

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDRÉ LUIZ BAPTISTA LANDEIRA PEIXOTO

**DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA SOB A ÓTICA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA
DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

VITÓRIA
2017

ANDRÉ LUIZ BAPTISTA LANDEIRA PEIXOTO

**DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA SOB A ÓTICA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA
DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de graduação da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.
Orientador: Renata Helena Paganoto Moura

VITÓRIA

2017

ANDRÉ LUIZ BAPTISTA LANDEIRA PEIXOTO

**DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA SOB A ÓTICA DA
INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES
FAMILIARES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Vitória,
como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profª Renata Helena Paganoto Moura
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

Um dos principais problemas encontrados hoje no meio civil trata-se da questão da guarda sob o menor, em razão de dissolução de casamento ou união estável. Este projeto busca explicar como era resolvida tal questão e como, após a evolução nos estudos do tema, é tratado hoje em dia pelo Poder Judiciário. A questão que antigamente era praticamente deixada de lado, hoje é vista como primordial, havendo inclusive a criação do princípio do *melhor interesse da criança*, ou seja, nos casos do tema em questão, a principal preocupação é com o bem estar do filho menor, para que este não sinta de maneira tão ríspida com os problemas dos pais. Assim, hoje em dia dá-se ao magistrado a possibilidade de, de maneira compulsória, através de sentença conclusiva, estabelecer que a guarda será compartilhada, quando antigamente ficava-se a encargo dos pais a referida decisão. Neste ponto que surge o principal tema do projeto em questão, afinal, até que ponto faz-se interessante o Poder Judiciário intervir nas relações pessoas, mesmo que almejando o melhor para a criança.

PALAVRAS CHAVE:

Guarda compartilhada, judicialização, menor impúbere, melhor interesse da criança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO CENÁRIO JURISDICIONAL ATUAL	12
1.1 A ATUAÇÃO DO PERITO JUDICIAL	12
1.2 A PARTICIPAÇÃO DE SETORES DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: PERSPECTIVAS E LIMITES	18
2 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS	22
2.1 ATRIBUIÇÃO DA GUARDA PELO JUIZ: POSSIBILIDADE?	25
CONCLUSÃO	32
REFERENCIAS	34

DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA SOB A ÓTICA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Tema de grande importância dentro do Direito Civil brasileiro é, especificamente no que tange ao Direito de Família, a escolha quanto à atribuição da guarda de filhos menores em situações nas quais os genitores não conjugam as responsabilidades do lar.

Quer dizer que somente se cogita atribuir a guarda de um filho para algum dos pais, unilateralmente, quando estes não estão sob união estável ou relação conjugal. Ou, diretamente associado a isso, quando os pais já estiveram em uma relação conjugal que fora rompida.

Nesse ponto, vale explicar que o art. 33 da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, define a guarda como um instituto civilista que “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente”.

Guarda esta que pode ser de diferentes formas, sendo a modalidade compartilhada o objeto de análise do presente trabalho. A guarda compartilhada se caracteriza, em suma, por ser a espécie na qual ambos os pais exercem conjuntamente as responsabilidades para com o filho menor, como define Ana Carolina Silveira Akel:

Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole (AKEL, 2008, p. 01).

Anteriormente à promulgação e entrada em vigor das Leis 11.698/08 e 13.058/14, a forma compartilhada de guarda tinha um caráter meramente sugestivo, ao ser uma possibilidade legal. Após tais legislações, a guarda compartilhada definitivamente alçou outro patamar dentro do direito brasileiro

passando, segundo Flávio Tartuce (2015), a ser espécie “obrigatória ou compulsória”.

Tartuce (2015) vai além e explica que o entendimento pela obrigatoriedade se dá visto que, mesmo quando presentes argumentos de um dos genitores declinando a opção pela guarda compartilhada, o juiz poderá, compulsoriamente, deferir tal modalidade, sempre tendo em vista o princípio do *melhor interesse da criança*.

O magistrado, com o intuito de tomar a decisão, poderá se valer de “orientação técnico profissional ou de equipe interdisciplinar”, previsão esta contida no §3º do art. 1.584 do Código Civil, alterado pela mencionada lei n. 13.058/14, de forma que se abre a possibilidade de que o magistrado, sem conhecimento técnico específico, consulte peritos ou informações pertinentes.

Naturalmente, surge um problema: quando a qualidade técnica dessas perícias é baixa, e partindo-se também do pressuposto lógico de que o julgador não apresenta conhecimentos técnicos específicos à área da psicologia e desenvolvimento infantil, as decisões daí advindas poderão não estar condizentes nem com o interesse dos genitores nem com o melhor interesse da criança.

Nessa linha, é importante destacar que o princípio do *superior interesse do menor* adentrou o Ordenamento Jurídico brasileiro com a assinatura de validação constitucional para a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, realizada pela ONU em 1989, que permitiu que tal princípio normativo alcançasse o nível hierárquico de norma constitucional fundamental.

O artigo 3º da mencionada convenção, promulgado pelo Decreto nº 99.710, de novembro de 1990, prevê expressamente o “melhor interesse da criança” ao declarar:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o interesse maior da criança** (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Pela previsão acima, percebe-se o cuidado que tem a norma ao creditar a praticamente quaisquer decisões que envolvam menores a necessidade do respeito ao interesse superior da criança. Nesse ponto, faz-se mister a definição do que seria considerado o superior interesse da criança.

De acordo com Tânia da Silva Pereira (2008, p. 20-22), o melhor interesse do menor seria alcançado pelo dever dos pais e responsáveis de assegurar às crianças proteção e cuidados especiais, de modo a garantir que estas sejam consideradas sujeitos de direitos e, portanto, merecedoras da tutela estatal.

O interesse superior da criança implicaria, em suma, a tomada de decisão não voltada para a estrita esfera de interesses dos pais, como foi dito que ocorre em momentos de litígio judicial, mas atentando-se para as reais necessidades do menor, de modo a propicia-lo uma vida digna, nos moldes da Constituição da República.

As vantagens da adoção do modelo compartilhado de guarda são citadas por inúmeros doutrinadores especializados em Direito de Família, assim como por demais operadores do Direito que se dedicam a esta área.

Defende a Desembargadora Maria Berenice Dias que mesmo após a dissolução do vínculo conjugal do casal, a adoção da guarda compartilhada possibilita uma maior aproximação física e imediata do menor para com ambos os genitores.

Nessa mesma linha, Ângela Gimenez, juíza da Primeira Vara das Famílias de Cuiabá e membra do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, defende que a adoção correta da guarda compartilhada “resulta numa melhor saúde física e emocional dos filhos”.

Ainda, Ana Maria Frota Velly, advogada e também membra do IBDFAM, explica que “a guarda compartilhada vem suprir a falta de um dos pais que a guarda exclusiva deixa e que resume consideravelmente seu poder familiar, igualando pai e mãe em direitos e obrigações”.

Todavia, paralelamente aos benefícios citados por esses operadores do Direito de Família, também são elencadas algumas desvantagens da guarda compartilhada, principalmente quando não há um bom relacionamento entre os genitores.

Velly entende que diante do evidente mau relacionamento entre os pais, a adoção da modalidade compartilhada pode gerar o avanço na:

(...) utilização dos filhos como meio de vingança. Os pais, enquanto perdurar o ódio e a vontade se vingar, podem atribuir ao filho o papel de pombo-correio, que transporte mensagens de um genitor para outro, devendo também, muitas vezes, omitir, mentir, fatos que geram culpas na criança. As culpas que então surgem podem contribuir para a instalação de um estado depressivo na criança que podem levar a comportamentos masoquistas. Assim, para pais que estejam em clima de guerra, a guarda compartilhada, ainda não é a modalidade mais adequada.

Com base nisso, há quase um consenso: quando a opção pela guarda compartilhada é feita consensualmente pelo casal, os efeitos benéficos dessa modalidade tendem a ser mais sentidos, visto que foi de interesse de ambos, incluindo do menor, que por sua vez não teria razões para não querer ambos os pais mais presentes em sua vida.

Entretanto, quando a escolha se dá *ex officio* pelo magistrado, há uma nítida intervenção estatal na autonomia privada, levando ao acúmulo de indagações quanto à efetividade de tal medida, sob o prisma dos princípios do *melhor interesse da criança* e da *intervenção mínima do estado nas relações familiares*.

Emerge, neste ponto, outro importante princípio para o objeto de análise do presente trabalho: *intervenção mínima do estado nas relações familiares*, este bastante relacionado com o primeiro princípio supracitado.

A relação entre ambos se dá na medida em que o primeiro princípio surge visando à proteção do hipossuficiente dentro do âmbito familiar, notadamente o

menor, inclusive com possibilidade e determinação de medidas estatais ignorando interesses particulares dos genitores e buscando beneficiar os interesses da criança. De outra forma, o segundo ganha importância justamente a fim de se evitar medidas estatais que extrapolem o limite da autonomia privada das relações familiares.

O conceito de autonomia privada como inserido no âmbito das relações familiares se explica, tendo em vista que a predominância das normas que versam sobre Direito de Família tratam sobre as relações dos indivíduos inseridos no conceito jurídico de família e suas consequências, tanto patrimoniais como pessoais.

Como regra, não há interesse do estado em impor determinados regramentos a específico núcleo familiar, cabendo a este organizar e planejar o convívio entre os membros. Dessa forma, o Direito de Família é ramo ligado ao Direito Privado, sendo o princípio da autonomia privada um dos seus principais corolários.

Tal enquadramento do Direito de Família dentro do conceito de Direito Privado é defendido pelo doutrinador Orlando Gomes, que explica:

Pelos sujeitos das relações que disciplina, pelo conteúdo dessas relações, pelos fins de seu ordenamento e pela forma de atuação, o Direito de Família é direito privado e parte integrante do direito civil (GOMES, 1998, p. 06).

Retomando a ideia do princípio da *intervenção mínima do estado nas relações familiares*, é válido mencionar que certos estudiosos da área de Família defendem o seu caráter constitucional.

O presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira explica que houve uma elevação do mencionado princípio no âmbito do Direito de Família. Rodrigo Cunha entende que não há consenso entre os demais doutrinadores quanto à real importância do princípio da *intervenção mínima do estado nas relações familiares*.

Porém, para ele, a atual organização constitucional dos princípios e as particularidades sociais dos amplos objetos de estudo do Direito de Família, permitem que este princípio seja considerado em patamar de igualdade perante dos demais.

É com base nesse cenário jurisdicional que o presente trabalho irá se desenvolver. Tenciona-se entender até que ponto o magistrado, partindo da obrigatoriedade estabelecida pela legislação, ao conceder a guarda compartilhada, não se ignorando eventual superficialidade dos elementos de cognição utilizados por ele para essa decisão, estaria atuando de forma consonante com o sistema constitucional.

De forma mais direta, indaga-se: realmente cabe ao judiciário a tomada de decisão quanto à modalidade compartilhada de guarda de filhos menores?

As indagações caminham no sentido da dificuldade de se impor uma decisão, de forma até padronizada, respeitando, ao mesmo tempo, os princípios do *melhor interesse da criança* e da *intervenção mínima do estado nas relações familiares*.

Nesse sentido é que surge os questionamentos acerca da credibilidade e até mesmo se esta é a responsabilidade de fato do Estado em intervir na situação de guarda dos filhos, ante a separação dos pais.

1 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO CENÁRIO JURISDICIONAL ATUAL

1.1 A Atuação do Perito Judicial

Antes de se analisar as implicações acerca da obrigatoriedade da guarda compartilhada, quanto aos princípios do *superior interesse do menor* e da *intervenção mínima do estado nas relações familiares*, faz-se mister tecer um apanhado de como é a aplicação atual do referido instituto no Direito brasileiro.

Para isso, válido se torna um rápido apanhado quanto à forma utilizada pelos magistrados para sustentarem a adoção da referida modalidade de guarda, tendo em vista que o magistrado, em inúmeras ocasiões, não apresenta conhecimentos técnicos específicos para a resolução da lide, devendo apoiar sua decisão em estudos técnicos encomendados a terceiros, os peritos.

Em caso relativos ao Direito de Família, especificamente no que tange à disputa pela guarda dos filhos menores, o perito técnico tem sua importância elevada, já que apresenta estudos psicológicos e comportamentais acerca dos pais e sua relação com a prole.

Deixando a questão relativa às particularidades e implicações dessas avaliações psicológicas para momento oportuno, torna-se imperioso atentar-se para o comando do artigo 156 do Código de Processo Civil, que dispõe que “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”.

A partir da leitura do caput do referido artigo, imediatamente infere-se a intenção legislativa em vedar a possibilidade de o juiz afastar a realização de perícia quando a lide envolva questões que necessitem de “conhecimento técnico ou científico”.

Entende-se, portanto, pela obrigatoriedade da realização do estudo científico, que deverá ser realizado, conforme estabelece o parágrafo primeiro do mesmo artigo, por peritos:

nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado” (artigo 156, §1º do Código de Processo Civil)

Portanto, também a livre escolha do perito é vedada ao juiz da causa, em caso de haver profissionais devidamente habilitados e cadastrados no tribunal que o magistrado está vinculado. A única exceção aberta pela legislação, é caso não haja o cadastramento dos referidos profissionais, norma contida no parágrafo quinto, que assim dispõe:

a localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia. (artigo 156, §5º do Código de Processo Civil)

A partir da leitura dos mencionados dispositivos legais, parece não emergir significativas controvérsias. Porém, quando atenta-se para o artigo 157 do mesmo Código, o campo para o debate quanto à eficiência da atividade pericial amplia-se.

O artigo 157 do Novo Código de Processo Civil explica que:

O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda sua diligência, podendo escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.

A problemática emerge no peculiar ponto “no prazo que lhe designar o juiz”, posto que o magistrado deverá estabelecer um período de tempo em que o processo estará parado, enquanto aguarda pelo envio do estudo técnico.

Contextualizando tais normas com a específica questão relativa à disputa pela guarda de filhos menores, vale dizer que o tempo para a correta atuação judicial dos psicólogos, por diversas vezes, não é condizente com lapso temporal que o magistrado impõe para o recebimento do laudo, como bem explica o juiz e professor de pós-graduação da Escola Paulista de Magistratura, Dr. Luís Francisco Aguilar Cortez, em seu artigo *A inserção do psicólogo do Poder Judiciário: o Direito e a função legal do perito e do assistente técnico*:

(...) O Perito deve ser diligente e o laudo deve ser entregue no prazo fixado, o que, no âmbito da avaliação psicológica, pode gerar problemas, uma vez que o “tempo” do processo nem sempre corresponde ao tempo necessário para uma avaliação segura (...) (Luís Francisco Aguilar Cortez, pg. 18, 2010).

É obvio que a atuação do profissional da psicologia, dentro da esfera judicial, deve ser regulada, inclusive com a estipulação de um prazo para a realização do seu trabalho, até porque a própria atuação do magistrado é condicionada por metas mínimas de trabalho, contidas em resoluções (ver se eh isso mesmo) do Conselho Nacional de Justiça.

Todavia, essa regulação da atuação pericial pelo juízo da causa, a qual define o prazo para o envio do estudo técnico, como já dito anteriormente, pode gerar prejuízos para a qualidade do laudo.

Tais prejuízos remetem à possibilidade de que os peritos, uma vez sujeitos a imposições de lapsos temporais relativos às necessidades processuais, façam estudos técnicos desacompanhados da atenção e dedicação necessárias.

Em outras palavras, o prazo fixado pelo juiz, não se ignorando o congestionamento de demandas levadas ao Poder Judiciário, pode contribuir para a deficiência da atuação pericial, gerando até mesmo estudos padronizados, que não levem em consideração as minúcias do caso concreto.

Nesse ponto, é válido dizer que o Código de Processo Civil, em seu art. 476 define a possibilidade de o magistrado, a partir do recebimento de motivo justificado pelo perito, prorrogar o prazo para o envio do laudo, como preceitua a letra da lei:

Art. 476. Se o perito, por motivo justificado, não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz poderá conceder-lhe, por uma vez, prorrogação pela metade do prazo originalmente fixado.

Como se depreende do artigo supracitado, a prorrogação do prazo estará limitada à metade do prazo originalmente fixado. É óbvio que a perspectiva de o perito ter mais tempo para a confecção do estudo técnico certamente contribui, abstratamente, para a qualidade dos laudos.

Porém, o simples fato de se ter uma limitação temporal, definida pela prudência do magistrado, contribui para a subsistência do problema, a saber: a incerteza

quanto à real efetividade de o legislador atribuir ao magistrado a possibilidade de, compulsoriamente, deferir a guarda compartilhada, apoiando-se nesses estudos técnicos, estes como já ditos, limitados por um lapso temporal à critério do mesmo magistrado.

Seguindo essa linha de raciocínio, outro ponto que merece ser abordado é quanto à natureza desse laudo apresentado pelos peritos judiciais, assunto este intrinsecamente relacionado à problemática da obrigatoriedade da guarda compartilhada, a ser deferida pelo magistrado, em atenção ao caso concreto.

De acordo com Rovinski (1998, p. 60) apud Sidney Shine, o laudo pericial dos psicólogos atuantes em demandas judiciais:

(...) não pode responder a questão final sobre o julgamento. O examinador deve descrever habilidades pessoais, demandas situacionais e o seu grau de congruência, de maneira a evitar estabelecer o último julgamento ou a conclusão final sobre a competência legal

Dessa forma, percebe-se que o estudo realizado pelos peritos judiciais não consiste em laudos conclusivos ou que expressem juízos de certeza quanto à problemática levada até eles. Ao contrário disso, tais análises devem apresentar subsídios e informações para que o magistrado decida a lide, tendo em vista o princípio constitucional do *livre convencimento motivado do juiz*.

Na medida em que se avança no estudo quanto à atuação dos psicólogos nas Varas de Família brasileiras, após delineados os contornos de como se dá a atuação desses profissionais, inevitável se torna voltar a atenção à atuação do psicólogo em si, abstratamente considerado, tomando como parâmetro a qualificação deste especialista.

Neste ponto, outro problema surge, relativo, justamente, à ausência de exigência de especialização na área.

Ou seja, requisitos indispensáveis para que o psicólogo se torne um perito judicial são apenas a formação superior e o registro junto ao Conselho Regional de Psicologia, além da já mencionada inscrição no quadro de funcionários do Tribunal de atuação, quando houver, como bem define a psicóloga especialista em psicologia jurídica Dra. Evani Zambon Marques da Silva:

Como se tornar Perito Psicólogo? É necessário apenas a formação e o registro, mas não há necessidade de formação específica no Brasil, o que é requerido em alguns países (2010, p. 20).

Como bem levantado por Evani Zambon, alguns países adotam a necessidade de formação específica, não se indagando, neste momento, se se trata de qualificação para a atuação perante quaisquer demandas judiciais, ou relativa à temática que compõe a lide.

É certo que, de qualquer forma, o ideal seria que se exigisse, no mínimo, uma formação específica, tanto relativa ao Direito de Família, quanto para atuação como perito judicial. Isso se explica, devido à complexidade das questões levadas ao Poder Judiciário, que por diversas ocasiões extrapola o conhecimento básico adquirido durante uma graduação em psicologia.

É lógico que a demanda por pareceres técnicos de psicólogos atuantes em varas judiciais de família tende a crescer, tendo em vista o crescente número de separações judiciais e divórcios enfrentados pela população nacional, fato

este intrinsecamente ligado à exigência de especialização na área de família e guarda parental.

Explica-se: levando-se em consideração a citada realidade atual, vedar a atuação como perito judicial de psicólogos sem formação específica, certamente diminuiria, na mesma proporção, o número de peritos aptos a desempenharem a função junto ao Poder Judiciário, que por sua vez traria prejuízos à resolução de controvérsias familiares levadas ao crivo do magistrado.

De acordo com dados obtidos por pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano de 2014, em comparação com 2004, o número de divórcios cresceu incríveis 160%, passando de 130, 5 mil para 341, 1 mil.

A presente pesquisa foi além e conseguiu identificar o tempo médio que um casamento está durando no Brasil e, novamente, percebe-se uma tendência, dessa vez de ordem decrescente, na medida em que os matrimônios passaram da média de 44 para 43 anos num intervalo de duas décadas.

Nesse sentido, outro dado obtido pelo Instituto, nas Estatísticas do Registro Civil de 2015, levantou dado de extrema importância para a temática em questão, relativo à relação entre o número de divórcios ocorridos no ano, segundo o arranjo familiar.

A referida pesquisa observou que entre o número de casais que enfrentaram processos de separação do vínculo matrimonial no ano de 2015, a grande maioria deles tinha o arranjo familiar composto por filhos menores de idade, chegando a atingir 51,9% na região Sul do Brasil.

Com base nesse apanhado quanto à crescente tendência de término dos vínculos conjugais, resta nítido que o número de lides envolvendo a guarda dos

filhos só cresce. Nessa linha, partindo-se da necessidade de conhecimento técnico específico para o auxílio do juiz, infere-se, na mesma medida, a maior necessidade de atuação pericial, exercida por psicólogos.

Daí, a temática retorna à aparente insuperável barreira de conciliar a correta atuação pericial, com a recomendada formação específica, com a necessidade cada vez maior de soluções rápidas às lides levadas ao Poder Judiciário.

Mais uma vez indaga-se se o correto seria o atual modelo de intervenção estatal nos problemas conjugais relacionados à custódia de filhos menores, mais especificamente quando se atenta para a possibilidade de decretação de ofício, pelo magistrado, da modalidade compartilhada de guarda.

1.2 A PARTICIPAÇÃO DE SETORES DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: PERSPECTIVAS E LIMITES

O ideal seria, conforme defende Cortez, que houvesse um acompanhamento psicossocial mais detalhado e interventivo, com a criação de setores de conciliação e mediação, para a atuação de diversos profissionais das mais diversas áreas.

Cortez explica que tal iniciativa já vem sendo adotada pelo Estado de São Paulo desde 2004, sendo que “nestes setores pode haver intervenção pré-processual, ou seja, antes de iniciada a ação, ou no curso do processo, com a atuação de profissionais de diversas áreas, inclusive psicólogos”.

Como defende o citado doutrinador, tendo em vista o aspecto relacionado à efetividade da tutela jurisdicional na resolução da controvérsia familiar pela guarda dos filhos, o ideal seria um acompanhamento detalhado e iniciado em estágio anterior à decisão do magistrado.

Para isso, setores de mediação e conciliação, amparados por diversos profissionais, interdisciplinarmente atuando, forneceriam maiores subsídios ao magistrado, tendo em vista a maior atenção ao caso concreto. Com isso, o problema da qualidade técnica dos pareceres que norteiam a atividade estatal certamente seria diminuído.

Nessa linha, cumpre destacar que a prática jurídica e legislativa atual vem se debruçando mais fortemente no que tange à questão da necessidade de estímulo e consequente inclusão de setores de conciliação e mediação nos Tribunais brasileiros.

Acompanhando tendência nacional de incentivo às decisões judiciais antocompositivas, formalizada em 2010, a partir da edição pelo Conselho Nacional de Justiça da Resolução nº 125, que institui a “a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”, o Novo Código de Processo Civil mostrou peculiar preocupação em seguir a orientação emana do CNJ, prevendo em diversos artigos a necessidade de instauração e manutenção de centros de conciliação e mediação.

Observando as disposições contidas na Lei 13.105, de março de 2015, percebe-se a importância dada à temática, visto que a Seção V do novo diploma trata unicamente da conciliação e mediação judicial. Logo no artigo 165 da citada legislação, há a previsão de criação pelos tribunais de:

centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Ainda, vale dizer que o legislador previu a necessidade de designação de audiência de mediação e conciliação após a verificação de ausência de causas de inépcia da inicial e improcedência liminar do pedido, conforme disposição do artigo 334 do Código.

Não havendo necessidade de esgotamento da análise de todos os artigos e previsões legais de uso da conciliação e mediação, a partir das disposições

supracitadas, resta nítida a maior inclusão e preocupação com a formação de decisões judiciais nas quais as partes são os atores.

Melhor dizendo, decisões nas quais as partes dialogam entre si, com o intermédio de um profissional habilitado e preparado, a fim de chegarem a uma decisão por contra própria, tudo isso sob o crivo legal do magistrado, que por sua vez terá um papel de menor destaque no referido procedimento.

Diante disso, chega-se à quase pacífica conclusão de que as possibilidades de resolução correta das lides elevam-se drasticamente, ainda mais porque os tradicionais procedimentos judiciais de solução conflituosa foram mantidos pelo ordenamento jurídico nacional. Todavia, mais uma vez indaga-se sobre a real efetividade desse método de solução consensual, quando utilizado para embasar uma decisão judicial, proferida por magistrado, relativa à atribuição compulsória da guarda compartilhada do filho menor aos pais dessa criança.

Tal questionamento emerge quando se atenta para os limites práticos desses setores e dessa modalidade de resolução judicial. Assim, “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”, conforme dispõe o inciso I, §4º do artigo 334 do NCPC, a audiência de conciliação e mediação não poderá ocorrer, evidenciando, notável obstáculo à real efetividade de referido método, pensamento este compartilhado pelo advogado e mestre em Direito Clóvis Brasil Pereira:

As audiências preliminares de conciliação, muitas vezes não se realizam por desinteresse das partes, ou pelo pouco empenho dos juízes, que no geral se limitam a perguntarem as partes, se tem proposta ou não de composição, sem nenhum empenho para a solução consensual do litígio, o que acaba por prolongar por anos a fio, um processo que poderia ter solução mais rápida e eficiente para as partes

Ainda, vale dizer que o papel desempenhado por tais agentes autocompositivos, notadamente conciliadores e mediadores é de extrema importância. Assim, a falta de adequado preparo, estudo e experiência na área podem, certamente, contribuir para a perda da eficiência do procedimento analisado.

Portanto, as limitações enfrentadas não só pelos profissionais atuantes como peritos, como também aquelas relativas às sessões de mediação e conciliação, corroboram com o sério questionamento quanto à efetividade da decisão que defere a guarda compartilhada compulsoriamente, tendo em vista o superior interesse da criança.

Uma vez delineado o cenário jurisdicional atual que norteia a atuação do magistrado na tomada de decisões quanto à custódia de filhos menores, atentando-se para o complexo contexto das perícias psicológicas, a abertura à mediação e conciliação e seus limites, se torna válido adentrar na questão relativa aos limites de interferência estatal na autonomia privada que rege os núcleos familiares.

2 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS

A judicialização que está presente no cenário atual se dá no momento em que órgãos do Poder Judiciário decidem decisões de grande repercussão social ou até mesmo política. O referido fenômeno, para o douto ministro do STF, Luis Roberto Barroso (2008) se dá por 3 causas.

A primeira em decorrência da redemocratização do Brasil, visto que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passa a ser o responsável por fazer esta valer e ter suas normas e princípios respeitados.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição

de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (BARROSO, 2008)

Além disso, ascendeu-se a cidadania, o acesso a informação e a noção de direitos que devem ser reivindicados, e nesse contexto o Ministério Público acaba promovendo um expansionismo institucional, aumentando sua área de atuação.

Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. (BARROSO, 2008)

O segundo motivo se dá em razão da abrangência da Constituição Federal de 1988, uma tendência mundial, que acaba por transformar políticas, em direitos e conseqüentemente aumenta a possibilidade de demandas processuais.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa[2], desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso

ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.(BARROSO, 2008)

A terceira causa que o ministro apresenta é em decorrência do sistema de controle de constitucionalidade do nosso país, o qual se caracteriza pela abrangência. Nosso sistema, chamado de híbrido ou eclético, nada mais é do que uma combinação entre os sistemas americano e europeu.

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo[3]. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no artigo 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (BARROSO, 2008)

Assim, temos que o referido assunto, se apresenta e ganha força, em decorrência da necessidade da busca por direitos e pela carência de justiça, tendo em vista todo esse aparato de defesa de direitos, como se blinda-se do cidadão do Poder Legislativo e Executivo.

2.1 ATRIBUIÇÃO DA GUARDA PELO JUIZ: POSSIBILIDADE?

Um dos principais temas que surge acerca da judicialização das relações afetivas trata-se da proteção da pessoas dos filhos, no que seja, a guarda e os alimentos que serão devidos.

Conforme lição de Rolf Madaleno (p. 419, 2017), o Código Civil, anteriormente, previa que tal questão deveria ser resolvida e suas razões estabelecidas pelos próprios pais.

“O art. 1.584, parágrafo segundo, do Código Civil, com redação anterior à Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, em sintonia com a Emenda Constitucional n. 66, de 12 de julho de 2010, estabelecia ser dos pais a decisão sobre a guarda dos seus filhos no processo consensual de divórcio, pois deveriam acordar sobre a guarda dos infantes menores ou incapazes, como também deveriam acordar sobre a pensão alimentícia da sua prole” (MADALENO, 2017)

Para Carlos Roberto Gonçalves (2005), a omissão dos termos acerca da guarda dos filhos não se apresentaria como óbice para a homologação judicial do divórcio amigável. Entretanto, data vênia, o ilustre doutrinados, mostra-se inviável permitir tal homologação de modo a deixar indefinida a situação da prole, tanto referente a guarda, quanto a alimentos.

A discussão sobre a guarda é analisada de maneira primordial nos casos de divórcio, tendo em vista o interesse de permitir que os filhos permaneçam convivendo tanto com seu pai, quanto com sua mãe.

Conforme Rolf Madaleno (2017):

A guarda é atributo do poder familiar, e se refere à convivência propriamente dita, constituído do direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho, a quem representa em juízo nas ações onde for parte, sendo a custódia uma decorrência da separação dos pais, tenham sido ou não casados.

Os interesses da criança devem ser tratados como princípios, sendo este denominado princípio do melhor interesse da criança, ou seja, há uma busca incessante pelo bem estar das crianças, de modo que estas sofram o mínimo possível com o contexto em que ela está inserida.

No que tange o referido assunto, traz-se à baila os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

No que cerne à guarda de filho menor, antes do Código Civil de 2002, havia previsão de que a guarda dos filhos ficaria, na dissolução da sociedade conjugal, com o cônjuge que não tivesse dado causa à ruptura do matrimônio ou com o cônjuge com quem já estivesse convivendo, na hipótese de separação de fato. Ainda que menor, quando permitiu o juiz, no art. 13 da Lei do Divórcio, conferir a guarda de modo diverso daquelas hipóteses supracitadas, desde que existissem motivos para tal. Com o advento do art. 1.583 do Código Reale, inclusive com as modificações ulteriores, o sistema proclama, em palavras certas, que a guarda de filhos deve atender, primeiramente, ao melhor interesse da criança ou do adolescente (the best interest of the child). Ou seja, em primeiro lugar o bem-estar do menor, depois as disposições em lei.

Ou seja, no que tange a judicialização deste tipo de relação afetiva, busca-se inteiramente satisfazer os interesses do filho, menor, para que este não sinta os efeitos maléficos de uma separação entre seus pais.

A expressão mais usada nesses casos é “guarda dos filhos”, que acabada trazendo consigo a ideia de imposição a um dos pais, ou seja, uma ideia de unilateralidade, como se esse se torna-se o guardião único dos interesses do filho, o que não traduz de maneira correta a relação que deve ser estabelecida entre os pais separados e os filhos.

O vocábulo acaba por, gramaticalmente, excluir um dos pais da relação de educar e conviver com seu filho, esquecendo da necessidade de bilateralidade nessas relações.

"Nessa linha de ideia, já se disse, coerentemente, em sede jurisprudencial ser importante destacar que a guarda representa mais que um direito dos pais em ter os filhos próximos. Revela-se, sobretudo, como um dever de cuidar, de vigiar e de proteger os filhos, em todos os sentidos, enquanto necessária tal proteção" (STJ Ac. unam. 4. T., REsp. 1.101.324/RJ, rel. Min Antonio Carlos Ferreira, j. 13.10.15, DJe 12.11.15)

Assim, nesta toada, buscando sempre o melhor interesse da criança traz-se a ideia de guarda compartilhada, a qual se estabelece como regra geral do sistema jurídico brasileiro, conforme expõe o jurista pernambucano Silvio Neves Baptista: "...a guarda conjunta que os pais exerciam enquanto vivia sob o mesmo teto, deve figurar como a primeira opção do julgador, sempre que discutir a guarda de menor da dissolução de vida em comum."

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Nesse quisto a guarda compartilhada nada mais é do que o exercício do poder familiar sendo exercido de maneira mais ampla, tendo participação direta dos pais mesmo após a dissolução da vida conjunta.

Efetivamente, a guarda compartilhada diz respeito à forma (inovadora) de custódia de filhos (de pais que não convivem juntos) pela qual a criança ou adolescente terá uma residência principal (onde desenvolverá a sua referência espacial, com o relacionamento com vizinhos, amigos, escola...), mantendo, porém uma convivência simultânea e concomitante com o lar de ambos os genitores partilhando do cotidiano de ambos os lares (aniversários, alegrias, conquistas...). Enfim, é o exercício do mesmo dever de guarda por ambos os pais.

Com a guarda conjunta, propicia-se à criança ou adolescente o exercício do poder familiar com maior amplitude possível e também participação direta dos pais, em igualdade de condições na criação e educação dos filhos. Seu sentido ultrapassa a distribuição de tarefas, garantindo o duplo e efetivo exercício do vínculo paterno-filial.

A guarda compartilhada não apresenta critérios previamente estabelecidos, assim parte do caso concreto em questão para que sua aplicação seja disciplinada, ou seja, devendo haver determinadas considerações em virtude das particularidades da criança e dos pais.

“Soluções que podem servir como parâmetro ilustrativamente seriam a fixação de dias da semana para levar e/ou pegar na escola, indicação de datas para que o filho almoce ou jante com cada um dos pais ou mesmo para que tenha algum tipo de lazer. Note-se que a guarda compartilhada, por óbvio, reclama não apenas de conhecimento, mas igualmente, criatividade e sensibilidade do jurista”

Neste ponto, temos a importância da judicialização desse tipo de situação, sendo transferido para o jurista, essa sensibilidade, essa responsabilidade de buscar o melhor interesse da criança. Não que os pais não consigam tal feito, mas uma visão de fora, neutra, acaba por atingir resultados mais efetivos.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“O juiz, por evidente, deve assumir uma postura proativa para a obtenção do ajuste consensual entre os pais, enviando esforços para convence-los de que ambos possuem os mesmos direitos e deveres em relação ao filho, sublinhando a relevância e significado de manter o convívio conjunto e as sanções que podem advir do descumprimento das cláusulas (parágrafo 1 do art. 1.584, do Código Civil de 2002)”

Nesta toada, temos o papel do juiz, como o instrumento principal da busca pela melhor condição da criança ou adolescente. Lhe sendo dada a função, não só de estabelecer determinados horários e datas, mas também de mostrar aos pais, a real importância desta criação se permanecer em conjunto, mesmo que após a dissolução do casamento.

O que deve ficar claro para os pais é que o poder familiar é inerente a guarda, propriamente dita, esta nada mais é do que um atributo daquele, que se materializa na guarda.

Nos dizeres de Rolf Madaleno:

“Com relação aos pais, o vocábulo guarda consiste na faculdade que eles tem de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole, ou como refere Norberto Novelluno, tratar-se a guarda como uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, através do direito de fixar o lugar da residência da prole e com ela coabitar, tendo os descendentes menos sob seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental”

Esta questão de imposição judicial de guarda compartilhada se apresenta de maneira bastante controversa em nosso cenário atual, havendo quem defenda:

“Nao há unanimidade com relação a não imposição judicial da guarda compartilhada, havendo quem defenda sua imposição judicial, como forma inclusive, de aspirar por uma sociedade mais igualitária e na qual devem ser repartidos os encargos familiares dentro dessa nova ordem constitucional de isonomia entre homens e milhares, entendendo Enio Santarelli Zuliani ser permitido obrigar um dos cônjuges aceitar, contra sua vontade, o compartilhamento da guarda e pressupõe ser causa constante do temos na aceitação de guarda compartilhada por um dos consortes o receio de refletir a custódia conjunta da prole sobre o montante dos alimentos que deveriam ser pagos na guarda unilateral...”

Assim, podemos auferir que a judicialização destas relações se da, ao fato primordial em toda essa discussão, o qual, a busca pelo melhor interesse da criança ou adolescente, sendo o juiz a instrumento principal para atingir tal objetivo, sempre em conjunto com os pais, se utilizando de sua autoridade quando necessário.

Daniel Sarmento, entretanto descreve alguns pontos em que esse neoconstitucionalismo pode ser prejudicial.

Em decorrência dessa concentração de poder nas mãos dos juízes, na medida em que esses não são eleitos, como chefes do executivo.

Conforme Daniel Sarmento:

Esta crítica democrática se assenta na ideia que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga.

Além disso, expõe-se também que, no Brasil, mostra-se complicada a preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras.

“Seria uma profunda injustiça com a teoria neoconstitucionalista acusa-la de promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida. Pelo contrario,[...], um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muitos dos intérpretes, e sobretudo dos juízes, em matéria de fundamentação das suas decisões. Porém, pode-se dizer que a prática jurídica de corte pós positivista, e, aqui a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões adotadas.

Além disso, o autor aponta a chamada “panconstitucionalização”, a qual acaba por encarnar na Constituição Federal os valores superiores que devem ser promovidos em todo sistema jurídico.

Uma das características do neoconstitucionalismo é a defesa da constitucionalização do direito. Sustenta-se que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproxima-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. A constituição não é vista mais como uma simples norma normarum - norma cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Nesse modelo, cabe ao interprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta.

Nesta toada, exprimi-se que apesar de se mostrar uma ferramenta importante em determinadas situações, essa judicialização, tratada como neoconstitucionalismo, deve ser bastante analisada e discutida antes de uma aplicação desenfreada, tendo em vista a possibilidade de enfrentamento ao sistema democrático brasileiro, em determinadas situações. Porém, mostra-se, também, que merece-se um certo apreço devendo ser devidamente estudada e em contextos importantes, aplicada da maneira correta, sem ferir nossos valores e democracia.

CONCLUSÃO

No presente projeto busca-se clarear ideias acerca da judicialização das relações afetivas, tendo em vista a extrema importância do tema, ao se tratar da guarda de menores após a dissolução do casamento ou da união estável do casal.

Como fora outrora exposto, antes do advento das Leis 11.698/08 e 13.058/14, a modalidade compartilhada da guarda não apresentava caráter obrigatório, tendo em vista que caracterizava uma orientação aos pais, que por sua vez poderiam fazer opção pela modalidade unilateral.

Após os referidos diplomas legais terem entrado em vigor, um novo patamar alçou a guarda compartilhada, visto que o magistrado em atenção ao caso concreto poderá, de ofício, determinar tal modalidade, sob o prisma do princípio do *superior interesse da criança*.

Observa-se uma evolução radical na preocupação com a criança, sendo sempre necessário o foco no contexto em que esta está inserida com seus pais e irmãos, caso haja.

Justamente quando se atenta para a obrigatoriedade da guarda compartilhada, que o questionamento acerca da efetividade desta medida se eleva.

Inevitável se torna, portanto, a análise em relação aos meios pelos quais o juiz irá se valer afim de decidir uma questão relativa à guarda. Assim, quando se atenta para o papel exercido pelo perito judicial, consistente na elaboração de um laudo psicológico indicativo da melhor solução, percebe-se a necessidade de tal estudo, posto que o magistrado notavelmente não detém conhecimento técnico e específico na área.

Todavia, conforme explicitado, a atuação do profissional psicólogo dentro das varas judiciais de família, ainda enfrenta aparentes insuperáveis barreiras,

como o tempo necessário para o estudo e conseqüente elaboração do parecer psicológico do menor, a natureza do laudo, tendo em vista não ser conclusiva e a falta de requisitos e especializações exigidas desses profissionais para a correta atuação na esfera judicial.

Além disso, vale dizer que trazer para o referido âmbito, a conciliação e mediação, certamente eleva as possibilidades de resultado positivo na atribuição da guarda, porém, na prática, esse método autocompositivo também padece de obstáculos, em razão da tendente falta de preparo do mediador aliada a má utilização do método em questão, pelos procedimentos judiciais previstos no Código De Processo Civil.

Inevitável é, portanto, o questionamento quanto a efetividade da compulsoriedade da guarda de filhos menores, atentando-se também para o fato de que, por diversas ocasiões, a determinação desta forma é desacompanhada da vontade dos pais, sendo uma decisão meramente de ofício.

Assim, sem descaracterizar a importância da possibilidade de ambos os genitores se fazerem mais presentes na vida do filho, certamente não deve a legislação atribuir poder absoluto ao juiz para decidir em quaisquer hipóteses. O que significa dizer que a referida possibilidade do magistrado mostra-se perigosa.

REFERENCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para família.** São Paulo, Atlas, 2009. ed. 2.

BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Dez. 2008. < https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2> Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>.

Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

Acesso em: 07 out. 2017.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os artigos 1583 e 1584 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>.

Acesso em: 10 out. 2017.

Conselho Regional de Psicologia SP, Cadernos Temáticos CRP SP, nº 10, **Psicólogo Judiciário nas questões de família.** São Paulo, 2008. Disponível em: < http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/10/frames/Psic_Judic_Quest_Fam.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017

CORTEZ, Luís Francisco Aguiar. **Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 14 ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. JusPodlvm, 2016.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, **Direito de Família**. Sao paulo: Saraiva, 2005, v. VI, p.256.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed. rev., atual. e ampla - Rio de Janeiro: Forense 2017.

PENNA, Paula Dias M. **A Perícia Psicológica e o Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20per%C3%ADcia%20psicol%C3%B3gica%20e%20o%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>. Acesso em: 21 out. 2017.

PEREIRA, Clovis Brasil. **Conciliação e Mediação no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 19 out. 2017

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Fundamentos da Perícia Psicológica Forense**. 2. ed. São Paulo: Vetor, 2007.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e oportunidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt) : Coimbra Editora, 2009.

TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/14. **Revista Virtual Migalhas parte I e II**. Fev. 2015. Disponíveis em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>> e <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 10 out. 2017.

VELLY, Ana Maria Frota. **Guarda Compartilhada**: uma nova realidade para pais e filhos. Porto Alegre, 2011.

Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>.

Acesso em: 10 out. 2017.