistema de direitos que, por sua vez, não são produto exclusivo do Estado, uma vez que o antecedem (MIRANDA, 2001, p. 52/55) e, desde sempre, visaram garantir a sobrevivência nos círculos sociais correspondentes.

Com a evolução do Estado, bem como o da família, buscou-se identificar e delimitar quais os direitos e os deveres dos genitores em relação à sua prole. Direitos e deveres esses que, uma vez somados, constituem o poder familiar, conhecido antigamente por pátrio poder.

O poder familiar corresponde ao aglomerado de competências atribuídas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com a finalidade de promover o desenvolvimento e a formação completa dos filhos. (GRISARD FILHO, 2009, p. 35)

O ponto de partida para examinar o desenvolvimento do poder familiar é o direito romano, sociedade em que o *pater familias*, o mais velho da família, exercia de maneira exclusiva e absoluta o poder familiar. Poder esse, análogo ao da propriedade, de modo que o princípio que regia o núcleo desta família patriarcal era o da autoridade. (CASABONA, 2006, p. 34)

No direito romano, o pater familias tinha uma forte autoridade sobre as mulheres e os filhos. Na verdade, ele tinha o poder de deixar viver ou morrer seu próprio filho, quando do seu nascimento. Costuma-se dizer que o nascimento de um romano não era somente um fato natural, pois seu pai podia levantá-lo, o que significava a sua aceitação, ou abandoná-lo fora de casa, para que morresse ou fosse recolhido por alguém. Criança, adolescente ou adulto, casado ou solteiro, o filho permanecia sob a autoridade paterna até a morte do pai, quando então o substituía e se tornava o novo pater familias. (LOTUFO, 2002, p. 251 apud CASABONA, 2006, p. 35)

Já as famílias germânicas entendiam o poder familiar como um direito e um dever, no qual criavam, educavam e libertavam os filhos quando adquiriam capacidade. O pai germânico só poderia repudiar o filho no momento do nascimento, de forma que se o aceitasse deveria exercer o *mund*, ou seja, a autoridade paterna como medida de proteção. (CASABONA, 2006, p. 35)

“No direito germânico, o pátrio poder não se revestia da mesma severidade do **patria potesta** dos romanos, muito embora numa certa fase, tivessem praticado o habito de expor e vender os filhos. No entanto, reconheciam o dever que tinham de criá-los e educá-los bem como libertá-los dessa submissão quando adquirissem a capacidade.” (LOTUFO, 2002, p. 254 apud CASABONA, 2006, p. 35)

Observa-se que o *mnt* germânico era uma forma atenuada do *patria potesta* romano.

Avançando no tempo, já no período de ascensão do Cristianismo, não obstante o Direito Canônico tenha apregoado a igualdade moral entre marido e a esposa, defendeu o modelo patriarcal na figura do pátrio poder. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 58)

Sintetizando os dois sistemas, romano e germânico, o Direito Canônico impôs aos pais “o gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidarem da educação, tanto física, social e cultural como moral e religiosa da prole.”. (CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO apud CASABONA, 2006, p. 36)

No ano de 1923, o Brasil, através das Ordenações Filipinas, incorporou o modelo de poder familiar romano congregado nas Ordenações do Reino de Portugal, seguindo o Código Civil Brasileiro, esse sistema familiar. (GRISARD FILHO, 2005)

As marcas deixadas por esses valores permaneceram enraizadas em nossa cultura jurídica, como ocorrera na maioria dos países ocidentais, que durante séculos adotaram o modelo de família concebido em Roma, não obstante a influência exercida pelo Cristianismo, que não impediu a subsistência da estruturação do núcleo familiar em torno do poder *pater-marital*. (BRANCO, 2006, p. 26)

No decorrer dos anos, as leis civilistas brasileiras sofreram diversas alterações, semeadas pelas ideias de igualdade entre os filhos e a busca pelo direito das mulheres. A exemplo disso, observar-se a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre o Estatuto da Mulher Casada, e que modificou o Código Civil de 1916, determinando que a chefia da sociedade conjugal, antes exercida exclusivamente pelo homem, seria exercida com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos.

Desapareceu a organização patriarcal, que vigorou no Brasil por todo o século passado, não apenas no direito, mas, sobretudo nos costumes. A necessidade econômica ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Desta sorte, diminui necessariamente a coesão familiar. O menor adquire muito jovem, maior independência, deixando de se exercer a influência parental na sua educação. (PEREIRA, 1997, p.20)

O advento da Constituição Federal Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe um novo conceito de família, baseada em novos princípios, os quais sedimentaram a igualdade entre aqueles que compõem a entidade familiar, fazendo-se necessário identificar e delimitar quais os direitos e deveres dos sujeitos envolvidos nesta relação.

Frente a todas as mudanças sociais e legislativas, o antigo modelo familiar romano não mais encontrou sustentação jurídica na sociedade moderna brasileira.

Na família romana, havia até uma abrangência econômica, no sentido de a família compreender todos os agregados, que eram aqueles que descendiam de uma mesma estirpe, compreendia também aqueles que vinham, se ligavam à família por laços civis, os chamados cognados, e ainda abarcava toda a clientela, os escravos e os bens, já que no conceito de Direito romano, a família se constituía de *personas et pecus*, ou seja, o gado também fazia parte dela, pois a família era um grupo econômico, no sentido de que caráter patrimonial. (VIANA, 2000, p. 325/326 apud CASSETARI, 2014, p. 9)

Veja que o artigo 1.630, do Código Civil Brasileiro, dispõe que os filhos, enquanto menores, estarão sujeitos ao poder familiar.

Por sua vez, o artigo 1.631, atribui aos pais, na constância do casamento ou da união estável, o poder familiar, sendo que, no artigo seguinte, adverte que o poder familiar deve ser estendido a ambos os pais, ainda que separados, tendo em vista que o divórcio e a dissolução da união estável em nada alteram a relação entre os genitores e seus filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, de forma ampla e, adequada aos novos preceitos constitucionais, em seu artigo 21, atribui o exercício do poder familiar ao pai e a mãe em igualdade de condições, independentemente de sua condição familiar.

Por certo, o poder familiar é atribuído a ambos os genitores independente da existência ou não do casamento ou da união estável de qualquer espécie, uma vez que “(...) pai e mãe são, conjunta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do poder familiar, como efeito da paternidade e da maternidade e não do matrimônio ou da união estável.”. (GRISARD FILHO, 2005, p. 43/44)

O artigo 1.634, do Código Civil, elenca rol não exaustivo de direitos e deveres conferidos aos pais no exercício do poder familiar, quais sejam: conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se um dos pais não lhe sobrevier; representá-los até os 16 anos nos atos da vida civil e assisti-los após essa idade nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição.

Da mesma forma, a Constituição Federal Brasileira, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 -, igualmente trazem em seus bojos, direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos.

Portanto, como mencionado acima, a lei civilista apenas traz rol exemplificativo, uma vez que os pais podem, ainda, guardar o filho, ou seja, retê-lo em casa, reger sua conduta, proibi-lo de frequentar determinados lugares ou estar em más companhias, bem como fixar-lhe residência e domicílio.

Em contrapartida, devem os pais prover o filho em todos os aspectos, como: cuidar de sua segurança e saúde, contribuir para o desenvolvimento de suas faculdades físicas, psíquicas e espirituais, prestar-lhe alimento, velar pela sua educação e, isso abrange inculcar-lhe valores humanos, bem como prepará-lo para a convivência em sociedade.

Atente-se para o fato de que, constatado qualquer desamparo, responderão os genitores ou responsável, por crime de abandono material e/ou intelectual.

Embora não haja previsão legal, podem os pais, no exercício do poder/dever de educar, aplicar ao filho, correção e disciplina, de forma moderada,

uma vez que a aplicação de castigo imoderado poderá configurar o crime de maus tratos, previsto no artigo 136, do Código Penal Brasileiro.

Atos que atentam contra a moral e aos bons costumes contra filhos também podem configurar crimes que atentem contra a dignidade sexual do menor, respondendo os pais por tais atos.

(...), o poder familiar é instituto de proteção da menoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores. Trata-se de um *munus* público, razão pela qual o Estado está legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. E o faz fiscalizando a atuação dos pais, por não ser um poder absoluto nem intangível, com o propósito de evitar abusos. (GRISARD FILHO, 2009, p. 51/52)

Nessa linha, em certas situações, o poder familiar será exercido apenas por um dos pais pelo fato de o outro genitor estar impedido por ter sido suspenso ou destituído do poder para exercê-lo ou, ainda, quando no caso de o filho não reconhecido pelo pai, ficar sob o poder familiar apenas de sua genitora. (CASABONA, 2006, p. 70)

Na seara cível, o poder familiar alcança a responsabilidade dos pais em relação a danos ocasionados a terceiros por seus filhos menores, tendo em vista que “no caso da responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos dos filhos menores, não se pode perder de vista que os filhos vêm ao mundo na dependência completa de seus pais.”. (CASABONA, 2006, p. 71)

Quanto à administração de bens dos filhos menores, o poder familiar confere aos pais o usufruto e a administração de seus bens, devendo os genitores, a luz do artigo 1.690, do Código Civil, decidirem, em comum acordo, as questões pertinentes à pessoa e ao patrimônio dos filhos. Caso haja divergência sobre tais questões, os pais poderão recorrer ao Judiciário para a solução da questão controvertida. (CASABONA, 2006, p. 71)

Como bem explanado por Maria Berenice Dias (2011, p. 37), “**o direito subjetivo da família** não se destina exclusivamente a conceder direitos, mas muito mais a atribuir deveres”, de modo que na sociedade moderna, o exercício do poder familiar não é mais regido pelo princípio da autoridade absoluta do patriarca, mas

sim, desempenhado de acordo com os princípios constitucionais de família, reconhecendo-se os direitos de cada um de seus membros.

A família é um princípio ativo. Nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma superior, à medida que a sociedade evolui de uma condição inferior para outra superior. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos só registrando, depois de longos intervalos, os progressos feitos pela família e só mudam radicalmente quando a família já se modificou radicalmente. (MORGAN, 1877, p. 552 apud ENGELS, 2009, p. 45)

Concretizando-se na afetividade, a família passa a deslocar as funções econômica, política e religiosa para a afetiva, recolocando a pessoa no centro do Direito, acima do aspecto patrimonial. (CASSETARI, 2014, p. 28)

Assim, elevada a patamar de proteção constitucional, a família merece a tutela Estatal, que deve dar-lhe efetivo e especial amparo, alicerçando-se, primariamente, nos princípios fundamentais do Direito e Família.

2.2 Princípios Constitucionais do Direito de Família

Com a inserção expressa da família no campo constitucional, sobreveio a ela, uma gama de princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles, princípios que regem o Direito de Família, os quais atribuíram maior carga valorativa ao ser humano, atenuando a proteção exclusivamente patrimonial nas relações, de modo a oferecer uma nova releitura aos seus institutos.

Desse modo, pode-se afirmar com tranquilidade, que o Direito Civil contemporâneo – e, logicamente o Direito de Família – é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, atribuindo-se maior valor à pessoa humana – o ser – do que ao seu patrimônio – o ter. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 120)

Importante, por primeiro, a análise dos princípios constitucionais que fundamentam o Direito de Família, mormente no que tange a guarda dos filhos. Senão vejamos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III e artigo 226, § 7º, ambos da Constituição Federal, no aspecto familiar, caracteriza-se pelo respeito entre os familiares e pela promoção de uma vida digna para eles, visando o desenvolvimento da dignidade e personalidade de seus integrantes. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 69/71)

Rolf Madaleno (2008, p. 20/21), entende que o Direito de Família tem por estrutura base o princípio absoluto da dignidade humana, o qual promove ligação com todas as outras normas, uma vez que corresponde a um único sistema e um único propósito, que é o de assegurar a comunhão plena de vida de cada integrante da sociedade familiar.

Já o princípio da tutela especial à família, disposta no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, se funda na importância da família como lugar de realização existencial de seus componentes, buscando conciliar valores coletivos, familiares e individuais, de modo que o Estado deve atuar promovendo a prevenção de atentados e violações contra o núcleo familiar, bem como proporcionar proteção especial a todas as espécies de família. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 71/72)

Por sua vez, o princípio do pluralismo democrático, do qual decorre o princípio do pluralismo das entidades familiares, previsto no artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal, corresponde à liberdade de escolha do modelo e da espécie familiar. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 77/78)

No mesmo espectro se inserem tanto as famílias parentais como as pluriparentais. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõe a partir de um elo de afetividade e que gera comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça. (DIAS, 2011, p. 67/68)

O princípio da igualdade entre os cônjuges ou conviventes (artigo 226, § 5º da Constituição Federal) e entre os filhos (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal), admite limitações razoáveis em respeito ao direito à diferença,

reconhecendo-se os direitos pessoais de cada um de seus membros, seja perante a sociedade, seja perante a própria família. (CASABONA, 2006, p. 51/55)

Paulo Lôbo (2011, p. 65/68), entende que a satisfação do princípio da igualdade na filiação, por vezes, corresponde ao atendimento às diferenças individuais, ou seja, ao respeito ao direito de cada um ser diferente.

Por outro lado, de uma breve leitura do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, observa-se que o objetivo primordial da Carta Magna é a construção de uma sociedade de leis justas e solidárias.

Nesse sentido, o princípio da solidariedade assume ilustre papel de destaque na proteção dos integrantes da família moderna, mormente quanto aos vulneráveis, o que reforça as bases e fundamentos pela preferência da instituição da guarda compartilhada, uma vez que o modelo de guarda unilateral ainda representa um resquício da teoria individualista e liberal, que imperou no sistema jurídico brasileiro até o advento de nossa Carta Magna. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 73/76)

O princípio da solidariedade propugna o abandono de tal visão individualista para, no seu lugar, ser empregado o modelo que resulte da cooperação solidária de ambos os pais na formação e no desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do filho comum, daí deve ser estimulado o modelo de guarda compartilhada, e não mais unilateral. (LÔBO, 2011, p. 42)

Na sábia definição do ilustre doutrinador Rolf Madaleno (2008, p. 64), “a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação (...)”.

No tocante ao princípio da paternidade (parentalidade) responsável, este alcança a responsabilidade individual e social do homem e da mulher que concebem uma criança no exercício de seu direito reprodutivo, resguardando-se todos os direitos da prole. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 77/78)

Nessa esteira, Del Vecchio (1960, p. 73) apud Cahali (2009, p.54) defende que “(...) assim como os primeiros devem atribuir a si o nascimento de um

novo ente, assim também não podem eximir-se da obrigação de seguir a formação do mesmo ente, até que ela seja completa.”.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com previsão legal no artigo 227, da Constituição Federal, apresenta-se como caminho norteador nas relações das crianças para com seus pais, a sociedade e o Estado. O menor passa a ser sujeito de direito, enquanto pessoa humana, por força de tal princípio. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 80/81)

Considerados na inarredável perspectiva de serem eles também titulares de direitos subjetivos familiares, os filhos tomam assento destacável na novel regulação jurídica. Ao ocuparem essa posição jurídica, não se desvestem, por óbvio de certos deveres, mas é realçada a situação preferencialmente protetiva da qual são destinatários. O sentido e o alcance da proteção têm assento nos princípios e regras que se destinam a disciplinarem aspectos relevantes do poder familiar ou da autoridade parental. (FACHIN, 2003, p. 247 apud QUINTAS, 2009, p. 16)

Para Grosman (1998, p. 38), o interesse maior da criança deve estar em harmonia com a demanda de todo o grupo familiar em que está inserido, sopesando-se, assim, princípios da participação e da solidariedade.

Já o artigo 226, §§ 3º e 6º, bem como o artigo 227, *caput* e §1º, ambos da Constituição Federal, trazem, implicitamente, o princípio da afetividade que, por sua vez, corresponde a uma noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida, com prioridade do elemento psicológico, sobre aspectos de ordem patrimonial ou biológica. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 82/85)

Por certo que o ordenamento jurídico não pôde ficar alheio ante a família contemporânea, ligada não apenas pelos laços sanguíneos e biológicos. E, em resposta a um anseio social, frente à formação de entidades familiares agregadas pelo afeto, emergiu o princípio da afetividade. (PEREIRA, OLIVEIRA, 2008, p. 379)

O laço de afeto, portanto, não seria apenas o decorrente de laço biológico, mas sim, da convivência familiar, de modo que, conforme pontua Maria Berenice Dias (2011, p. 71) “(...) a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.”.

Muito embora existam outros princípios basilares do Direito e Família, é necessário, por fim, acentuar o princípio da convivência familiar (artigo 227, *caput*, da Constituição Federal), que consagra a relação duradoura entre os familiares, seja em razão de parentesco ou de conjugalidade, em sentido amplo, ainda que sem a existência de um espaço físico definido. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 85)

A convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. (...) O senso comum enxerga a visita do não guardião como um direito limitado dele, apenas, porque a convivência com o filho era tido como disputa dos pais, quando em verdade é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles. (LÔBO, 2011, p. 74)

E não é só. O direito a convivência familiar não se limita apenas à família nuclear, composta de pai e mãe. Esse direito vai além, por tratar-se de um direito amplo, que alcança outros familiares, como avós e tios, por exemplo, e também, não familiares, porém com quem o menor possui laços de afeto.

Segundo Belmiro Pedro Welter (2009, p. 46), muito antes da promulgação da Carta Magna, "(...) havia uma predisposição social, política e jurídica a afastar os principais conceitos prévios do passado jurídico, permitindo que a família fosse vista por olhares democráticos, hermenêuticos e republicanos."

Contudo, a Constituição de 1988 favoreceu grande avanço na sedimentação dos direitos fundamentais, e nesse diapasão, pode-se entender que o avanço legislativo brasileiro no Direito de Família, decorre da sedimentação da força normativa dos princípios constitucionais acima mencionados.

2.3 A Família Constitucionalizada

Com o advento da Constituição Federal Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, surgiu um novo conceito de família, baseado em novos princípios, mormente no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual

sedimentou a igualdade entre aqueles que a compõe, fazendo-se necessário identificar e delimitar quais os direitos e deveres dos sujeitos envolvidos nesta relação.

O art. 3º, inciso I, de nossa Carta Magna, trouxe como objetivo primordial da Sociedade Brasileira, a constituição de uma sociedade com leis justas e solidárias.

Nessa linha, o Estado deve atuar promovendo a prevenção de atentados e violações contra o núcleo familiar, bem como proporcionar proteção especial a toda às espécies de família. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p.71/72)

Desse modo, observa-se que, o Judiciário, antecipando-se ao legislador, a fim de regularizar situações de fato, passou a visualizar como família, as uniões que se afastam do modelo convencional.

A família, antes com característica predominantemente patrimonial e patriarcal, passou a valorizar cada individualidade que compõe o seu núcleo, como sujeitos de direitos e deveres, caracterizando-se, agora, pela solidariedade e afetividade entre os membros que a compõe.

A família passou a ser entidade que agrega em seu núcleo, pessoas ligadas por laços biológicos ou não, de afeto, interdependência e objetivos comuns, **cada qual respeitada e tomada em consideração como indivíduo autônomo, sujeito próprio de direitos.** (CASABONA, 2006, p.52)

Com a constitucionalização do direito privado, bem como, com o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a família tradicional abre agora espaço para novos modelos de família (pluralismo dos modelos familiares), ocorrendo uma redefinição de família no mundo contemporâneo.

Além das mais variadas definições sobre a constituição da família, para Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 13), “Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem ligados biologicamente.”.

E é esse o novo diferencial da família contemporânea, antigamente definida e reconhecida como aquela ligada ou oriunda de laços consanguíneos.

Hodiernamente, “o merecimento da tutela da família não diz respeito exclusivamente as questões de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.” (DIAS, 2007, p.227 apud GAMA, 2009, p. 129)

Registre-se a posição de Maria Berenice Dias, que qualifica como família a união entre pessoas do mesmo sexo (por ela designada de união homoafetiva), sob o fundamento de que, com base no respeito à dignidade da pessoa humana, não se pode negar o *status* de família a qualquer união que se baseie no afeto. A mesma autora, ainda sustenta o *status* de família à convivência entre parentes ou entre pessoas, mesmo não-parentes, no contexto de uma estruturação com identidade de propósito, nominando tais entidades com a expressão *famílias anaparentais*. (DIAS, 2007, p.45/46, apud GAMA, 2009, p. 143)

A família, não é mais reconhecida apenas como pessoas ligadas pelos laços genéticos e de sangue. “Isso porque o ser humano não é constituído unicamente pela genética, mas, sim, pela linguagem da genética, da afetividade e da ontologia, mundos interligados, mundos inter-relacionados (...)” (WELTER, 2009, p. 25), ou seja, uma soma e composição integral de sua existência que extrapola a definição conservadora do que se entendia por unidade familiar, hoje composta por parentes consanguíneos ou não.

Assim, para Welter (2009, p. 69/72), a família deve ser entendida além da genética, uma vez que o ser humano também transita por outros dois mundos. O mundo afetivo, que corresponde ao mundo dos relacionamentos, e o mundo ontológico, que é o mundo humano pessoal (autorrelacionamento), de modo que deve ser entendida na totalidade do passado, presente e futuro, não podendo ficar adstrita ao “ser-no-mundo-genético”. Há de ser encarada como “um modo de ser-no-mundo-tridimensional”, integralizada (genético/afetivo/ontológico).

Antes entendida como o conjunto de pessoas que descendiam de um tronco ancestral comum, pelos laços sanguíneos, unidos entre si pelo matrimônio, pela filiação genética e adoção, na visão de Belmiro Pedro Welter (2009, p. 172), a família não mais se limita ao casamento, “(...) porque é ilimitada em um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des) afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.”, não sendo passível de normatização ou ser entendida exclusivamente

de forma genética, de modo que não seria possível ao legislador abranger todos “os jeitos de ser-em-família.”.

Os sistemas de parentesco e formas de família que acabamos de mencionar diferem dos de hoje, pelo fato de cada filho ter vários pais e mães. (...) Estamos, portanto, diante de uma série de formas de família que estão em contradição direta com as até agora habitualmente admitidas como as únicas em vigor. (...) a prática, de forma tácita, mas sem barreiras, passa por cima desses limites impostos pela sociedade oficial. (ENGELS, 2009, p. 46)

Nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 234) apud Christiano Cassetari (2014, p. 40), afirma que “(...) o Estado não deve preocupar-se, somente com a família de direito, pois sua base, seu sustentáculo, é a família, em geral, sem adjetivações.”.

Entretanto, a preocupação não se limita apenas as novas hermenêuticas, ou a formação e a aceitação de novos modelos em que se apresentam a família constitucionalizada. A preocupação abrange também a dissolução dessas famílias contemporâneas, mormente quando envolvem filhos e/ou filhos afins.

Havendo a ruptura do vínculo afetivo entre as partes que compõe a relação conjugal, quer pelo casamento, quer pela união estável, quer por outra forma de unidade familiar e, havendo filhos menores decorrentes ou não dessa relação (por vínculo consanguíneo ou não, por vínculo originário ou derivado), necessária a regulamentação do exercício da guarda dos filhos menores, a fim de preservar-se o máximo interesse da criança.

3 A GUARDA COMPARTILHADA

3.1 A Guarda dos Filhos Menores e seus Desdobramentos

Antes de adentrarmos no estudo da Guarda Compartilhada, escopo do presente trabalho, faz-se necessário, inicialmente, traçarmos a definição de guarda e seus variados aspectos, bem como os tipos existentes.

Pois bem.

A expressão “guarda”, deriva do latim *guardare*, do alemão *wargem*, do inglês *warden* e do francês *garde*, que remete a ideia de proteção, segurança, vigilância, defesa e etc. No caso, a guarda dos filhos, diz respeito aos menores de 18 anos e aos maiores incapazes, sendo que, compete aos pais ou a pessoa que a apresente melhores condições de exercer a guarda, direitos-deveres em favor dos filhos. (CASABONA, 2006, p. 99)

Nesse passo, “pode-se definir a guarda como um conjunto de direitos e obrigações que se estabelece entre um menor e seu guardião, visando o seu desenvolvimento pessoal e integração social.”. (CASABONA, 2006, p. 103)

Conforme se observa do artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda integra um direito-dever que a lei prescreve aos pais em relação à pessoa e aos bens de seus filhos, uma vez que estabelece a obrigação de assistência material, moral e educacional da criança ou do adolescente, conferindo ao seu detentor, o direito de opor-se a terceiros.

Portanto, diferentemente do instituto do poder familiar, a guarda dos filhos é “Instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato.”. (DINIZ, 2002, p. 495). Ou seja, diz respeito a quem é conferida a posse física do menor.

Ressalvados os casos excepcionados por lei, a convivência do menor com ambos os pais, confere ao menor a possibilidade de desenvolver as suas

potencialidades, construir o arcabouço de valores sociais e individuais. Tanto que, o artigo 6º, da Declaração Universal de Direitos da Criança, do qual o Brasil é signatário, confere o direito de o menor conviver com ambos os genitores, e eleva tal direito a princípio de hierarquia constitucional ao dispor:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material.

Enquanto existente o casamento ou a união estável, de qualquer espécie, o modelo de guarda exercido pelos pais ou pais adotivos, é comum ou originária, instituída de forma natural, de maneira que ela está ligada diretamente ao exercício do poder familiar, sem percepção de cisão entre os dois institutos.

Porém, quando há a ruptura do relacionamento existente entre os pais ou pais adotivos, bipartem-se as suas funções e as decisões passam a ser tomadas individualmente, de maneira que se faz necessária a delimitação do exercício da guarda do menor, cuja instituição será realizada consensual ou litigiosamente através do poder Judiciário, a fim de preservar-se o melhor interesse do menor.

Nesse aspecto, baseando-se no Direito Comparado, o ordenamento jurídico pátrio adotou o método interpretativo '*the best interest of the child*', mormente para a instituição da guarda de menores, cujo critério será o efetivo interesse do menor, com o objetivo maior de conferir-lhe ampla garantia de saudável desenvolvimento. (NOGUEIRA DA GAMA, 2008, p. 205)

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, subscrita pelo Brasil, dispõe que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito a autoridade administrativa ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança."

No mesmo sentido, a Lei 11.698/2008, que inovou os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil brasileiro, conferiu poderes ao juiz para que estabeleça a guarda do menor, pautado no melhor interesse para a criança.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, há quase quinze anos, vem assim decidindo:

Sendo a guarda um direito do filho menor e um dever dos seus genitores, cumpre ao julgamento, atendendo aos mais altos interesses da criança, conceder a guarda àquele que reunir melhores condições de proporcionar o bem estar do menor (TJRS, 8ª Câmara Cível, nº 598484400, Relator: Juiz Alzir Felipe Schmitz, j. 10.12.1998)

Por sua vez, o artigo 6º, do ECA, prescreve que, ao interpretar-se a lei, devem ser considerados “os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e os deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”.

Nesta dinâmica, cabe ao magistrado realizar o juízo de valor acerca das circunstâncias que envolvem cada caso concreto, a fim de conceder o provimento judicial sobre a guarda dos menores, uma vez que, conquanto a guarda, repita-se, seja simultaneamente exercida por ambos os genitores, pais adotivos, ou conviventes enquanto da convivência conjugal, quando finda a convivência, a guarda se apresentará de diversas formas, razão pela qual, deve sempre atentar-se ao melhor interesse do menor.

Importante consignar que o juiz poderá decidir a instituição da guarda de forma diversa ao acordado ou pleiteado pelos pais, de modo que, visando o melhor interesse do menor, o juiz, de mero aplicador da norma jurídica, passa a realizar uma abordagem casuística na busca de promover uma solução própria para cada caso em concreto.

Antes de discorrer sobre as modalidades de guarda, é importante traçar a distinção entre a guarda legal ou jurídica e a guarda física, na medida em que a primeira modalidade, atribuída por lei, diz respeito ao direito dos pais em reger a vida do filho menor, direcionando-o, protegendo-o e, inclusive, decidindo aspectos ligados ao lazer, educação, religião e etc; sendo que a segunda, diz respeito à presença física na residência dos pais e está relacionada à posse e à vigilância.

A guarda jurídica encerra as relações parentais de caráter pessoal emergentes do poder familiar (sustento, criação, educação, proteção, correção, controle, guia moral e intelectual, vigilância, respeito, honra, afeição etc.), e é o direito de ‘regem a vida dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles’ e custódia ou guarda material, refere-se imediatidade do exercício da guarda jurídica por aquele com quem viva o menor. (SANTOS, 2001, p. 58 apud QUINTAS, 2009, p. 23)

A guarda poderá ser exercida da seguinte forma:

A guarda alternada é conferida a ambos os pais de forma alternada, ou seja, os filhos passam um período sob a guarda do pai e, outro período sob a guarda da mãe, alternando-se, assim, a guarda física da criança, de modo que os pais exercem de forma exclusiva a totalidade dos poderes que integram o poder parental.

Conquanto a vantagem da guarda alternada seja a de que ela permite uma maior convivência entre o filho e o não guardião, a desvantagem é que esse modelo acarreta constantes mudanças para a criança, provocando instabilidade emocional para o menor.

Nesse sentido, a criança não suportaria esse tipo de guarda sem sofrer abalos em sua estrutura psíquica, uma vez que estaria dissociada ao sabor da sensibilidade de cada um dos pais. (DOLTO, p. 65 apud QUINTAS, 2009, p. 27)

Pode ela afetar gravemente o equilíbrio do menor, sobretudo se é de pouca idade. Conforme opiniões autorizadas (...) que a experiência comum parece confirmar -, uma das necessidades básicas é da continuidade e estabilidade das suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal desenvolvimento, causando, por vezes, retrocessos psicológicos espetaculares. (LEANDRO, 1986, p. 155/156 apud GRISARD FILHO, 2009, p. 126)

Tal modelo de guarda, não obstante seja admitido, porém, não exercido no Brasil, recebe muitas críticas tanto de especialistas, como da doutrina e da jurisprudência, uma vez que não atende o melhor interesse do menor de forma plena, daí a inconveniência de sua atribuição.

Já, quanto à modalidade de guarda exclusiva ou unilateral, de acordo com a nova redação do artigo 1.584, do Código Civil, alterado pela Lei 11.698/08, é aquela atribuída a apenas uma pessoa, ou seja, exercida exclusivamente, levando-se em consideração quem apresenta melhores condições de exercer a guarda do menor.

Nesse diapasão, prevê o citado artigo, em seu § 2º que, a guarda será instituída ao pai/mãe que apresente melhores condições de exercê-la e propiciar aos filhos os seguintes aspectos: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança, e educação.

A exigência do referido artigo pode acirrar a disputa entre os pais, ou ao contrário, pode levar o guardião visitante a desistir e considerar-se desvalorizado junto à criança, afastando-se de seu convívio. Além disso, pode incrementar angústias e agressividades entre os ex-cônjuges com repercussões nefastas às novas formas de relacionamento entre pais e filhos após a separação do casal. (DUARTE, 2009, p. 217)

Excepcionalmente, o § 1º, do artigo 1.583, assim como o § 5º, do artigo 1.584, do nosso Código Civilista dispõe que, quando ambos os genitores não apresentarem condições de exercer a guarda do filho menor, o juiz deferirá a guarda a um terceiro, que poderá exercê-la exclusivamente, observados para tanto, o grau de parentesco, afinidade e afetividade com a criança.

A lei civil ainda confere ao pai/mãe não guardião a possibilidade de visita e fiscalização na manutenção e educação do menor, decorrente de fixação judicial ou mediante acordo com o genitor guardião, de modo a resguardar o dever do não guardião de visitar e conviver com o filho.

Cabe destacar que, só a visita e a fiscalização não são o bastante para a criança. O filho necessita ter presente o pai e a mãe efetivamente participando de sua vida, de seus interesses, de seus estudos, educação, lazer e etc, de modo que o sistema de visitação periódica destrói o relacionamento entre o não guardião e o filho, que, dada a sua condição vulnerável de infante, acumula sofrimento e angústia a cada encontro e despedida.

Um pai ou uma mãe que ‘visita’ ou é ‘visitado’ tem pouca chance de servir como verdadeiro objeto de amor, confiança e identificação, já que esse papel se baseia em estar presente de modo ininterrupto no dia-a-dia ... as visitas de fim de semana não compensam a ausência dos pais em momentos cruciais da vida dela e as visitas prolongadas nas férias só servem, na grande maioria dos casos, para despertar a dificuldade de disposição para a volta ao pai ou mãe de custódia. (GOLDESTEIN, FREUD e SOLNIT, 1987, p. 27 apud QUINTAS, 2009, p. 48)

Ademais, segundo pesquisa recente realizada no Reino Unido sobre a guarda exclusiva, apontou que mais de 40% de pais separados perderam todo o contato com seus filhos após dois anos da separação do casal (QUINTAS, 2009, p. 48), uma vez que a desagregação da unidade conjugal dificulta a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, pois, na maioria dos episódios, não subsiste o vínculo amigável entre o antes “casal”.

Nas disputas judiciais dos pais em relação à guarda dos filhos, a clínica mostra que as crianças nem sempre são respeitadas, sendo colocadas em posições de objetos de vingança e de disputa, como, por exemplo, “moeda de troca, nota promissória”. Em alguns casos, os filhos participam da relação entre seus pais representando para eles um “bem” patrimonial valioso, que pode ser “extorquido, vendido ou comprado” do (a) ex-parceiro (a), principalmente, quando impera um discurso capitalista em certos núcleos familiares. Nessas situações, procura-se obter ganhos significativos com a posse da guarda da criança, quando, por exemplo, o guardião consegue obter elevados valores de pensão alimentícia do genitor não guardião, embora este procure, na maioria das vezes, contestá-lo. (DUARTE, 2009, p. 213/214)

Ressalte-se que, há algum tempo, nossos Tribunais, seguindo uma nova tendência, passaram a condenar pais ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes das consequências geradas pelo não convívio com seus filhos.

DANO MORAL – AUTOR ABANDONADO PELO PAI DESDE A GRAVIDEZ DA SUA GENITORA E RECONHECIDO COMO FILHO SOMENTE APÓS PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL – DISCRIMINAÇÃO EM FACE DOS IRMÃOS, ABANDONO MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS – ABALO PSÍQUICO – INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARA ESTE FIM (TJSP, 8ª Câmara Cível de Direito Privado, AC 511.903-4/7-00-Marília/SP, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008)

De acordo com a Ilustre Advogada e, antes Desembargadora, Maria Berenice Dias (2009, p. 417/418), a ausência de convívio entre pais e filhos pela ruptura dos laços de afetividade, ocasiona ao menor, drásticas sequelas psicológicas e danos emocionais merecedores de reparação.

O dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem preço muito alto na nova configuração familiar. (DIAS, 2009, p. 417/418)

A principal desvantagem da atribuição da guarda exclusiva, é que abre margem para aquele que a detém, usar o filho como instrumento de vingança e chantagem contra o não guardião. Tal fenômeno é denominado como “Alienação Parental”, responsável pela “Síndrome da Alienação Parental”.

Em que pese a Alienação Parental poder ser realizada por qualquer um dos pais, cabe aqui a exposição de Lenita Pacheco Lemos Duarte (2009, p. 220), ao afirmar que “quando a mãe insiste em levar seu desejo às últimas consequências, assemelha-se a “Medéia” – personagem da tragédia grega que sacrifica os filhos para se vingar do amante que a deixou por outra mulher.”, casos em que, deve-se lançar mão do Judiciário, para evitar ou cessar o abuso comportamental, em prejuízo dos menores.

O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser a verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias. (DIAS, 2009, p. 418)

Nesse caso, um dos genitores, ou até mesmo outros parentes, passam a macular o outro genitor para o filho, o que, por consequência, causa inevitáveis abalos na formação psíquica do menor.

A Síndrome da Alienação Parental é uma das doenças que emerge quase que exclusivamente no contexto das disputas pela guarda. (...) O genitor alienante seria, em geral, a mãe que costuma deter a guarda, e que a exerceria de forma tirânica. Inegável é a grande influência que a mãe exerce nos filhos pequenos, dada a natural seqüência de um vínculo biológico para o psíquico e afetivo. O que se observa é que há mães que utilizam sim de forma abusiva, consciente e inconsciente, o vínculo de dependência não só física, mas, sobretudo, psíquica que a criança tem para com ela (...). (GROENINGA, 2008, p. 122/123 apud ALVES, 2009, p. 100)

O problema é tão recorrente e alarmante que a “Associação Portuguesa pela Igualdade Parental e Direito dos Filhos”, localizada em Portugal, irá promover no dia 05 de fevereiro, desse ano corrente, o “Dia Nacional de Alerta para a Alienação Parental”, nas cidades de Évora, Coimbra, Lisboa e Porto, com o objetivo de se criar um dia para a conscientização da Síndrome da Alienação Parental, frente à sua crescente constatação naquele país. (PLANO, 2014, s.p.)

Já no ordenamento pátrio, a problemática ganhou tamanha relevância e reconhecimento, que sobreveio a Lei 12.318/2010, que confere ao Juiz apurar, de

ofício, em qualquer fase do processo, a ocorrência da Alienação Parental, que contará com a participação do Ministério Público.

Dentre as novidades trazidas pela referida Lei, a mais interessante é o rol aberto de medidas cautelares que o juiz pode se valer para assegurar a convivência do menor, vítima do alienador, com o não guardião prejudicado.

Assim, tendo em vista que o guardião, autor da “Alienação Parental”, pretende realizar verdadeira escravidão mental e sentimental na criança (que, como parte hipossuficiente, sofre uma série de danos psicológicos de difícil reparação), pode ser responsabilizado penal e civilmente, além de estar sujeito a uma série de sanções, como advertência, ampliação do regime de convivência com o não guardião prejudicado pela alienação e, até mesmo, a suspensão do poder parental.

Importa dizer que, se ela não deseja a convivência do pai na vida dos filhos, pode ser apenas uma questão de poder, com a finalidade de garantir a alienação parental, por gerações. Mas, é preciso recordar que essas crianças e adolescentes, que crescem sob essa influência, internalizam o modelo de competição e exclusão, e não o de cooperação, significando que, para formar o seu psiquismo, o filho precisa da presença constante do pai e da mãe, formando, assim, os três vértices da vida: pai, mãe e filho.” (WELTER, 2009, p.208)

Todavia, deve-se observar a divulgação, aplicabilidade, bem como a instrumentalidade e eficácia, da referida Lei, para que alcance os fins nela contidos, mormente a proteção do melhor interesse da criança.

Por outro lado, embora a guarda unilateral não seja o modelo mais indicado, se restar constatado que um dos genitores não está em condições de exercer a guarda, seja por motivos de ordem moral, intelectual, financeira ou de capacidade legal, imperiosa a aplicação do sistema da guarda exclusiva, caso em que sua fixação será necessária e mais benéfica à criança.

Entretanto, na ausência de motivos graves, a fixação da guarda unilateral não é a medida recomendável para o desenvolvimento sadio do filho, uma vez que o genitor não guardião apenas lhe faz visitas esporádicas, o que acentua o sentimento de perda.

Nessa dinâmica, emerge a temática da guarda compartilhada, cuja intenção precípua é solver as imperfeições decorrentes da guarda exclusiva ou alternada, como doravante será abordado.

3.2 Aspectos, Problemáticas e Aplicabilidade da Guarda Compartilhada

Com a dissolução da sociedade afetiva entre o casal, surge a família “monoparental” e, havendo filhos, por consequência, o poder familiar passa a ser exercido de forma diferenciada, sem, contudo, modificar-se a necessidade de o filho ter presente o pai e a mãe efetivamente participando de sua vida, de seus interesses, estudos, educação, lazer e etc.

Segundo pesquisa realizada no Reino Unido, repita-se, mais de 40% de pais separados perderam todo o contato com seus filhos após dois anos. (QUINTAS, 2009, p. 48)

A ausência de convívio entre pais e filhos (inclusive, pais e filhos afins), pela ruptura dos laços de afetividade entre o casal, ocasiona drásticas sequelas psicológicas, danos emocionais traumáticos, de difícil reparação.

A Pediatra e Psicoterapeuta Alemã, Eva Reich (1998, p.118), ao falar sobre traumas infantis, leciona que “o encouraçamento é um mecanismo de sobrevivência, que ajuda de maneira positiva a criança a sobreviver, embora possa atrapalhar o crescimento interno do adulto.”, já que implica na repressão de sentimentos, que geram os mais variados desequilíbrios de ordem física e emocional.

O ódio pelo pai que surge num menino por causa da rivalidade em relação à mãe não é capaz de adquirir uma soberania absoluta sobre a mente da criança; tem de lutar contra a afeição e admiração de longa data pela mesma pessoa. A criança se alivia do conflito que surge dessa atitude emocional de duplo aspecto, ambivalente, para com o pai, deslocando seus sentimentos hostis e temerosos para um *substituto* daquele. O deslocamento, no entanto, não pode dar cabo ao conflito, não pode efetuar uma nítida separação entre os sentimentos afetuosos e hostis. Pelo contrário, o conflito é retomado em relação ao objeto para o qual foi feito o deslocamento: a ambivalência é estendida a ele. (FREUD, 1996, p. 134)

Dentre todas as questões emocionais e psicológicas geradas pela ruptura da convivência do antes “casal”, na maioria dos casos, como já visto, a guarda unilateral fomenta a disputa entre os pais pelos filhos, pois encerra outros aspectos ocultos, dentre eles, o desejo de vingança entre os “ex-casal”, sobrecarregado de mágoas e frustrações.

(...) os conflitos de lealdade - necessidade de escolher entre seus pais – fazem os filhos sofrer. Embora devessem dar aos filhos permissão para serem unidos simultaneamente aos dois genitores, passam a eles a mensagem de que precisam tomar o partido do pai ou da mãe, seja de forma sutil ou de maneira explícita. (TEYBER, 1995, p. 147)

Desse modo, a guarda compartilhada, regulamentada nos artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil, alterados pela Lei 11.698/08 surge, com o intuito primário de minimizar o processo doloroso de separação envolvendo filhos, uma vez propicia a retirada da criança do foco de batalha em eventual disputa judicial pela guarda, preservando o melhor interesse do menor.

Para Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas (2009, p. 28), “compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente.”, de modo que o poder familiar se mantém, como antes da ruptura conjugal.

Maria Berenice Dias elucida de forma sintetizada e objetiva, que a guarda compartilhada significa:

(...) mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos, leva à *pluralização de responsabilidades*, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta aos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. (DIAS, 2009, p. 401)

Em uma sociedade em que se torna crescente o número de rupturas de sociedades conjugais, tal modelo de guarda ganha importância, já que a maioria destas sociedades desfeitas foi agraciada com filhos.

Observe-se que, levantamento estatístico realizado pelo Instituto de Geografia e Estatística – IBGE -, no ano de 2002, ou seja, há mais de 10 anos atrás, já demonstrava que cerca de 82% das separações e 73% dos divórcios, envolviam a guarda de filhos. (QUINTAS, 2009, p.22)

Esse estudo concluiu, ainda, que “De 98.217 mil crianças envolvidas no processo de separação, somente 4.312 mil ficaram sob a guarda do pai.”. (PEREIRA, 2003, p.28)

Vislumbra-se, portanto, que essa esmagadora porcentagem aponta o extremo cuidado com que o ordenamento jurídico pátrio, bem como o Judiciário, deve cercar o instituto da guarda, de todos os aparatos necessários a fim de resguardar ou restaurar o equilíbrio, a igualdade de direitos e obrigações de ambos os pais, para garantir a supremacia do interesse do menor.

Diante da ruptura de convivência entre o antes casal, a presente realidade demonstra que é necessário estabelecer a corresponsabilidade parental, que consiste numa parceria que reaproxima pais e filhos à situação anterior, com o fim de proteger o menor de sentimentos de desamparo e incerteza.

Nesse modelo, ambos os genitores assumem posições de responsabilidade, respeito e solidariedade mútuas, para a manutenção da saúde física, emocional, moral e espiritual do filho.

Nessa dinâmica, a guarda compartilhada tenderia a solver as imperfeições decorrentes da guarda exclusiva e alternada e, ainda serviria de mecanismo de prevenção contra a Síndrome da Alienação Parental - em que o alienador, dentre outras patologias, sofre do desejo de exclusividade do vínculo com o filho -, uma vez que a disputa pela guarda do menor estaria sanada pelo compartilhamento.

Conveniente relembrar que, anteriormente, a outorga da guarda dos filhos era conferida exclusivamente ao pai, sendo que os filhos eram considerados verdadeiras propriedades.

Posteriormente, mais precisamente com a Revolução Industrial, o pai passa a se desinteressar pela educação do filho, visto que a mãe passa a desempenhar papel essencial no âmbito doméstico. (GRISARD FILHO, 2009, p. 130)

Já na segunda metade do século passado, a mulher reingressa para o mercado de trabalho e o homem passa a desempenhar atividades dentro do lar, bem como a querer participar, efetivamente, da vida do filho. Isso, motivado pelas quebras de paradigma fomentado pelo movimento feminista, facilitação do divórcio, aceitação da união estável, cujos fatores modificaram as regras do ambiente familiar. (GRISARD FILHO, 2009, p. 130)

Diante dessa mudança, que despontou na igualdade de gêneros e a relevância do melhor interesse da criança, num primeiro momento os Tribunais pátrios passaram a propor acordos de guarda alternada para, posteriormente, aplicarem a guarda compartilhada, alicerçados no Direito Comparado e em alguns dispositivos do ordenamento brasileiro, que já garantiam o melhor interesse da criança.

Para elucidar a questão, no ano de 1967, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão defendendo, em termos genéricos, a aplicação da guarda compartilhada.

Note-se, que no bojo do referido julgado encontra-se o princípio do melhor interesse do menor:

O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não deve restringir a regular visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe. (ALVES, 2009, p. 101/102)

Assim, a Lei 11.698/08, que alterou os artigos 1853 e 1854, ambos do Código Civil, adveio mais com o intuito de disciplinar o instituto da guarda compartilhada, do que, propriamente, legalizá-la, já que, conforme apontado acima,

os Tribunais, há muito anos, já aplicavam o instituto muito antes dele ter previsão legal.

Por outro lado, da leitura do § 2º, do art. 1.584, abstrai-se que, quando os pais não acordarem quanto à guarda do filho, o juiz poderá decretar a guarda compartilhada nos divórcios litigiosos.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES DE GUARDA PROPOSTAS POR AMBOS OS GENITORES EM DESFAVOR DO OUTRO. PAIS QUE APRESENTAM IGUAIS CONDIÇÕES PARA DETER A GUARDA DO INFANTE. GUARDA UNILATERAL DESACONSELHADA. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. IMPLIÇÃO, DE OFÍCIO, DA GUARDA COMPARTILHADA. PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. I - Para definição da guarda, deve-se atender precipuamente aos interesses e às necessidades da criança, de ordem afetiva, social, cultural e econômica. II - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda do infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. III - Assim, diante do conjunto de evidências, considerando-se o efeito translativo que se agrega ao presente recurso, ao devolver o conhecimento de toda matéria objeto da controvérsia para este Tribunal, de ofício, deve ser estabelecida a guarda compartilhada do menor em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos têm interesse e condições de bem desempenhar esse elevado mister intrínseco ao poder familiar. IV - **A guarda unilateral ou exclusiva é medida a ser tomada apenas em situações excepcionais, em sintonia direta com os interesses do menor, situação em concreto não vislumbrada na hipótese em exame.** (171970 SC 2011.017197-0, Relator: Joel Figueira Júnior. Data de Julgamento: 26/08/2011, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelações Cíveis ns. e, de Blumenau - grifei)

Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2009, p. 262) “a cláusula entre vírgulas “sempre que possível”, contida no § 2º do art. 1.584 do Código, objetiva atribuir discricionariedade (e não arbítrio) ao julgador que, na solução do litígio poderá concluir que não é aconselhável a guarda compartilhada.”.

No entendimento de Waldyr Grisard Filho (2009, p. 205), o juiz deverá fixar a guarda compartilhada somente quando houver diálogo, civilidade e respeito entre os pais.

Para Maria Berenice Dias (2009, p. 402), o exercício da guarda compartilhada exige dos pais “um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações que porventura ainda tenham para que, ao final, não se torne inócua a medida, ou pior, fomentadora de mais problemas do que soluções.”.

Já para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta (2006, p. 593) apud Grisard Filho (2009, p. 205), para a fixação da guarda compartilhada não é necessário pais colaboradores, nem pais que sejam capazes de diálogo e entendimento. Para ela, “basta que as partes não se desqualifiquem mutuamente na presença dos filhos, sem o que, eles serão lançados em conflitos de lealdade dos quais não serão capazes de saírem ilesos.”.

Poucas são as decisões que instituem a guarda compartilhada, quando presente o litígio, a exemplo do julgado do segundo semestre do ano de 2011, em que a Ministra Nancy Andrighi ofereceu verdadeira aula sobre a questão:

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

possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ e 31/08/2011 - grifei)

A questão é que, não obstante haja a possibilidade da decretação da guarda compartilhada do filho, quando presente o litígio entre os pais, tanto a doutrina, como a jurisprudência majoritária, não olha com bons olhos a decretação da guarda compartilhada quando advinda de divórcio litigioso.

Tendo em vista a polêmica gerada face às diversas interpretações que se dá a cláusula “sempre que possível”, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 117, de 2013 (nº 1.009/2011, na Casa de origem), do Deputado Arnaldo Faria de Sá que, pretende alterar o § 2º, do artigo 1.584, bem como os artigos 1.584, 1.585 e 1.634, todos do Código Civil, a fim de solucionar as divergências nas interpretações. (PROJETO, 2014, s.p.)

Primeiramente, cabe destacar que, na exposição de motivos do referido Projeto de Lei, o Deputado Federal ressalta que, muito embora tenha ocorrido um avanço legislativo após a promulgação da Lei nº 11.698/2008, muitas pessoas, inclusive magistrados e promotores de justiça, não compreenderam a intenção primária do legislador quando da elaboração do § 2º, do artigo 1584, da Lei Civil, uma vez que tem interpretado a expressão “sempre que possível”, como “sempre que os genitores se relacionem bem.”. (PROJETO, 2014, s.p.)

Defende o Deputado que, fosse essa a intenção da lei, não haveria motivos ou a necessidade de criar a Lei da Guarda Compartilhada, já que à época já se permitiam acordos fixando a guarda compartilhada, por aqueles que já compreendiam a importância das figuras de Pai e Mãe. (PROJETO, 2014, s.p.)

Especificamente quanto ao § 2º, do artigo 1584, do Código Civil, alvo da polêmica, o Projeto de Lei nº 117/2013, prevê que não havendo acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos, “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.”, o que, segundo a intenção do legislador, sanaria a polêmica sobre a instituição da guarda apenas nos casos em que os pais se relacionassem bem. (PROJETO, 2014, s.p.)

O referido projeto ainda trata de outros assuntos pertinentes a guarda de filhos, mormente quanto a sua aplicação. (PROJETO, 2014, s.p.)

Contudo, como ainda não existem regras pré-estabelecidas de como a guarda compartilhada será aplicada na prática, isso favorece aos pais acordarem da melhor maneira as condições como ela será exercida, o que torna cada acordo homologado pelo judiciário, único, personalizado a cada situação.

Entretanto, em que pese o aspecto flexível da guarda compartilhada, existem outros pressupostos judiciais que devem ser observados para o seu exercício, sem os quais poderão acarretar sérios problemas, comprometendo o melhor interesse do menor. São alguns deles, que os pais tenham: habilidade, capacidade legal, moral, intelectual e condições de exercerem o poder familiar. (QUINTAS, 2009, p. 72)

Ocorre que, mesmo depois de atendidos os pressupostos mínimos, algumas especificidades fáticas poderão surgir, e que merecem ser observadas.

No caso de um dos pais, ou ambos, contraírem novas núpcias, apenas o quadro fático, no qual está inserida a criança, irá se alterar, em decorrência da inserção de uma terceira, ou até mesmo, quarta pessoa na relação pais e filhos. No entanto, juridicamente, nada muda em relação aos filhos, ou seja, de acordo com o art. 1.588, do Código Civil Brasileiro, os pais não perdem o direito de ter o filho consigo, não havendo nada que impeça, a princípio, a instituição de guarda compartilhada.

Quanto à mudança de um dos pais para outra cidade, embora ocorra uma desestabilidade estrutural, na qual a criança está inserida, as decisões conjuntas deverão permanecer e o compartilhamento da guarda deve continuar (QUINTAS, 2009, p. 76), uma vez que, diversos casais, que possuem filhos, convivem à longa distância pelos mais variados motivos e, o pai/mãe que se mudou, participa da vida da criança, mesmo à distância, sem prejuízo.

Também existem hipóteses de pessoas que moram em cidades ou até em estados diferentes com determinação de guarda compartilhada que vai possibilitar aquele que está mais longe a participar efetivamente da vida do filho, da filha, tendo informações sobre tudo de importante que acontece na vida daquela criança, inclusive podendo opinar e participar (...). (GUARDA, 2013, s.p.)

Cabe ressaltar que, o Projeto de Lei nº 117/2013, em trâmite no Senado, visando sanar, também, essa polêmica, modifica o § 3º, do artigo 1.583, do Código Civil, que passaria a dispor que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atende aos interesses dos filhos.” (PROJETO, 2014, s.p.), o que deixa claro, mais uma vez que, que não há óbice ao compartilhamento da guarda dos filhos, mesmo os pais residindo em cidades distintas.

Outra questão debatida é a guarda compartilhada com a alternância de residências.

Neste ponto, importante distinção deve ser feita, uma vez que a doutrina majoritária e a jurisprudência repudiam o compartilhamento de guarda, por ela muito se aproximar ao instituto da guarda alternada.

A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, cuja modalidade, não recomendada, preserva apenas os interesses dos pais, uma vez que nela, o filho permanece, por determinado período de tempo dividido entre os ambos os pais; ao contrário da primeira, que pressupõe o exercício simultâneo do poder familiar. (QUINTAS, 2009, p. 97)

Guarda compartilhada com alternância de residência, não significa somente que o filho possua duas residências, mas sim, que os genitores decidam conjuntamente a vida do filho e este, por sua vez, tenha livre acesso na vida diária dos pais. Diferentemente da guarda alternada, que pressupõe a estada do filho em duas residências por períodos distintos pré-estabelecidos e, com uma diferença central: durante esses períodos o pai e a mãe detêm, de forma exclusiva, a totalidade de poderes-deveres que integram o pátrio poder, ou seja, cada um decide, unilateralmente, as questões relacionadas aos filhos. (QUINTAS, 2009, p. 97)

Embora existam posições favoráveis e desfavoráveis, vale salientar que a criança alternar a casa dos pais é uma possibilidade dentro da guarda compartilhada, e não uma característica desta, que impeça a sua aplicação, podendo ser adotada apenas com uma residência fixa para os filhos. (QUINTAS, 2009, p. 97)

Cabe ao juiz analisar cada caso em concreto “para se decidir a respeito, levando em consideração o desejo dos pais e o sentimento dos filhos” (QUINTAS, 2009, p. 79), priorizando sempre o melhor interesse do menor.

Quanto aos alimentos, segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 403), a guarda compartilhada não exige a sua prestação “até mesmo porque nem sempre os genitores ostentam satisfatória condição econômica.”, casos em que deverá ser observado o binômio, necessidade-possibilidade.

Por sua vez, Waldir Grisard Filho (2009, p. 209), considera que nesse modelo de guarda, a princípio não existe a obrigação de prestação alimentícia, pois segundo entende, os pais dividiriam as despesas, tais como, um dos pais pagando a escola, o plano de saúde, a farmácia e etc, bem como os demais encargos de criação, sendo que, no tocante as despesas extraordinárias, seriam divididas por ambos, na proporção de suas capacidades.

Se a criança convive com ambos os pais, cada um é responsável pela alimentação em sua casa, bem como as despesas relacionadas com a convivência, sendo que, cada caso deverá ser analisando individualmente.

Vale apontar que, não obstante a Lei 11.698/08, que alterou os artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civilista, tenha adotado a guarda compartilhada como regra no Brasil, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que tal instituto sirva aos fins pelos quais foi inserido na ordem jurídica nacional.

Observe que, em contrapartida ao Direito Comparado, o Brasil não adota a prática de convencionar a guarda dos filhos em acordos particulares, uma vez que se entende que tal procedimento é incompatível com o sistema processual vigente.

Nesse passo, cabe ressaltar o veto presidencial ao § 4º, do art. 1.583, da Lei 11.698/08, que admitia fosse a guarda compartilhada fixada por consenso dos pais ou por decisão judicial. Na época, o fundamento para o veto foi que o mero acordo entre os pais, sem a oitiva do Ministério Público e decisão do Magistrado, seria incompatível com o sistema processual em vigor. (QUINTAS, 2009, p. 70)

A guarda compartilhada nem sempre deverá ser estabelecida, porquanto, mesmo em caso de acordo entre os pais, o julgador, ouvindo previamente o

Ministério Público, poderá, mediante o apoio de equipe interdisciplinar, fixar a guarda unilateral, ou conceder a guarda a outra pessoa que possua ligações afetivas com a criança ou o adolescente, sempre atendendo ao supremo interesse de perfilhação, em atenção as necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe (artigo 1.584 do Código Civil). Significa que o judiciário tem o poder/dever de frear os ânimos impulsivos e até irracionais, para preservar e garantir o bom desenvolvimento psicológico da criança, sem traumas ou abalos que possam influenciar na formação desse ser.” (WELTER, 2009, p. 203)

Sobre o acordo, Eliana Riberti Nazareth (1997, p. 65) apud Welter (2009, p. 200), entende que “(...) quando o casal de pais está de pleno acordo, o juiz não deveria intervir, ainda que tal acordo lhe pareça singular. Só se a integridade física e/ou mental do menor estiver ameaçada justifica-se a ingerência.”.

No entendimento de Eduardo Leite (1991, p. 197), para a aplicação da guarda compartilhada, imperioso que a decisão do magistrado esteja pautada na casuística, bem como no acordo celebrado entre os pais:

O acordo entre os pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto que ninguém, melhor que os pais, conhecem seus filhos e sabe o que é melhor para o futuro dos mesmos. (LEITE, 1991, p.197)

Por outro lado, o legislador pretendeu reforçar a aplicação da guarda compartilhada, tornando-a conhecida, conforme dispõe o § 2º, do artigo 1.584, do Código Civil, que determina que o juiz, na audiência de conciliação informe aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada, a similitude de direitos e deveres atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Ocorre que, na prática se verifica que a referida recomendação legislativa é pouco observada, uma vez que existe grande resistência dos Magistrados aplicarem o instituto da guarda compartilhada, não apenas pelo conservadorismo ao qual estão condicionados, mas, acima de tudo, pela falta de conhecimento do que vem a ser o referido instituto, sendo que, um dos motivos é a confusão feita entre o compartilhamento da guarda, com a guarda alternada.

Mas, não é só.

Como se observa hodiernamente, a sociedade e os demais operadores do direito, lamentavelmente, desconhecem a profundidade do “novo” instituto, e isso, pelas mais diversas razões. Quer pela cultura enraizada do litígio, quer pela herança, deveras cultivada, de que os componentes familiares correspondem a verdadeiras propriedades.

A respeito do assunto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama assim se manifestou:

A lei exclusivamente nada resolve, sendo necessária a conscientização e a informação acerca dos novos e importantes modelos, especialmente o da guarda compartilhada (...). Cumpre a todos os atores jurídicos e à própria doutrina e jurisprudência empreender trabalho incessante e vital de proceder à correta interpretação e aplicação das normas jurídicas, sempre tendo como referência o melhor interesse do menor e do adolescente. (GAMA, 2009, p. 266)

Para Welter (2009, p. 205/206) “é preciso uma mudança de paradigma, para que a lei da guarda compartilhada seja compreendida pela principiologia constitucional, principalmente da convivência democrática.”, que não se limita e não se perfaz no sistema quinzenal de visitas. Ao contrário, a garantia de maior interesse do menor se expressa com maior profundidade no compartilhamento da convivência familiar.

(...) O Direito, a partir da influência da Psicanálise, não pode mais deixar de considerar a Família como uma Estruturação Psíquica, para aprender mais profundamente as relações que pretende legislar e ordenar. Caso contrário, o Direito de Família continuará, incessantemente, carente de alterações, sem encontrar a melhor adequação à realidade. (PEREIRA, 2003, p.143)

Verifica-se, portanto, a necessidade de um profundo e sério estudo por parte dos operadores do Direito, bem como na informação ofertada à sociedade acerca do que realmente significa o instituto da guarda compartilhada, para que seja possível a efetivação de direitos humanos fundamentais, no que tange as relações pertinentes à família, mais especificamente, no caso de rompimento das sociedades afetivas, nas quais existem filhos, em que devem reinar sempre o melhor interesse da criança.

3.4 Perspectivas da Guarda Compartilhada no Direito Comparado

A Convenção sobre os Direitos das Crianças recomenda que os Estados respeitem o direito da criança que está separada de um ou de ambos os pais a manter contato com ambos, de modo habitual, em respeito à proteção integral do menor, cuja recomendação, diferentemente do Brasil, há algumas décadas é adotada por diversos países.

Observa-se, em diversos países, a aplicação da guarda compartilhada como regra. Não só como precisão legislativa, mas sim, como realidade fática. Vejamos.

Supõe-se que a Inglaterra tenha sido a pioneira no exercício do compartilhamento da guarda dos filhos, onde os Tribunais passaram a expedir ordem de fracionamento da guarda dos filhos, como uma forma de diminuir os efeitos da guarda exclusiva. (GRISARD FILHO, 2009, p. 139)

O novo modelo inglês resultou em estudos literários jurídicos, sendo que a jurisprudência passou a decidir as causas pertinentes à guarda dos filhos, levando-se em conta o interesse maior da criança e a igualdade parental. (GRISARD FILHO, 2009, p. 140)

Já nos Estados Unidos da América, onde o instituto da guarda compartilhada mais se difundiu, não existe uma uniformidade em sua aplicação, uma vez que, cada Estado, define o regime de guarda compartilhada a ser adotada ou não, caso em que os pais definem em acordo a forma mais conveniente de exercê-la. (QUINTAS, 2009, p. 109)

Em mais de trinta Estados Norte Americanos, existem legislações autorizando, expressamente, a guarda compartilhada após o divórcio, inclusive, a fixação dessa modalidade, mesmo nos casos de objeção de um dos pais, quando evidenciado que será garantido o melhor interesse do filho. (GROSMAN, 1998, p. 193)

Nesse país, a “American Bar Association”, órgão similar a OAB pátria, objetivando abastecer os operadores do direito do que há de mais atual no estudo

da família, criou um Comitê especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores. (GRISARD FILHO, 2009, p. 144)

Desta organização, advêm os conceitos “joint legal custody” e “joint physical custody”, definidos pelo jurista norte americano Dr. Henry. S. Gornbein, da seguinte forma:

O termo ‘joint legal custody’ se refere a tomar decisões em conjunto; o que implica deixar claro que mesmo em situações de divórcio a criança tem dois pais e a comunicação entre eles deve ser encorajada no que concerne a assuntos relacionados com seus filhos. (...) Já a ‘joint physical custody’ é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos (NICK, 1997, p. 135 apud GRISARD FILHO, 2009, p. 145)

Nos Estados Unidos, “a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, o que dá a ideia de sua relevância, com o crescimento do número de pais envolvidos nos cuidados com seus filhos.” (GRISARD FILHO, 2009, p. 143)

Segundo Sérgio Eduardo Nick (1997, p. 140) apud Grisard Filho (2009, p. 145), nos Estados Unidos, as estatísticas demonstram que os pais são favoráveis à guarda compartilhada, sendo que, no Estado do Colorado esse modelo é conferido entre 90% a 95% dos casos e no Estado da Califórnia esse número é de 80%.

Já na Itália, o poder familiar permanece com os pais, mesmo após a separação, sendo que, não obstante a guarda seja exclusiva, determina o magistrado que os pais decidam a vida do filho conjuntamente. (QUINTAS, 2009, p. 105)

Na Bélgica, a guarda dos filhos permanece, automaticamente, com ambos os pais, após a separação, a menos nos casos em que a Justiça decida de modo diverso. (QUINTAS, 2009, p. 105)

Por sua vez, na Alemanha, o Estado não intervém no modo como a guarda será exercida se ambos os pais são capazes de exercê-la. Aliás, apenas se manifesta nos casos em que há requerimento por parte de um dos genitores de fixação de guarda exclusiva. (QUINTAS, 2009, p. 106)

O Canadá e o Japão, igualmente passaram a admitir a instituição da guarda compartilhada.

Na Espanha, o poder familiar igualmente permanece com ambos os pais em caso de separação, podendo o juiz, atribuir o exercício da guarda em conjunto. (QUINTAS, 2009, p. 105)

Embora na Argentina, a princípio, tenha ocorrido forte resistência quanto à ideia de compartilhamento da guarda, pronunciamentos judiciais passaram a apontar as vantagens, quando da instituição da guarda compartilhada, tais como: “a) ambos os pais permanecem tutores; b) equalização dos pais para organizar o seu tempo e vida pessoal e profissional; c) a convivência com cada um dos pais; d) menos problemas e lealdades e, e) sem pais periféricos.”¹. (GROSMAN, 1998, p. 192)

Já em países como Portugal e França, o instituto da guarda compartilhada está prevista no Código Civilista de ambos os países.

Veja que, em Portugal, a guarda compartilhada encontra fundamento na Constituição da República de 1976, previsto no artigo 36, n.6, que trata do “princípio da inseparabilidade dos filhos de seus pais”, entretanto, apenas no ano de 1995 a guarda compartilhada passou a ter previsão legal em seu Código Civil, a qual apenas é determinada se houver acordo entre os genitores. (QUINTAS, 2009, p. 111)

No Direito Francês, por sua vez, a guarda compartilhada surgiu nos anos 70, sendo, desde então, a guarda exclusiva, tratada como exceção, e isso, até a atualidade. Tanto que, o Código Civil francês, prevê um processo de mediação nos casos de fixação de guarda em busca do exercício consensual da autoridade parental, valendo-se o juiz, inclusive, de mecanismos multidisciplinares, num esforço conjunto em busca de sua fixação. (QUINTAS, 2009, p. 113)

Por outro lado, diante da nova configuração familiar moderna, com a inserção de novos personagens na relação familiar reconstruída, o direito a comunicação entre pais e mães afins, com os filhos afins após a separação do

¹ a) *ambos padres se mantienen guardadores; b) equiparación de los padres en cuanto a la organización de su tiempo y vida personal y profesional ; c) convivencia con cada uno de los padres; d) menos problemas de lealtades, y e) no hay padres periféricos.*

casal, exigiu uma resposta jurídica com o fim de preservar a comunidade familiar e, e segue diferentes regras no direito comparado. Vejamos.

Na Holanda, “os pais afins devem demonstrar a existência de uma vida familiar com a criança para ter o direito de comunicar-se com ela”. (GRISARD FILHO, 2010, p. 156)

Por sua vez na Bélgica, “exige-se que o pai ou a mãe afim tenha um laço particular de afeto com a criança.”. (GRISARD FILHO, 2010, p. 156/157)

Já no Canadá, o direito de acesso reconhecido ao pai ou a mãe afim será conferido de acordo com o interesse do menor. (GRISARD FILHO, 2010, p. 157)

Pautado nessa nova configuração familiar, diversos países estão ampliando o rol de sujeitos e direitos nessa relação familiar moderna.

Veja que na Espanha, há previsão legislativa que estende a visitação e comunicação do menor a outros parentes e agregados, sendo que, no direito francês, por sua vez, a previsão legislativa que permite as partes, a formulação de um acordo sobre direito de comunicação entre pais e mães afins com filhos afins, avós e demais pessoas, parentes ou não, após a separação do casal. (GRISARD FILHO, 2010, p. 157)

Nessa perspectiva, verifica-se a necessidade de reformular-se o antigo modelo de regulamentação de guarda ou convívio (através de visitação) pautado apenas nos laços consanguíneos, tendo em vista que se desvenda um novo caminho a ser trilhado pelo Direito pátrio e comparado, em relação à instituição da guarda compartilhada estendida a outras pessoas, familiares consanguíneos ou não, contudo, ligadas por um vínculo de afeto, com o fim de preservar-se o melhor e maior interesse do menor.

3.4 A Guarda Compartilhada: A Socioafetividade e a Multiparentalidade

Como já observado inicialmente, a sociedade brasileira caminha para a quebra de paradigmas e novas releituras do que se entende por entidade familiar.

Ao passo que a hermenêutica tradicional apenas interpreta os textos legislativos, a hermenêutica contemporânea vem ao encontro das incessantes mudanças sociais e situações fáticas, a fim de apresentar respostas adequadas, dinâmicas e justas.

Na opinião de Paulo Luiz Netto Lôbo, antes havia a disjunção; hoje, há a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. “A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).” A esse fenômeno se convencionou denominar a constitucionalização do direito privado. (LÔBO, 2003, p. 198 apud CASSETARI, 2014, 20)

Nesse sentido, observa-se a adoção, por parte dos Tribunais, da priorização dos comandos constitucionais principiológicos, sobre a lei propriamente dita, ou até mesmo, quando da ausência dela.

Atualmente nos deparamos com a regulamentação da união estável de casais homoafetivos, bem como da adoção de menores por esses mesmos casais, até o reconhecimento da multiparentalidade, assunto que, até pouco tempo não seria sequer concebível.

São tantas as mudanças de posicionamentos na jurisprudência, em decorrência das demandas sociais, que o Judiciário, antecipando-se, assim, a demorada resposta legislativa, passou a dar respostas aos anseios concretos, decorrentes das relações familiares.

Se até poucos anos atrás, segundo a conceituação de Leib Soibelman (1995, p. 165) apud Diniz da Costa (2002, p. 21), família seria “em sentido lato, pessoas ligadas por consanguinidade. Em sentido estrito, os cônjuges e a prole”, cuja definição corresponderia à família tradicional, a família “biparental”, constituída pelos laços sanguíneos, consumada pelo casamento entre um homem e uma mulher, sob a proteção do Estado (família legítima), tal definição modificou-se com as inovações trazidas no bojo na Constituição Federal de 1988, como inicialmente explanado, uma vez que nossa Carta Maior alargou o conceito de família, considerando-se também aquela constituída fora do casamento, bem como, as famílias constituídas por um dos genitores e sua prole (família

monoparental/anaparental), quer pelo divórcio ou dissolução da união estável, quer pela adoção ou, ainda, pela inseminação artificial. Diga-se, uma demorada resposta a fim de regularizar de direito, o que já era uma realidade de fato.

A princípio, falou-se em casamento e união estável havida entre homem e mulher, sobre o reconhecimento de famílias anaparentais, monoparentais (ambas, sem a presença de um dos ascendentes), unipessoais (família formada por uma pessoa), e etc.

Apenas a exemplo da profundidade das atuais demandas que enfrentam os Tribunais, no início do ano de 2013, o juiz Luís Cláudio Cabral Chaves, da 4ª Vara de Família e Sucessões de Manaus, reconheceu a união estável simultânea de um homem com duas mulheres, após a sua morte, sob o fundamento de que, a ideia tradicional de família, para o Direito brasileiro, já não se perfaz apenas naquela constituída pelos pais e filhos unidos por um casamento, regulado pelo Estado, uma vez que "(...) O Direito passou a proteger todas as formas de família, não apenas aquelas constituídas pelo casamento, o que significou uma grande evolução na ordem jurídica brasileira, impulsionada pela própria realidade.". (DECISÃO, 2013, s.p.)

Segundo, ainda, fundamentou o Magistrado, a realidade determina a discussão sobre as famílias simultâneas, de modo que, "Deixar de reconhecê-las não fará com que deixem de existir. Não se pode permitir que em nome da moral se ignore a ética (...)". (DECISÃO, 2013, s.p.)

Rodrigo da Cunha observa que, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade, da pluralidade das formas de família, conjugados ou confrontados com o da monogamia em cada caso concreto, acabam por autorizar atribuição e distribuição de direitos às famílias simultâneas. Ou seja, em casos de união estável paralela ao casamento devem ser atribuídos direitos à família paralela, dividindo-se a pensão e o patrimônio, como efeitos patrimoniais, em caso de dissolução de união, bem como sucessórios, em caso de falecimento, beneficiando a esposa, a companheira e os filhos existentes das duas uniões. (DECISÃO, 2013, s.p.)

Outras demandas exigiram posicionamentos e desaguaram no reconhecimento da união estável homoafetiva, assunto que ganhou relevante destaque.

Isso porque, por detrás, e conjuntamente a todas essas mudanças, o afeto passou a ser a pedra de toque e o enfoque do Direito de Família.

Elevado a valor jurídico, o afeto passou a pautar as decisões judiciais que envolvem o Direito de Família, mormente quando envolve a guarda de menores.

Veja que o artigo 1.593, do Código Civil dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”. O termo “outra origem” diz respeito à outra classe de parentesco, que não o natural, nem tampouco o civil, mas sim, o parentesco socioafetivo.

O enunciado 103, da I Jornada de Direito Civil, do CEJ (Centro de Estudos Judiciários), dispõe que o Código Civil reconhece, em seu artigo 1.593, outras espécies de parentesco civil, além das decorrentes da adoção, de modo que, acolheu a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental oriundo tanto das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quanto da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Nesta classe incluem-se, também, as relações de parentesco oriundas das inseminações artificiais heterólogas, do reconhecimento voluntário, da adoção simulada ou adoção “à brasileira”, da própria adoção judicial, dos filhos de criação, de todas aquelas que caibam na noção de *posse de estado de filho*. (GRISARD FILHO, 2010, p. 122)

Por sua vez, o enunciado 256, da III Jornada de Direito Civil, do CEJ (Centro de Estudos Judiciários), também reconhece o afeto como forma de constituição de paternidade ao dispor: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”.

Já o enunciado 519, da V Jornada de Direito Civil, do CEJ, dispõe o seguinte: “Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho (...).”.

Segundo leciona Christiano Cassetari (2014, p. 35), a posse do estado de filho “está baseada na vontade, no desejo de ter outra pessoa como se filho

fosse.”, e possui fundamento no artigo 1.605, do Código Civil, inciso II, bem como nos princípios constitucionais pertinentes ao assunto.

Para Pontes de Miranda (1971, p. 46/47) apud Christiano Cassetari (2014, p. 35/36), “a posse do estado de filho legítimo consiste no gozo do estado, da qualidade de filho legítimo e das prerrogativas dele derivadas”, quais sejam: *nomen*, *tractus* e *fama*, interpretação atualmente estendida aos filhos não consanguíneos.

Aliás, cumpre ressaltar que tais requisitos da posse do estado de filho não são exclusivos da parentalidade socioafetiva, mas também da biológica, haja vista que os pais biológicos devem tratar seus filhos como se fossem, também, socioafetivos, dando-lhes afeto, dirigindo-lhes a educação, ou seja, conjugando *nomen*, *tractus* e *fama*, adotando-os de coração. (CASSETARI, 2014, p. 37)

Desse modo, a parentalidade socioafetiva, configura-se pelo laço de afetividade, levando-se em conta o amor, o indivíduo e a relação, bem como o tempo de convivência das partes e o sólido vínculo afetivo. (CASSETARI, 2014, p. 30/31).

Saliente-se que, a exemplo do REsp 450.566/RS, em que a Relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma em 03/05/2011 (DJe 11/05/2011), o Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimento que a filiação socioafetiva tem fundamento normativo na “cláusula geral de tutela da personalidade humana”, que garante a filiação como componente essencial na construção da identidade e demarcação da personalidade da criança.(ACÓRDÃO, 2012, s.p.)

Entretanto, como pano de fundo das novas relações e interpretações no âmbito familiar, emerge a questão da regulamentação da guarda de filhos e/ou filhos afins menores, quando finda a relação entre o casal nas famílias socioafetivas. Vejamos.

No primeiro semestre do ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, seguindo o entendimento do nosso Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma - REsp 1.183.378/RS), aprovou a Resolução 175, proposta pelo Ministro Joaquim Barbosa, determinando que todos os cartórios do Brasil registrem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ao passo que também determinou que as uniões estáveis

homoafetivas registradas sejam convertidas em casamento. (RESOLUÇÃO, 2013, s.p.)

A mesma 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, há alguns anos, já havia decidido sobre a adoção de crianças por casais homossexuais e, por unanimidade, negou recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres, sob o fundamento de que não existe qualquer óbice para que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, sendo mais importante a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas. (RESOLUÇÃO, 2013, s.p.)

Nancy Andrichi considera que o ordenamento jurídico brasileiro não condiciona o pleno exercício da cidadania a determinada orientação sexual das pessoas: "Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e a todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza.". De acordo, ainda, com a ministra, a existência ou não de vantagens para o adotando, em um processo de adoção, é o elemento subjetivo de maior importância na definição da viabilidade do pedido. Segundo ela, o adotando é "o objeto primário da proteção legal", e toda a discussão do caso deve levar em conta a "primazia do melhor interesse do menor sobre qualquer outra condição ou direito das partes envolvidas". (BREVES, 2013, s.p.)

Desse modo, ressalvada a discussão existente quanto à constitucionalidade do reconhecimento das relações homoafetivas como família, em que pese a ausência de legislação específica ao caso, nenhum óbice deverá haver quanto ao compartilhamento de guarda de filhos menores (biológicos e/ou afetivos) decorrentes das uniões homoafetivas, e isso, atendendo ao máximo interesse do infante.

Muito embora a Jurisprudência pátria ainda seja tímida nesse sentido, em antiga decisão, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em posição inovadora sobre o tema, decidiu o seguinte:

GUARDA – Pretensão do pai – Mãe que está em melhores condições – Guarda deferida a esta – Inexistência de elemento contido em prova idônea sobre relacionamento homossexual da mãe do menor com outra mulher, na casa em que mora – Ademais, desde que recatada a vida decorrente dessa espécie de união, esse ato na consciência atual a sociedade já não se considera atentatório à moral ou revelador de deficiência ética – Embargos

providos. Estando a mãe em melhores condições do que o pai defere-se a ela a guarda do filho. Um eventual relacionamento homossexual da mãe não se constitui em óbice à essa guarda, pois esse tipo de relacionamento, na consciência atual da sociedade, já não se considera atentatório a moral ou revelador de deficiência ética. Ademais, não se produziu prova convincente acerca da existência desse tipo de relacionamento (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado – Embargos Infringentes nº 265.053-1 - Relator: Rüter Oliva – 19.08.97 – M.V. 732/302/05)

Ademais, em decisão datada do ano de 2007, Maria Berenice Dias, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na época, assim decidiu a respeito do direito de visitas no caso de filiação homoparental:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL – DIREITO DE VISITAS – Incontroverso que as partes viveram em união homoafetivas por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o poder judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (TJRS, 7ª Câmara Cível, AI 70018249631, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 11.04.2007)

A família homoafetiva, portanto, independentemente de uma axiologia moral subjetiva, merece amparo jurídico, haja vista a importância dada aos vínculos afetivos no âmbito familiar da sociedade moderna, bem como em respeito aos princípios trazidos no bojo da Carta Magna Brasileira.

No tocante a instituição da guarda de menores a terceiros, embora haja previsão legislativa regulando o assunto (no sentido de que o juiz deferirá a guarda a quem apresentar melhores condições de exercê-la, levando-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade entre as partes), até então, não é comum observarmos a ocorrência do compartilhamento da guarda.

Veja que, em julgado anterior a Lei 11.698/08, o Estado do Rio de Janeiro já havia decido tema polêmico quanto à instituição da guarda envolvendo terceiros, com quem a criança possuía vínculo de afeto:

Guarda e responsabilidade de menor postulada pela avó materna. Concordância dos genitores que detém o poder familiar. Posse de fato dos pais. Guarda compartilhada da avó que passa alguns períodos com a neta (TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.20632, 17ª Câmara Cível, Desembargador Raul Celso Lins e Silva, data do julgamento: 08./09/2005)

Já no ano de 2007, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo permitiu a guarda compartilhada entre mãe e tio materno:

MODIFICAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – PRETENDIDA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITORA E TIO MATERNO – TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA – INSURGÊNCIA DO PAI – Adolescente externou o desejo de continuar sob os cuidados do tio, especialmente após o falecimento da genitora – interesse superior a ser respeitado – Restabelecimento de regime de visitas anteriormente acordado – Necessário oportunizar aos envolvidos o fortalecimento dos vínculos afetivos – Recurso parcialmente provido (Relator: Joaquim Garcia, 8ª Câmara de Direito Privado – data do julgamento: 18/03/2007)

Posicionamento que, embora enfrente resistência, percorre um caminho sem volta, ante as atuais interpretações jurisprudências.

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.II. Recurso especial conhecido e provido.(1147138 SP 2009/0125640-2, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2010)

Já, nos casos em que, na família reconstituída, ocorra a separação do casal e, havendo filhos afins, não haverá óbice quanto à possibilidade do compartilhamento da guarda, e isso, ante a presença da maternidade/paternidade socioafetiva, associada à proteção da integridade emocional do menor, porque, “Tratando-se, (...) de um parentesco legalmente estabelecido, de caráter perpétuo, não se lhes pode negar o direito à convivência e comunitária nem o de se visitarem

e estarem em companhia uns dos outros, o que corresponde um direito subjetivo.”. (GRISARD FILHO, 2010, p. 155)

Em muitos casos é mais razoável um regime de integração, privilegiando a guarda compartilhada a cargo do pai biológico, que convive ou não com o filho, e o pai afim, como complemento indispensável ao pleno exercício dos atributos do poder familiar. (GRISARD FILHO, 2010, p. 110)

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça Paulista deferiu a guarda de filhos à mãe, que estava separada de fato de seu marido e constituía união estável com outro homem, para ser exercida conjuntamente com seu atual companheiro. (GRISARD FILHO, 2010, p. 110)

Ante a essa nova dinâmica familiar, em que um terceiro adentra num cenário já constituído por uma unidade familiar (v.g. família monoparental) e, passa a exercer um parentesco socioafetivo com os integrantes dessa relação, emerge a questão da multiparentalidade registral, tema atual em nossa jurisprudência.

O mais difícil e complexo, porém necessário, na conexão entre Direito e Psicanálise é articular os diversos personagens nomeados como pai(s) nos casos, por exemplo, de famílias reconstituídas, onde se acham presentes múltiplos pais exercendo diversas formas de paternidade – genitor (biológico), provedor, legal (transmissor do nome, dos bens e da herança), e social ou educador, com a função simbólica do pai, que articula a questão da Lei com o desejo. (DUARTE, 2009, p. 37/38)

A despeito do entendimento que predominava, há pouco, em nossa jurisprudência, de que uma filiação se sobrepunha a outra, a jurisprudência aponta para o sentido de que a multiparentalidade tem por fundamento a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva, embora a primeira tenha origem no vínculo de sangue, e a última, no vínculo de afeto. (CASSETARI, 2014, p. 166/167)

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de DNA. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente

considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (TJRS; Apelação Cível 70029363918; 8ª Câmara; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 7.5.2009). (CASSETARI, 2014, p. 150)

Segundo entende Belmiro Pedro Welter (2009, p. 222), na ótica da tridimensionalidade humana, ambas devem coexistir, na mesma linha hierárquica, e não sobrepor-se, devendo-se “atribuir ao filho o direito às paternidades genética e socioafetiva.”.

Quando se cuida de ação de estado, de direito da personalidade, indisponível, imprescritível, intangível, fundamental a existência humana, como é o reconhecimento das paternidades genética e socioafetiva, não se deve buscar compreender o ser humano com base no direito registral, que prevê a existência de um pai e de uma mãe, e sim na realidade da vida que tem, por exemplo, quatro pais (dois genéticos e dois afetivos), atendendo sempre aos princípios fundamentais da cidadania, da afetividade, da convivência em família genética e afetiva e da dignidade humana, que estão compreendidos na condição humana tridimensional. (WELTER, 2009, p. 222)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado), no mês de agosto do ano de 2012, julgou procedente a apelação cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286, para o fim de declarar a maternidade socioafetiva simultaneamente com a maternidade biológica, em ação declaratória de maternidade socioafetiva c.c. retificação de assento de nascimento. (ACÓRDÃO, 2012, s.p.)

Observe-se que, o STJ, no REsp 889852/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010, já havia reconhecido a possibilidade de adoção por duas mulheres, igualando a multiparentalidade, à dupla adoção. (ACÓRDÃO, 2012, s.p.)

No início do ano de 2013, o juiz Élio Braz, da 2ª Vara da Infância e Juventude de Recife, reconheceu a multiparentalidade tripla de uma criança de 4 anos entre a mãe, o pai e a madrasta, sendo determinado, na oportunidade, que a guarda do menor será compartilhada entre os três. Em outro caso, o mesmo

magistrado também reconheceu a multiparentalidade tripla entre duas mulheres que adotaram uma criança de 12 anos e irmão da menor, que figurou como pai no registro civil. (JUIZ, 2013, s.p.)

Sobre a questão da guarda de filhos, quando reconhecida a multiparentalidade, para Maurício Cavallazzi Póvoas (2012, p. 95), não haverá problemas, uma vez que o menor deverá ficar com aquele com quem tem mais afinidade.

Por certo que, em que pese a singularidade do caso, haja vista que, nessa nova configuração familiar haverá, no mínimo, mais um conflito de interesse à administrar (já que mais um pai/mãe foi incluído na relação), em se tratando da guarda de filhos socioafetivos, decorrentes de uma família multiparental, as mesmas prerrogativas e cautelas adotadas quanto à guarda de filhos de famílias não multiparentais, deverão ser adotadas ao caso, sempre atendendo ao maior interesse da criança.

No tocante ao compartilhamento da guarda, em tese, não haverá óbice, uma vez que, não será novidade em nosso ordenamento o compartilhamento da guarda com um terceiro, embora, na multiparentalidade, não se trate de terceiro, mas, sim, de pais e mães registrais, biológicos e/ou afetivos.

Contudo, para Maurício Cavallazzi Póvoas (2012, p. 96), nos casos em que, reconhecida a multiparentalidade, e havendo processo de fixação de guarda dos filhos menores, pode-se “(...) optar por guarda compartilhada, caso haja harmonia de relacionamento entre os genitores.”

Pelo princípio da convivência em família, pais e filhos têm o direito fundamental de manter incólumes os mundos genético, afetivo e ontológico, e não caleidoscópio direito de visitas quinzenal e/ou da guarda unilateral, que caracterizam cerceamento e limitação do princípio da convivência e do compartilhamento em família tridimensional. Isso porque a responsabilidade educativa dos filhos é permanente e solidária de ambos os pais, não importando se casados, conviventes, separados, divorciados, solteiros, viúvos, pois o estado civil ou o desafeto entre os pais ou entre pais e filhos não significa o fim da parentalidade. (WELTER, 2009, p. 202)

Quer seja sob o regime da guarda compartilhada entre todos os pais registrais, quer seja sob o regime da guarda compartilhada entre apenas dois dos

pais registrais, e um regime de visitação para um dos pais registrais e/ou, ainda, com um terceiro, cabe ao juiz, diante do caso concreto, juntamente com as partes, convencionarem a forma de guarda que melhor atenda os melhores interesses do menor.

Somente se pode dimensionar o reconhecimento da multiparentalidade, bem como os seus reflexos, quando levamos em consideração que, ao estabelecer-se “uma filiação socioafetiva, o filho ganhará mais ascendentes (avós, bisavós, triavós, tataravós etc.) e o pai ou a mãe ganhará novos descendentes (netos, bisnetos, trinotos, tataranetos etc.)”. (CASSETARI, 2014, p. 178)

Contudo, nessa linha, e segundo o entendimento de Belmiro Pedro Welter (2009, p. 288), cabe ao intérprete relacionar cada uma das partes que compõe a relação familiar a um todo muito maior (tridimensional) sendo que, para isso, necessário conhecer não só o todo, mas, também, cada uma das partes que compõe a totalidade.

A compreensão do ser humano, não se perfaz por uma soma das partes, “como se fosse um quebra-cabeça, e sim por uma pré compreensão do que é um ser humano tridimensional (...)” (WELTER, 2009, p. 288), para que não haja a continuação do círculo hermenêutico vicioso, preconceituoso, que entende por família, apenas aquela proveniente da genética, ou aquela previamente normatizada.

4 A POLÍTICA PÚBLICA DO PODER JUDICIÁRIO - A IMPLANTAÇÃO DA CULTURA DA PAZ

Nesse capítulo veremos casos pertinentes a nova política pública de conciliação implantada pelo Poder Judiciário, mais propriamente, pelo Conselho Nacional de Justiça, iniciada, sobretudo, a partir da gestão da Ministra Ellen Gracie Northfleet.

Dois dos casos estão relacionados aos métodos consensuais de solução de conflito que, recentemente, foram incorporados pelo Poder Judiciário, como forma de pacificação de litígios.

Para tanto, será feita uma rápida menção a futura alteração legislativa no Processo Civil que, quando convertida em Lei, propiciará, na prática, o debate mais aprofundado entre as partes, sobre a importância da preservação do melhor interesse do menor, e o modo como a guarda de filhos deverá exercida.

Contudo, primeiramente, trataremos do Centro de Visitação Assistidas, do Tribunal de Justiça Paulista que, atualmente, passa por um processo de reestruturação, a fim de atender o objetivo para o qual foi criado, qual seja, o de garantir a convivência de filhos menores com seus genitores, enquanto em curso processo judicial. Começemos por ele.

4.1 CEVAT – Centro de Visitação Assistida do Tribunal de Justiça

O CEVAT – Centro de Visitação Assistida, foi criado pelo Provimento nº 1107/2006, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o fim de promover encontro de genitores impedidos judicialmente de conviver de modo particular com seus filhos pelos mais variados motivos (v. g. violência contra o menor, desajuste comportamental e etc).

O artigo 2º, do Provimento nº 1107/2006, dispõe que esse Centro de Visitação “(...) prestará serviços de assistência e monitoramento nas visitas de crianças e adolescentes por seus genitores, decorrentes de ordem dos Juízes das Varas de Família e Sucessões da Comarca da Capital.”.

O CEVAT – Centro de Visitação Assistida, conta, ainda, com o apoio de Assistentes Sociais e Psicólogos do Judiciário, inclusive, em sistema de plantão, os quais elaborarão relatórios das visitas ocorridas.

Nesse local, as partes, menores e pais, sob o regime de visitação assistida, ingressam no Centro por entradas distintas, a fim de se evitar encontros indesejáveis entre os pais que se encontram em disputa judicial, de modo que as partes submetidas aos encontros supervisionados mantém contato apenas no interior daquele recinto durante o prazo estabelecido pelo juiz que acompanha o caso.

Em razão de diversas reclamações e denúncias sobre violência, descaso e tratamento desumanos ocorridos dentro do Centro de Visitação Assistida (CEVAT), e diante da nova política pública de conciliação desenvolvida pelo Poder Judiciário, o Centro está sendo reformulado, reestruturado e, posteriormente, será descentralizado. (REFORMULAÇÃO, 2013, s.p.)

Além da melhoria do ambiente (pintura do imóvel, instalação de brinquedoteca e etc), a principal mudança foi a criação de um corpo técnico psicossocial especializado, dedicado exclusivamente ao CEVAT, com o fim de prestar assistência de qualidade aos casos que para lá são encaminhados. (REFORMULAÇÃO, 2013, s.p.)

Com a reformulação, o Tribunal de Justiça espera que o CEVAT seja mais um braço do Judiciário, a fim de dar adequada resposta às demandas que são encaminhadas para aquele setor. Espera-se, ainda, que o Centro seja capaz de ofertar a convivência momentânea, de forma digna e com qualidade entre os genitores e seus filhos menores. Que atenda a finalidade para a qual foi criada, qual seja, a de garantir a convivência familiar, em forma de visitação, durante o curso de demanda judicial que assim o exige, tudo como medida de garantir o máximo interesse do menor.

4.2 Os Métodos Consensuais de Conflito no Projeto do Novo Código Processo Civil

Antes de dar-se sequência sobre a política pública implantada pelo Poder Judiciário, faz-se necessário abordar a futura alteração legislativa no Processo Civil pátrio. Vejamos.

A Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil – PNCPC (Projeto de Lei nº 6.025/2005, em trâmite na Câmara dos Deputados), aponta a possibilidade de as partes solucionarem a lide através de vias compositivas.

Prevê o projeto que, sempre que possível, os métodos consensuais de conflito devem ser estimulados pelos operadores do direito, mormente no curso de processo, através da designação de audiência de conciliação, que suspenderá os prazos e atos processuais e que contarão com conciliadores e mediadores judiciais, auxiliares da Justiça, previamente capacitados pelo Tribunal.

Assim, sua prática pode trazer um novo padrão, diverso do paternalista e autoritário, um sentido de justiça mais realista, ao mesmo tempo que considera o indivíduo e a família como dignos de confiança e capazes de se responsabilizarem pelo destino de suas vidas. (PAULINO DA ROSA, 2012, p. 257)

Sem prejuízo da designação de outras audiências no curso do processo, já na petição inicial, o autor deverá formular pedido para realização de audiência de tentativa de composição. Além de prever a criação de câmaras de mediação e conciliação para a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Nas questões relacionadas ao Direito de Família, o juiz poderá contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação, podendo, ainda, a pedido das partes, suspender o processo a fim de que se submetam a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar, bem

como, designar quantas sessões de audiência de conciliação forem necessárias para viabilizar a solução consensual.

A mediação familiar encontra-se recepcionada pelos princípios norteadores do Novo Código Civil Brasileiro: a *eticidade*, que visa à recuperação do equilíbrio entre os valores éticos e a técnica jurídica, pois a nova codificação contém normas mais genéricas e cláusulas gerais, modelos jurídicos hermenêuticos que permitem aos operadores do Direito uma interpretação mais equânime; a *socialidade*, que supera o caráter individualista contido no Código Civil de 1916; o novo diploma faz predominar o social sobre o individual, atendendo às necessidades das grandes cidades, dos cinturões de pobreza e da exclusão social; e a *operabilidade*, traduzida numa linguagem clara para a realização do Direito em sua concretude. (PEREIRA, 2004, p. 37)

Segundo entende Welter (2009, p. 256), a linguagem da mediação, sob o fundamento do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, é direito de todos e dever/obrigação da sociedade e Estado, que possui, como objetivo primordial, buscar “(re) estabelecer o diálogo, a conversação, a comunhão plena de vida genética, afetiva e ontológica.”.

O ser humano se conhece quando compreende a linguagem, compreendendo algo, como algo, que se manifesta no diálogo, na palavra, em que as coisas chegam a ser como são, que renova a abertura dos sentidos de cada evento (...). A conversação, o ouvir e ser ouvido, o entendimento, o perdão, o diálogo permanente, o dizer e o deixar dizer, a aceitação da igualdade e da diversidade (...), cuja linguagem tridimensional precisa ser inicializada, domesticada, humanizada, pois ela é condição de possibilidade da condição humana. (WELTER, 2009, p. 23)

O referido projeto traz, ainda, a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, inclusive familiar, bem como o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Porém, antecipando-se ao referido projeto de alteração legislativa, o Conselho Nacional de Justiça já o fez, através da Resolução 125/2010.

É o que veremos a seguir.

4.3 A Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça

Nesse ponto, cabe destacar a importância da Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que determinou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, nos quais é possível a realização de acordos nas várias áreas do Direito, inclusive quanto à guarda dos filhos, através de sessões de mediação e conciliação.

Nos Centros, são realizadas sessões de conciliação/mediação, como método consensual de conflito, tanto em fase pré processual, bem como em etapa processual, que conta com profissionais capacitados pelo Tribunal (submetidos a um código de ética), através de cursos, inclusive de extensão universitária em mediação familiar.

Segundo Danièle Ganância (2001, p. 08) apud Quintas (2009, p. 98), na mediação “uma terceira pessoa imparcial e especialmente treinada, ajudaria as pessoas envolvidas em disputas familiares a reconhecerem e negociarem suas diferenças, podendo chegar a um acordo que as beneficie, mutuamente.”.

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como sua melhor forma de realização. As práticas sociais da mediação configuram-se como instrumento de exercício e cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem intervenção de terceiros que decidam pelos afetados em um conflito. (PAULINO DA ROSA, 2012, p. 258)

A mediação, como técnica pacífica de solução de conflitos, confere “legitimidade a cada um de seus integrantes, tornando possível a identificação das necessidades específicas de cada um, distinguindo funções, papéis e atribuições, possibilitando que seus membros configurem um novo perfil familiar (...).” (PEREIRA, R.C.; PEREIRA, T.S., 2006, p. 321).

O mediador, o pacificador, o hermeneuta, precisa pré-compreender, por meio da tradição, que um dos problemas dos integrantes da família é de que eles têm, muitas vezes, ouvidos de mercador, ouvindo apenas a si

mesmos, buscando com tanta compulsividade os seus interesses que não conseguem ouvir o que dizem os demais humanos. (...) a capacidade constante de voltar a dialogar, de ouvir o outro, é a verdadeira elevação do homem à humanidade (...). Com a aceitação da mediação em família será possível a reconstituição da tridimensionalidade humana (...). (PEREIRA, 2004, p. 37)

Por certo que, embora a ideia da aplicação de métodos consensuais na solução de conflito seja antiga e usada de forma tímida e limitada, vem sendo fomentada ao longo dos anos por doutrinadores e operadores visionários do direito, contudo, a prática ganhou fôlego ante a grave crise que assola o Judiciário e isso, com o fim precípua de desafogá-lo.

Segundo os dados ofertados pelo Tribunal de Justiça Paulista, nos CEJUSCs, os acordos realizados na área de família chegaram a 100%, como no caso da Comarca de Amparo/SP. (CEJUSC, 2013, s. p.)

Veja que a Comarca de Recife, com o intuito de prestar uma tutela jurisdicional com maior rapidez e agilidade, foi pioneira em instituir um Juizado Informal de Família, em julho do ano de 2001. O magistrado passou a encaminhar os processos familiares para o Juizado, composto por profissionais do “Centro de Apoio Psicossocial”. A audiência de conciliação, conduzida por um conciliador, é supervisionado por um Juiz coordenador. Estima-se que desde a sua instituição, o Juizado obteve, no primeiro trimestre, o índice de 83% de conciliações. (QUINTAS, 2009, p. 102/103)

Para a efetiva prática da guarda compartilhada, é necessário que os pais sejam capazes de manter uma relação com um mínimo de cordialidade, que possibilite o diálogo sobre as questões que envolvam os filhos, de modo que possam decidir em conjunto sobre eles e tornem possível, conseqüentemente, o escopo da nova norma. Desse modo, a mediação é uma ferramenta que pode trazer uma grande colaboração para auxiliar os genitores a exercitarem a guarda de forma exitosa. (PAULINO DA ROSA, 2012, p. 236)

O enunciado 335, da IV Jornada de Direito Civil, do CEJ, dispõe o seguinte: “Artigo 1.636: A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.”.

Note-se que essa orientação tem aflorado não apenas no ordenamento pátrio, mas, também, em outros países.

No início do mês de janeiro do ano corrente, a Assembleia da República de Portugal, através da Resolução nº 7/2014, aprovou a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996 (DIÁRIO, 2014, s.p.), que em seu artigo 13, dispõe o seguinte:

A fim de prevenir ou de resolver conflitos e de evitar processos perante uma autoridade judicial que digam respeito a crianças, as Partes deverão, nos casos apropriados, encorajar o recurso à mediação ou a qualquer outro meio de resolução de conflitos, bem como a sua utilização para chegar a um acordo. (DIÁRIO, 2014, s.p.)

No Brasil, a nova política pública promovida pelo Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça, é mecanismo valioso na seara do Direito de Família, mormente no tocante a guarda de filhos, haja vista que, além de desafogar o Judiciário, traz uma solução adequada para cada caso em concreto, bem como para a difusão e adoção da guarda compartilhada.

O caminho foi aberto. O primeiro passo foi dado. E, com ele, outras portas se abriram e favoreceram a implantação de antigos sonhos há tantos idealizados, como a Oficina de Pais e Filhos.

4.4 Oficina de Pais e Filhos

A Oficina de Pais e Filhos, idealizada pela Magistrada Vanessa Aufiero da Rocha, da 2ª Vara da Família e Sucessões de São Vicente, com o apoio da Coordenadoria da Família e Sucessões do Tribunal de Justiça Paulista (colaboração do juiz André Gomma de Azevedo), foi criada com a finalidade de dar amparo a casais em pé de litígio (contudo, ainda com a manutenção do vínculo afetivo) e, mormente, amenizar o dano emocional aos envolvidos, em caso de dissolução do vínculo afetivo, cujo projeto já foi desenvolvido em países como Canadá e Estados Unidos. (CNJ, 2013, s.p.)

Além de material audiovisual, durante os encontros, são distribuídas cartilhas aos participantes nos encontros promovidos pela Oficina, que conta com o apoio de psicólogos, assistentes sociais, conciliadores e mediadores. (OFICINA, 2013, s.p.)

Nós queremos levar um pouco mais de paz a essas famílias que procuram o Judiciário para que elas mesmas possam prevenir os seus conflitos e ainda resolvê-los de uma forma mais construtiva e com menos traumas. Isso revela um Poder Judiciário mais humano, sensível e que pretende, realmente, fazer a diferença na vida das pessoas. (CNJ, 2013, s.p.)

Embora desenvolvida na Comarca de São Vicente, interior de São Paulo, a Oficina, que já apresentou resultados satisfatórios, foi também realizada o Fórum João Mendes Júnior, em trabalho conjunto ao CEJUSC. (OFICINA, 2013, s.p.)

No segundo semestre do ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça promoveu o lançamento nacional de cartilhas sobre a Oficina de Pais e Filhos (kit de três cartilhas), com o fim de colocá-las à disposição de Magistrados que tenham interesse em implantá-la em sua Comarca de atuação. A finalidade é que o projeto seja estendido a outros Estados do Brasil. (CNJ, 2013, s.p.)

Apenas através do contato direto com o projeto é possível mensurar a extensão e a profundidade da Oficina que, certamente, promoverá boas e fecundas sementes nessa nova política pública do Poder Judiciário, mormente para os casos em que se discute a questão da guarda de filhos.

Com a possibilidade de a criança ser ouvida em sua singularidade e com a aposta no processo de mediação e interdisciplinar, visando à formação dos conflitos intersubjetivos dos sujeitos implicados no litígio, abre-se um canal de comunicação, facilitando a expressão dos conflitos psíquicos da criança. (DUARTE, 2009, p. 169)

Para elucidar a questão, seguem nove, dos vinte pedidos formulados por filhos de pais separados, e que faz parte da Cartilha do Divórcio Para os Pais, disponibilizada nos encontros da Oficina de Pais e Filhos:

1 - Nunca se esqueçam: eu sou a criança de vocês dois. Agora, moro só com um de meus pais, e este me dedica mais tempo. Mas preciso também do outro. 2 - Não me perguntem se eu gosto mais de um ou do outro. Eu gosto de “igual” modo dos dois. Então, não critique o outro na minha frente, porque isso dói. 3 - Ajudem-me a manter o contato com aquele entre vocês com quem não fico sempre. Marque o seu número de telefone para mim, ou escreva-me o seu endereço em um envelope (...). 4 - Conversem como adultos. Mas conversem. E não me usem como mensageiro entre vocês, ainda menos para recados que deixarão o outro triste ou furioso. 5 - Não fiquem tristes quando eu for com o outro. Aquele que eu deixo não precisa pensar que não vou mais amá-lo daqui há alguns dias. Eu preferia sempre ficar com vocês dois, mas não posso dividir-me em dois pedaços - só porque a nossa família se rasgou. 6 - Nunca me privem do tempo que possuo com o outro. (...). 8 - Não me passem ao outro, na porta da casa, como um pacote. Convidem o outro por um breve instante para entrar e conversem como vocês podem ajudar a facilitar a minha vida. Quando me vierem buscar ou levar de volta, deixem-me um breve instante com vocês dois. (...). 10 - Não briguem na minha frente. Sejam ao menos tão educados quanto vocês seriam com outras pessoas, ou tanto quanto exigem de mim. (...). 20 - Sejam otimistas. Releiam todos os meus pedidos. Talvez vocês conversem sobre eles. Mas não briguem. Não usem os meus pedidos para censurar o outro. Se vocês o fizerem, vocês não terão entendido como eu me sinto e o que preciso para ser feliz. (CARTILHA, 2013, p. 109)

Nesse sentido e, na sábia lição de Belmiro Pedro Welter (2009, p. 289), “A família é um doce (afetivo) e amargo (desafetivo) berço humano, que vincula, vinca e (de) marca toda a montanha da vida humana e, embora se afirme que ela nunca se extinguirá, ela deveria sofrer radical mudança em sua (des) constituição.”.

Isso porque, segundo defende Belmiro Pedro Welter (2009, p. 289/290), a família “não é mais um comportamento, um modo de agir, um contrato, uma instituição, que pode ser instituída ou destituída de acordo com a subjetividade do legislador, mediante um processo ou um procedimento.”, mas, sim, de acordo com as normas (princípios e regras) constitucionais, que visam à proteção de todos os integrantes que a compõe.

5 CONCLUSÃO

As mudanças sociais ocorridas nos últimos 50 anos no cenário mundial, bem como a introdução de novos direitos no ordenamento jurídico pátrio, através da Carta Magna de 1988, inevitavelmente, exigiram e, ainda exigem tutelas específicas para cada caso concreto, pleiteados judicialmente.

A instituição familiar, por sua vez, passou por um processo dinâmico de transformação e, elevada a proteção constitucional, passou a exigir respostas concretas à nova realidade apresentada.

Por sua vez, as regras de Direito de Família, especificamente quanto à guarda de filhos, sofreram debate, adaptação, transformação e inovação no sistema jurídico nacional.

O presente trabalho procurou demonstrar, através de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, como a modificação da estrutura familiar e a compreensão das partes que a compõe, bem como a introdução de novos direitos, garantias e princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do melhor interesse do menor, no direito de família, promoveram grandes modificações no tocante à matéria relacionada à guarda de filhos.

Verificou-se a necessidade de estudos filosóficos e psicanalíticos, conjuntamente ao Direito de Família, que possam favorecer a compreensão dos componentes da entidade familiar, a fim de visualizar-se um novo modo de se concretizar o Direito, mormente, no tocante a fixação de guarda de filhos menores, em que, observou-se a necessidade de apoio de equipe multidisciplinar, que forneça maiores informações ao magistrado, a fim de ofertar-se resposta adequada às demandas sociais.

Constatou-se que, o Poder Judiciário passou a assumir a postura de hospital do conflito, uma vez que, a Conciliação começou a ser encarada como valor essencial, (assim, como no projeto de alteração legislativa do nosso Código de Processo Civil). Postura de grande valia para a questão da guarda de filhos, uma

vez que possibilita a oferta de adequada tutela Estatal de que a família é merecedora.

Desse modo, observou-se que o papel do Judiciário, a passos largos, caminha para uma quebra de paradigma. De órgão julgador, para órgão conciliatório, sob o prisma de exercer atividade preventiva para atender a função maior do Estado, que é a da harmonização social.

Observou-se, a inevitável tendência na sociedade brasileira quanto à adoção da guarda compartilhada, como sendo a regra, mormente pela nova política pública instituída pelo Poder Judiciário, adotada através da Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, para a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, locais em que, abre-se às partes do conflito, a oportunidade de (re) iniciarem a escuta, o diálogo e a busca na solução de seus próprios conflitos, o que favorecerá o entendimento sobre a que se refere à guarda compartilhada. Do mesmo modo, pelo Projeto de Lei da Câmara nº 117/2013, em tramite no Senado Federal (sob o nº 1.009/2011 na Casa de origem, do Deputado Arnaldo Faria de Sá), que pretende proporcionar maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da regulamentação da Guarda Compartilhada.

Notou-se, ainda, que embora presa a antigos parâmetros, a jurisprudência, de forma tímida, apresenta significantes mudanças de posicionamentos frente aos casos concretos e a releitura do instituto da guarda compartilhada, principalmente pela contribuição doutrinária, e vem proferindo decisões inovadoras, compatíveis com evolução jurídica e social.

Contudo, observou-se que o instituto da guarda compartilhada ainda exige uma nova releitura e mudança de posicionamentos sociais, legislativos, doutrinários e jurisprudências, dos próprios operadores do direito, deprecando um longo caminho a ser percorrido neste sentido, sobretudo pelo reconhecimento das relações socioafetivas e famílias multiparentais, uma vez que, embora, a princípio, a guarda compartilhada possa ser a medida mais adequada nessa nova configuração familiar, somente a realidade prática irá responder se, o instituto será a melhor solução, ou haverá a necessidade de mixar uma espécie de guarda, com o direito de visitação entre os integrantes desse modelo familiar.

Por fim, verificou-se que a guarda compartilhada, além de proporcionar a convivência do filho com ambos os pais ou com terceiros, com quem mantém laços de afeto, chama aqueles com quem o menor possui laços de afetividade, a desempenhar integralmente a parentalidade democrática, além de prevenir eventuais atos danosos, provocados pela Síndrome de Alienação Parental.

Constatou-se, por fim, que o referido instituto apresenta-se como ferramenta apta para promover pacificação social, na medida em que propõe ou impõe uma nova postura (entendimento, respeito mútuo, conversação, diálogo e etc.), aos integrantes que compõe as relações familiares afetivas, nas quais as crianças ocupam o papel central de todo o cuidado, atenção, melhor e maior interesse.

BIBLIOGRAFIA

ACÓRDÃO do TJSP reconhece a multiparentalidade. **Site Atualidades do Direito**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/08/17/acordao-do-tjsp-reconhece-a-multiparentalidade/>>. Acesso em 20 dez 2013.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698/2008**. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 9, n. 51, Porto Alegre: Síntese, 2009.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BREVES considerações acerca da possibilidade de adoção por casais homoafetivos. **Site Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI175552,51045-Breves+consideracoes+acerca+da+possibilidade+de+adocao+por+casais>>. Acesso em 10 ago 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARTILHA do divórcio para os pais. **Site do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/cartilha_divorcio_pais.pdf>. Acesso em 20 dez 2013.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014.

CEJUSC de Amparo registra 100% de acordos na área da Família. **Site Jus Brasil**. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100659718/cejusc-de-amparo-registra-100-de-acordos-na-area-da-familia>>. Acesso em 20 out 2013.

CNJ e MJ lançam cartilhas para auxiliar famílias sobre divórcio. **Site do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25746-cnj-e-mj-lancam-cartilhas-para-auxiliar-familias-sobre-divorcio>>. Acesso em 10 dez 2013.

DECISÃO reconhece a família simultânea. **Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4995/novosite#.Ur87LNJDuhr>>. Acesso em 15 mai 2013.

DIÁRIO da República. Disponível em: <<http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/01800.pdf>> Acesso em 27 jan 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ DA COSTA, Demian. **Famílias Monoparentais: Reconhecimento Jurídico**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos Duarte. **A Guarda dos Filhos na Família em Litígio: Uma Interlocução da Psicanálise com o Direito**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Escala, 2009.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu e Outros Trabalhos (1913-1914)**. vol. XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

_____. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

GROSMAN, Cecilia P. **Los Derechos Del Niño En La Familia: Discurso y Realidad**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

GUARDA compartilhada ajuda casal e separação dá mais certo do que o casamento. **Site G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-reporter/noticia/2013/08/guarda-compartilhada-ajuda-casal-e-separacao-da-mais-certo-do-que-o-casamento.html>>. Acesso em 14 nov 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUIZ de Recife registra criança em nome de pai, mãe e madrasta. **Site da Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/juiz-de-recife-registra-crianca-em-nome-de-pai-mae-e-madrasta>>. Acesso 20 dez 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. **Princípios Constitucionais de Direito de Família – Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

OFICINA de pais e filhos é tema de palestra no fórum João Mendes Júnior. **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19671>>. Acesso em 14 nov 2013.

PAULINO DA ROSA, Conrado. **Desatando Nós e Criando Laços: Novos Desafios da Mediação Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A Ética da Convivência Familiar: Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de. **O Cuidado Como valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PLANO para uma coparentalidade positiva. **Site da Associação Portuguesa pela Igualdade Parental e Direito dos Filhos** Disponível em: < <http://igualdadeparental.org/eventos/>>. Acesso em 27.01.2014.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade: A Possibilidade de Múltipla Filiação Registral e seus Efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PROJETOS e Matérias Legislativas. **Site do Senado Federal**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115668>. Acesso em 10 jan 2014.

QUINTAS, Maria Manoela de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: De acordo com a Lei nº 11.698/2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REFORMULAÇÃO do CEVAT é assunto de encontro de juízes da família. **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100645261/reformulacao-do-cevat-e-assunto-de-encontro-de-juizes-da-familia>>. Acesso em 10 nov 2013.

REICH, Eva. **Energia Vital pela Bioenergética Suave**. São Paulo: Summus, 1998.

RESOLUÇÃO do CNJ obriga os cartórios de todo o país a converterem a união estável homoafetiva em casamento. **Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5031/novosite#.Ur8-49JDuHR>>. Acesso em 10 jun 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em 15 nov 2013.

TEYBER, Edward. **Ajudando as Crianças a Conviver com o Divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 15 nov 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <
<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 15 nov 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <
<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 15 nov 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.