

GUARDA COMPARTILHADA CONCEDIDA A PAIS EM SITUAÇÃO DE CONFLITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Sula Morgana De Matos Brandão¹
Vera Mônica de Almeida Talavera²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a guarda compartilhada concedida a pais em situação de conflito poderá ultrajar o princípio do melhor interesse do menor. Visa-se assim, analisar os efeitos da fixação compulsória da guarda compartilhada e verificar que a aplicação da guarda compartilhada, quando há um clima hostil entre os pais, pode gerar alienação parental ferindo o melhor interesse da criança e do adolescente. Por fim, busca também apresentar e analisar decisão paradigmática do Superior Tribunal Justiça que versa sobre o instituto da guarda compartilhada, pretendendo entender como ocorre a responsabilização conjunta na prática.

Palavras-chaves: Guarda compartilhada. Princípio do melhor interesse. Criança e adolescente.

1 INTRODUÇÃO

Acredita-se que com base no melhor interesse da criança e pautado na diretriz do poder familiar, o Legislador alterou o art. 1.583, §2º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), através da Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014), determinando, portanto, a obrigatoriedade da guarda ser compartilhada quando não houver acordo entre os pais, exceto se um dos genitores declarar que não tem interesse pela guarda do menor. Todavia, diante dos impactos que a nova determinação trará para a vida da criança e do adolescente, cumpre indagar de que forma os aspectos legais da guarda compartilhada, quando concedida a pais em situação de conflito, priorizam a convivência do menor com os genitores em detrimento do melhor interesse da criança?

Dessa forma, o presente artigo possui como objetivo investigar se a partilha da guarda dos filhos ultraja o melhor interesse do menor, vez que a guarda compartilhada será a regra, caso não haja consenso entre os genitores. Então, com a finalidade de auferir tal objetivo, este estudo analisará os efeitos da fixação compulsória da guarda compartilhada; verificará que a

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado - UNIJORGE em Salvador Bahia, BR. Servidora Pública. E-mail: sulamorgana@gmail.com.

² Doutora em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador Bahia, BR. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos SP.BR. Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário da Faculdades Metropolitanas Unidas - UniFMU São Paulo. BR. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado - UNIJORGE em Salvador Bahia, BR. E-mail: v-monica@uol.com.br

violação ao princípio do melhor interesse do menor, por meio da guarda compartilhada, quando há um clima hostil entre os pais, pode gerar alienação parental; por fim, apresentará uma decisão paradigmática do Superior Tribunal Justiça que versa sobre o instituto da guarda compartilhada.

O melhor interesse do menor é o princípio balizador para a concessão da guarda compartilhada de forma impositiva, caso os genitores se encontrem em situação belicosa, logo surge a inquietação em saber se a responsabilização conjunta será aplicada indistintamente a todo e qualquer tipo de conflito em que os pais estejam vivenciando, além disso, qual a possibilidade dessa imposição não violar o princípio constitucional, portanto, a compreensão de tal temática é essencial, pois, visa se aproximar da realidade fática vivida pelas crianças quando seus pais estão em desarmonia, ademais, demonstra a importância da discussão para o meio jurídico. Ainda, nesse sentido, a pesquisa sobre o referido modelo de guarda e sua forma de concessão servirá como instrumento de reflexão para aplicação da guarda compartilhada, quando os genitores estiverem em desavença, a fim de que o melhor interesse da criança e do adolescente fique alinhado com a convivência familiar e não em detrimento dela.

A metodologia aplicada ao referido artigo, traz em sua base teórico-metodológica, o enfoque dialético. Segundo Minayo (2013, p. 108),

[...] a *dialética* refere-se ao método de abordagem da realidade, reconhecendo-a como processo histórico em seu peculiar dinamismo, provisoriamente e transformação. A dialética é a estratégia de apreensão e de compreensão da prática social empírica dos indivíduos em sociedade (nos grupos, classes e segmentos sociais), de realização da crítica das ideologias e das tentativas de articulação entre sujeito e objeto, ambos históricos.

Para a realização desta pesquisa, se fez necessário à busca pela historicidade da guarda compartilhada, sua colocação ante a sociedade atual, oferecendo subsídios necessários para uma argumentação mais eficaz e distinguir com clareza o tema discutido. Bourdieu, Chamboredon e Passeron (2002) escreveram que o método não pode ser estudado separadamente das pesquisas nas quais é utilizado, bem como também descreveram como objetivo essencial do método as aplicações regulares dos procedimentos científicos.

Quanto à forma de abordagem, uma pesquisa documental foi selecionada para possibilitar a análise da guarda compartilhada a nível nacional sob os aspectos jurídicos. Os documentos pesquisados foram analisados de modo a perceber as nuances, características e significados, proporcionando consonância com outras fontes que dão base ao assunto abordado e por conta da necessidade de mensuração de algumas informações na busca do alcance da concretude de alguns fatos apontados na referida pesquisa. Nessa perspectiva, esse tipo de pesquisa é “uma fonte de dados e informações auxiliar, subsidiando o melhor entendimento de

achados e também corroborando evidências coletadas por outros instrumentos e outras fontes, possibilitando a confiabilidade de achados através de triangulações de dados e resultados” (MARTINS; THEÓPHILO, 2007, p. 86). Dito isso, os documentos oficiais considerados compreendem todo o arcabouço legislativo apontado na pesquisa e devidamente referenciado. A bibliografia utilizada estabelece um diálogo com os documentos apresentados, constituindo uma melhor compreensão do tema.

Por fim, conceitua guarda compartilhada, e apresenta uma distinção entre a guarda unilateral, alternada e compartilhada. Feito isso, haverá uma comparação entre a Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) e a Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014) abordando a evolução da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Foi pontuado ainda os efeitos da fixação compulsória da guarda compartilhada, finalizando com a análise e comentários feitos a acerca decisão paradigmática proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que tem como tema principal a guarda compartilhada concedida a pais em situação de conflito, destacando, inclusive, o cumprimento de medidas cautelares em favor da genitora.

2 GUARDA COMPARTILHADA

A Constituição Cidadã (BRASIL, 1988) determina em seu art. 226, caput que é dever do Estado proteger a família, motivo pelo qual deverá prestar assistência a cada ente familiar³, demonstrando, portanto, quanto o instituto família é importante para o Estado. Ainda nessa seara, que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança traduz a família como grupo fundamental da sociedade e local indicado para a criança crescer com tranquilidade, razão pela qual, ainda no preâmbulo, reconhece que “[...] a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Então, para proteger a figura mais frágil de uma família, quando o amor entre os pais chega ao fim, que surge o contemporâneo instituto do Direito de Família chamado de guarda compartilhada. A guarda compartilhada passou por transformações no mundo jurídico ao longo do tempo. Essas reformas foram necessárias para acompanhar a evolução do poder familiar que, com o advento da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), consolidou a igualdade entre homens

³ “Art. 226, § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (BRASIL, 1988).

e mulheres, bem como colacionou que os direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelos pais.

2.1 Poder Familiar

Antes mesmo de adentrar na essência do contemporâneo instituto do Direito de Família que, gradativamente vem ganhando espaços no mundo jurídico por meio de valorosos entendimentos, se faz necessário consignar o Poder Familiar. Segundo Waldyr Grisard Filho (2016), o vocábulo poder familiar era conhecido como pátrio poder, conforme designava a legislação civil de 1916 (BRASIL, 1916), e, para entender como se deu sua evolução, é pacífico o entendimento pela doutrina que o marco inicial foi no direito romano.

Podemos conferir, segundo Paulo Lôbo (2017), que o poder familiar era conhecido como pátrio poder, ou seja, o homem era o único chefe da família, portanto, quem detinha direito privativo para conduzir o futuro de sua família sem que houvesse contestação. Contudo, ao longo do tempo, a sociedade passa a ansiar por um novo modelo de família, buscando isonomia entre os cônjuges, tal como entre os filhos. Conforme apontam Rafael e Rolf Madaleno.

Hoje em dia o conceito de pátrio poder não se restringe apenas à noção de ser um direito exclusivo dos pais decidirem sobre o futuro dos seus filhos da maneira que melhor lhes convém, posto que, com a incontestável assunção da moral cristã nos países ocidentais, o pátrio poder mudou, e passou a ser delineado pelos princípios de mútua compreensão e da afetividade, assumindo características de direito protetivo, de forma que todos os membros do núcleo familiar passaram a ser vistos individualmente como pessoas detentoras de direitos e deveres em iguais proporções, logo, merecedoras de tratamento igualitário. (MADALENO; MADALENO, 2018).

À vista disso, o pátrio poder sucumbe a sua exclusividade e cede espaço ao poder familiar que se fundamenta em diversos princípios constitucionais, dentre eles o da solidariedade, melhor interesse do menor, além da igualdade e respeito à diferença. Conforme entendimento esculpido na Constituição Federal:

[...]Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo

de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1998).

Assim, com a chegada da Carta Constitucional no ano de 1988 (BRASIL, 1988), homens e mulheres passaram a ter igualdade de direitos e obrigações, conforme descrito no art. 5º, I⁴, bem como o art. 226, § 5º⁵ da mesma Carta concede isonomia ao homem e mulher referentes à sociedade conjugal. Nessa mesma linha de pensamento, a Lei 8.069/90, que disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente, apresentou em seu texto, conforme se infere do artigo 21 do referido Diploma Legal, que o pátrio poder seria exercido pelo pai e pela mãe (BRASIL, 1990)⁶.

Tal evolução se concretizou expressamente com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) que modificou a expressão de pátrio poder para poder familiar, ou seja, fez com que o pátrio poder cedesse espaço para o poder familiar que passa ser interpretado como instituto de proteção à família, como bem apontam Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano:

Em conclusão, podemos conceituar o poder familiar como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes. Note-se, desde já, que essa profunda forma de autoridade familiar somente é exercida enquanto os filhos ainda forem menores e não atingirem a plena capacidade civil. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 600).

Nesse diapasão, o poder familiar deixa de ser um poder absoluto apenas exercido pelo pai, ou seja, passa a ser um instituto que visa proteger o interesse do menor de forma isonômica entre o pai e a mãe. Diante disso, alguns autores tentam conceituar o poder familiar. Maria Berenice Dias (2016, p. 757), entende que “O Poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho”. Já De Plácido e Silva (2016, p. 1057) afirma que “[...] o poder familiar exprime a expressão o conjunto ou a soma de poderes legalmente outorgados aos pais em relação aos filhos e aos bens destes”.

Com tal avanço, é perceptível que o instituto do poder familiar é irrenunciável, ou seja, os pais não podem se eximir de proteger sua família já que esse dever foi conferido a família

⁴ “Art. 5, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988)

⁵ “§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (BRASIL, 1988)

⁶ “Art. 21, ECA, 1990: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”. (BRASIL, 1990)

pelo Estado. Do mesmo modo que não poderá transferir e nem alienar a obrigação que possui para com os filhos menores, nessa mesma linha, o poder familiar não prescreve.

Alguns doutrinadores entendem que o legislador não foi feliz ao escolher a expressão poder familiar, tendo em vista que ambos os pais exercerão o poder familiar mesmo que não tenham constituído família, nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 414) afirma que “Na realidade, independentemente do vínculo entre os pais, desfeito ou jamais ocorrido, ambos os genitores exercem em conjunto o poder familiar”. Ou seja, o instituto do poder familiar existe a partir do nascimento da criança, não importando se os genitores são casados, se vivem em união estável, se são amigos, etc., o que realmente importa é que com o nascimento da criança, os pais detêm o poder familiar.

À vista disso, que a guarda compartilhada surge como um meio de garantir o melhor interesse do menor e assegurar a responsabilidade conjunta dos genitores independentemente do estado civil que ocupa. Por esta razão, a Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014 alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil/2002 para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”, como também dispor sobre sua aplicação (BRASIL, 2014).

2.2 Conceito de guarda compartilhada

O compartilhamento da guarda chega ao Ordenamento Jurídico Brasileiro com a criação da Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) para modificar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro. Foi nesta oportunidade que o legislador conceituou guarda compartilhada como “[...] 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.” (BRASIL, 2008, Art. 1º, § 1º).

Desse modo, ficou estabelecido pela legislação em comento que se houver embaraços entre os genitores quanto à guarda do menor, o magistrado aplicará a guarda compartilhada, sempre que for possível, pois deverá analisar se tal escolha se fundamentará no melhor interesse do menor. Então, ao conceituar guarda compartilhada é imprescindível explanar as palavras de De Plácido e Silva (2016), pois, para o autor, o termo guarda para o Direito Civil em sentido especial, significa que determinada pessoa deverá proteger alguém que se encontra sob sua direção. Nessa mesma linha, Silva (2016), conceitua guarda de filho como sendo:

Locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de *ter seus filhos em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E *guarda*, neste sentido, tanto significa

a *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais. (SILVA, 2016, p. 674-675).

Logo, fica claro que esse novo modelo de guarda tem como objetivo principal a proteção do incapaz, pautando-se no princípio da proteção integral, bem como no princípio do melhor interesse do menor. Além disso, a guarda compartilhada serve também como meio para demonstrar a efetivação do poder familiar, já que ambos os genitores assistirão ao menor. Como bem aponta Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos:

A expressão ‘guarda compartilhada’ de crianças refere-se à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições. (RAMOS, 2016, p. 73).

Esse é o motivo que faz Waldyr Grisard Filho (2016) declarar como é complexo conceituar o instituto da guarda compartilhada, pois para que seja possível sua compreensão se faz necessário conhecimentos prévios de outros institutos, a exemplo do poder familiar.

Na mesma linha, Jaqueline Cherulli (2017, p. 117) conceitua o instituto da guarda compartilhada como sendo “[...] a responsabilização conjunta dos genitores, no que diz respeito aos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, em relação a genitores que não vivam sob o mesmo teto.” Sendo assim, para a citada autora a guarda compartilhada está voltada em estabelecer isonomia e equilíbrio entre os pais separados, na medida em que estabelece a dupla residência para a criança como forma também de combater à alienação parental.

Na visão de Conrado Paulino Rosa (2018) conceituar guarda de filhos no âmbito do direito de família é uma tarefa árdua, pois trata-se de um ser completamente vulnerável, frágil que requer todo um cuidado e proteção demasiada, isso por que, quando o tema versa sobre criança ou adolescente uma melancolia atinge as pessoas que trabalham em conjunto para decidir sobre o futuro do infante, então, salienta que:

[...] a guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e as mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas às crianças. [...] Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade. (ROSA, 2018, p. 78)

O compartilhamento traduz a ideia de que ambos os genitores tomarão decisões conjuntas, participarão livremente do cotidiano do menor, promovendo sempre a afetividade, respeito mútuo, principalmente entre os genitores, estabelecidos por meios de diálogos,

portanto, é demonstrar aos filhos que a nova família que se inicia ulterior ao divórcio ou dissolução da família parental não o deixará desamparado.

Conclui-se na visão de Eduardo de Oliveira Leite (2015, p. 78), que “[...] guarda compartilhada é a responsabilização conjunta (de ambos os genitores) no exercício de direitos e deveres decorrentes do poder familiar, com residência fixa do menor, na casa materna, ou na casa paterna”, ou seja, na ótica do autor para que haja a concessão da guarda compartilhada deverá ser feita uma análise minuciosa de cada caso concreto de acordo com as peculiaridades próprias de cada dinâmica familiar, porém deverá sempre resgatar o melhor interesse do menor.

2.1.1 Necessária distinção entre guarda unilateral, alternada e compartilhada

O art. 1.583, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) estabelece que guarda unilateral é aquela concedida a apenas um dos genitores. Insta salientar que a guarda unilateral não retira o poder familiar daquele genitor que não a detém, conforme disposto no art. 1.632⁷ do referido Código Civil (BRASIL, 2002), portanto, o não guardião também terá o direito de decidir sobre o futuro do menor, bem como fiscalizar absolutamente tudo que diz respeito aos filhos, estando em conformidade com o art. 1.583⁸, § 5º do CC/02 (BRASIL, 2002). Esse é o entendimento de Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos (2016, p. 111), “Mesmo que a guarda física seja unilateral, o direito de participar das decisões sobre o futuro do filho permanece.”

Em outras palavras, a guarda exclusiva pressupõe que o guardião tem competência absoluta para deliberar sobre a vida do menor sem que seja necessário a opinião do outro genitor, porém, não há nada que impeça o não guardião de fiscalizar os interesses do infante, exceto se estiver impossibilitado de exercer o poder familiar em razão de algum descumprimento judicial, mas somente após a efetivação do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, não havendo a suspensão do poder familiar, o progenitor que não possui a guarda estará apto para exercer de forma igualitária a responsabilidade parental, estando apenas privado do contato diuturno com a criança ou adolescente. Nota-se que houve uma ampliação

⁷ “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” (BRASIL, 2002)

⁸ “§ 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.” (BRASIL, 2002)

dos direitos daquele genitor que não possui a guarda unilateral através da lei 13.058/2014⁹, tanto que obriga qualquer estabelecimento a prestar informações sobre os filhos a qualquer dos genitores, sob pena de incorrer em pagamento de multa.

Já a guarda alternada, apesar de não haver previsão expressa no Ordenamento Jurídico Brasileiro, é um modelo que confere aos genitores a responsabilização conjunta, só que cada um dos pais a exercerá de forma exclusiva no período em que o menor estiver sob sua posse, pois como o próprio nome sugere, o menor não terá uma residência fixa, ou seja, morará um período com cada genitor de forma alternada. Para Maria Berenice Dias a guarda alternada é “[...] uma modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal.” (DIAS, 2016, p. 860)

A guarda alternada é bastante criticada, pois expõe o menor, constantemente, a mudanças de hábitos, significando quebra de rotina que na criança pode causar desconforto emocional, já que a vontade do infante não é levada em consideração, por este motivo que Waldyr Grisard Filho (2016) afirma que essa espécie de guarda confronta o princípio da continuidade, portanto, viola o melhor interesse do menor, posto que gera uma instabilidade no desenvolvimento da criança e do adolescente. Salienta-se ainda que, este tipo de guarda pode também, de forma mais fácil, caso haja conflito entre os genitores, promover a alienação parental, visto que o menor terá que se adequar ao estilo de vida de cada genitor várias vezes no mês, visto que com esse modelo o infante passa cada período em um lar.

Por força legislativa, art. 1.584, §2º, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), a aplicação da guarda compartilhada será a regra no ordenamento jurídico brasileiro, exceto se houver manifestação expressa de um dos genitores abdicando do instituto, caso isso ocorra, o magistrado deverá aplicar a guarda unilateral. Ademais, o legislador descreve que a guarda compartilhada traduz a divisão das obrigações que os pais terão com os filhos em razão do poder familiar, de acordo com o art. 1.583, § 1º¹⁰.

Ocorre que, mesmo após 10 anos da inserção da guarda compartilhada no direito brasileiro e diversas jurisprudências, artigos, livros que explicam tal instituto, há quem confunda a guarda compartilhada com guarda alternada, isso pelo fato do legislador estabelecer

⁹ “Art. 1.584, § 6º: Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação” (BRASIL, 2014).

¹⁰ “§ 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.” (BRASIL, 2002)

que o tempo de convívio com o menor deverá ser de forma equilibrada, conforme disposto no art. 1.583, § 2º¹¹ e 1.584, § 3º¹², mas nada fala sobre o que vem a ser esse equilíbrio.

Desse modo, Eduardo Leite (2014) compreende que o citado tempo de convívio não se confunde com o direito de visitas, pois, essas só ocorrem na guarda única, onde o guardião detém a posse do menor e o não guardião tem o direito de visita, de acordo com art. 1.589¹³ do CC/22, logo, depreende-se da legislação que a paridade de tempo de convívio com a prole será determinada de acordo com o melhor interesse do menor. É como pensa Eduardo de Oliveira Leite:

Claro está, conforme já afirmáramos em artigo específico sobre o tema, que o escopo da guarda compartilhada não é (nem nunca foi) dividir o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores, mas sim corresponde à aplicação prática do exercício conjunto da autoridade parental – ainda que com espaços temporais diferentes – no caso de fragmentação da família. (LEITE, 2014, p. 5).

Como se pode notar a guarda compartilhada difere das modalidades citadas porque além de prezar pelo melhor interesse do menor, confere a ambos os genitores a responsabilização conjunta e o exercício de direito e deveres, garantindo, de forma eficaz, que os progenitores acompanhem a evolução, bem como influencie na formação e educação da criança e do adolescente, permitindo assim, que o infante conviva com os pais de forma equilibrada, estreitando cada vez mais o elo familiar para que o amor, o cuidado e a segurança possam reinar, concedendo-lhe proteção de forma ampla e livre de restrições, já que a modesta visitação estabelecida pela guarda unilateral não seria capaz de promover.

3 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil de 1916 que vigorou até 2002 previa que caso a sociedade conjugal chegasse ao fim de forma amigável, os cônjuges acordariam sobre a guarda dos filhos, mas se o desquite fosse judicial, os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente. Porém, se os cônjuges fossem culpados pela separação, mutuamente, os filhos menores ficariam sob a guarda

¹¹ “§ 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 [...]” (BRASIL, 2002)

¹² “§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.” (BRASIL, 2002)

¹³ “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.” (BRASIL, 2002)

da mãe (BRASIL, 1916). Waldyr Grisard Filho (2016) acredita que o legislador justificou a preferência materna por entender que a mãe colecionava meios propícios que contribuiriam para o desenvolvimento do menor.

Conforme a sociedade foi evoluindo, modificações legislativas foram necessárias, até mesmo para atender o que estava disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Carta Magna de 1988. Então, é com a chegada do novo Código Civil 2002 (BRASIL, 2002) que o instituto da guarda compartilhada ganha relevância, mas ainda assim tinha pouca aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que em 13 de junho de 2008 nasce a Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) com o objetivo de instituir e disciplinar a guarda compartilhada, alterando, portanto, alguns artigos do Código Civil (BRASIL, 2002), nesse mesmo viés, no ano de 2014, a Lei 13.058 (BRASIL, 2014) modifica determinados dispositivos do referido Código Civil/2002.

3.1 Guarda compartilhada na Lei 11.698/2008

A redação dada ao Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), no que tange a proteção da pessoa dos filhos, não atendia mais aos anseios da parentela contemporânea, razão pela qual foi necessária a criação da Lei 11.698 (BRASIL, 2008) que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do citado código, objetivando instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O texto do art. 1.583, do Código Civil (BRASIL, 2002), possibilitava os cônjuges a acordarem sobre a guarda dos filhos e por falta de previsão legal acerca do compartilhamento da guarda, prevalecia a aplicação da guarda unilateral. Desse modo, a nova redação dada ao referido artigo estabeleceu o conceito de guarda unilateral como sendo aquela conferida, apenas, a um dos pais ou ao seu substituto, enquanto a compartilhada traduz a divisão da responsabilidade, exercício de direitos e deveres entre os genitores.

Além disso, o parágrafo 2º do art. 1.583 da referida lei (BRASIL, 2008), trouxe mecanismos que servissem de parâmetro com objetivo de identificar qual genitor possuía as melhores condições para exercer a guarda unilateral, pois o Código Civil deixada a critério do magistrado a escolha de qual genitor revelava peculiar disposição quando não houvesse acordo entre ambos. Nessa seara, o parágrafo 3º, do citado artigo, mostra-se pautado no princípio da proteção integral do menor, ao passo em que obriga o genitor ou genitora que não detenha a guarda unilateral, supervisionar os interesses dos filhos, revelando que a preocupação está voltada para o infante.

A alteração da escrita do art. 1.584, a Lei 11.698 (BRASIL, 2008) indicou quais os meios e momentos que as guardas poderão ser requeridas, incumbindo ao juiz em explicar aos genitores o significado da guarda compartilhada, sua importância, quais os direitos e deveres dos pais, bem como qual sanção será aplicada pelo descumprimento que for estabelecido em juízo. Todavia, o magistrado poderia decretar qual tipo guarda seria aplicado em determinado caso concreto após a análise das necessidades específicas do infante ou para determinar o tempo de convívio do mesmo com seus genitores.

A redação dada ao parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece que na ausência de acordo entre os pais quanto a guarda da criança ou do adolescente, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Na visão de Conrado Paulino da Rosa (2018), o termo “sempre que possível” foi interpretado de maneira distinta ao que o legislador havia proposto, ou seja, acreditou-se que a guarda compartilhada seria concedida somente nos casos em que não existisse conflito entre os genitores.

O parágrafo 3º do art. 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002) sedimentou a possibilidade de o juiz obter orientações de uma equipe interdisciplinar ou de técnico-profissional, com experiência na área de família, para auxiliá-lo, em cada caso concreto, na decisão quanto as atribuições de cada genitor e o tempo em que conviverá com os pais. Isso ocorre visando a garantia e o respeito ao princípio do melhor interesse do menor, sendo assim, tal auxílio pode ser requisitado pelo magistrado, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público do Estado.

Já o parágrafo 4º do aludido artigo, pauta-se como uma espécie de sanção aplicada aquele genitor detentor de qualquer tipo de guarda, seja ela compartilhada ou unilateral, que descumprir ou alterar, de forma voluntária e infundada, uma cláusula que foi estabelecida em juízo, cabendo, portanto, a redução de prerrogativa e até mesmo a contenção do tempo de convívio com o infante. Segundo Conrado Paulino da Rosa (2018, p. 81), a mencionada medida punitiva, aplicada aos pais, carece da função para a qual foi destinada, tendo em vista que a “punição” afeta mais a criança do que o próprio violador.

Finalmente, o parágrafo 5º do artigo supracitado revelou a possibilidade da guarda ser cedida a um terceiro, que não o pai ou a mãe, mas que em razão do grau de parentesco tenha para com menor empatia e afetividade, visando atingir a finalidade que tal medida se propõe. Assim, dada à importância do assunto, resta claro que a mudança estipulada pela referida lei, veio para assegurar ao menor o direito de ser educado por seus genitores e não por apenas um deles, ou seja, o legislador fez com que, de fato, o poder familiar funcionasse, isso porque a tônica está no melhor interesse do menor.

3.2 Guarda compartilhada na Lei 13.058/2014

No ano de 2014 o Congresso Nacional sancionou a Lei 13.058 (BRASIL, 2014) com o intuito de estabelecer o real significado da expressão guarda compartilhada e dispor sobre sua aplicação, já que havia pouca aplicabilidade da guarda compartilhada de forma preferencial como determinava a lei anterior, além disso, sedimentar a ideia de que ambos os genitores continuarão exercendo o poder familiar. Rafael e Rolf Madaleno apontam o motivo que originou a referida lei:

O tópico guarda compartilhada volta à cena jurídica brasileira com a Lei 13.058, de 22.12.2014, que trouxe um conceito complementar de guarda compartilhada e reformulou a troncada redação da precedente Lei 11.698, de 16.06.2008, que regulamentava o compartilhamento do poder familiar, mas cuja legislação autorizava juízes e tribunais a negarem o exercício compartilhado da custódia, sempre quando julgassem a guarda compartilhada prejudicial às preocupações prevaletentes e inerentes aos filhos. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 93).

Diante do objetivo a que se propusera a citada lei, o parágrafo 2º do art. 1.583 traz em sua alteração como será aplicado o tempo de convívio dos pais com os filhos, quando se tratar de guarda compartilhada, ou seja, este artigo uniformiza que o período de convívio será aplicado de forma que permita aos genitores usufruir da companhia de seus filhos pelo mesmo espaço de tempo, almejando assim, o equilíbrio, mas sempre levando em consideração as condições fáticas e os interesses dos filhos.

O parágrafo 3º, ainda do art. 1.583, veio para garantir ao menor uma base de moradia, bem como para deixar claro qual o real sentido do compartilhamento da guarda frente a sua capacidade de ser aplicada mesmo quando os pais residam em cidades distintas, uma vez que o filho terá direito a um lar fixo, mas as decisões referentes ao infante permanecerão conjuntas. Por esta razão, Conrado Paulino da Rosa (2018) acredita que esbulhar da criança o direito de familiariza-se com seus pais é o mesmo que seguir um caminho oposto ao que preceitua a Constituição Federal de 1988, quando deixa claro que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, 1988).

A nova redação dada ao parágrafo 5º do art. 1.583, acrescentou elementos que possibilitam aquele que não detenha a guarda unilateral fiscalizar os interesses do menor, bem

como os tornou legítimo para obter informações que afetem direta ou indiretamente seu filho. Por esta razão, o parágrafo 6º do art. 1.584, estabelece como sanção uma multa diária ao estabelecimento público ou privado que não prestar informações acerca do menor a qualquer dos genitores.

No parágrafo 2º do art. 1.584 que surge a polêmica, pois o legislador fixa que, em razão da ausência de acordo entre os cônjuges, quanto a definição da guarda, a guarda compartilhada será aplicada de forma compulsória, exceto se um dos pais declarar ao magistrado que não possui interesse em participar da custódia do menor. A respeito disso, Eduardo de Oliveira Leite (2015) discorda da compulsoriedade da guarda compartilhada, pois, na visão dele de nada adianta impor a guarda compartilhada a todas as separações sem analisar as peculiaridades fáticas de cada família, mesmo que a disciplina da lei seja a imposição do compartilhamento quando não houver consenso entre os genitores, já que essa imperiosidade pode gerar “solução gritantemente injusta”. Desse modo, o referido autor, acredita que a evolução do instituto da guarda compartilhada, por meio da elaboração da lei 13.058/14, foi ludibriada pelos ideais familistas, já que, na prática, pouco se aplica tal lei na integralidade.

Na ocasião do parágrafo 3º do art. 1.584, o legislador disciplina mecanismos que o magistrado poderá utilizar para assim estabelecer as atribuições de cada genitor, bem como definir, de forma equilibrada, a divisão do tempo de convívio do menor com cada genitor com base em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, ou seja, este parágrafo apenas acrescentou de forma enfática que o magistrado deverá balancear o período que a criança permanecerá com cada genitor.

Acerca da questão punitiva trazida pela lei anterior, o parágrafo 4º do art. 1.584 suprimiu apenas a parte da redução de horas que o genitor infrator teria caso descumprisse regras estabelecidas pelo magistrado, sendo assim, permanece o entendimento de que o descumprimento imotivado de cláusula da guarda unilateral ou compartilhada poderá haver redução de prerrogativas. Enquanto isso, o parágrafo 6º traz a obrigatoriedade, sob pena de multa, dos estabelecimentos públicos ou privados fornecerem informações acerca do menor a qualquer um dos genitores, independentemente se é o detentor da guarda.

Por fim, surge a indagação: Na prática, daria certo a aplicação da guarda conjunta nos termos estabelecidos pela citada Lei? Ana Carolina Silveira Akel (2008), acredita ser, na prática, uma situação difícil, mesmo que a tônica seja garantir o melhor interesse do menor, pois vislumbra que o sucesso da concessão de tal guarda está condicionado ao acordo e a compreensão quanto benéfica será para todos, principalmente para o menor. Logo, nota-se que

o intuito do legislador em estabelecer a guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais, foi apenas garantir ao menor o direito em participar do convívio com ambos os pais, pautando-se sempre, no princípio da proteção integral.

4 FIXAÇÃO COMPULSÓRIA DA GUARDA COMPARTILHADA

O entendimento é pacífico para Tribunal Superior de Justiça no sentido de que o compartilhamento da guarda é de responsabilidade solidária de ambos os pais, portanto, independentemente do local que será fixado como lar do menor e por força do instituto do poder familiar, o outro genitor será dotado de direitos e deveres para que também possa contribuir com a doutrina do melhor interesse do infante. A compulsoriedade da guarda surge como um meio para proporcionar ao menor o convívio de forma igualitária com os pais, objetivando romper paradigmas do modelo padrão de guarda almejando auferir a evolução social na qual o bem-estar da criança é a prioridade.

Sendo assim, quando houver ausência de acordo entre os genitores para disciplinar a guarda do menor, o magistrado, após diversas análises de cada caso concreto, conforme determinado pelo Código Civil Brasileiro, aplicará a guarda na modalidade compartilhada, como meio de inibir aquele genitor que de forma proposital provoca divergência para obter vantagens e permanecer com a guarda de forma unilateral, então, elucubrando evitar tais práticas, atuou o legislador descaracterizando o litígio como a principal razão para obstar a concessão da guarda conjunta.

4.1 Efeitos da fixação compulsória da guarda compartilhada

O modelo de guarda conjunta proposto pelo legislador traduz um avanço para as famílias contemporâneas, na medida em que visa proporcionar ao menor o mesmo estilo de vida se os pais fossem casados, ou seja, permitem que a criança e/ou adolescente possa sempre desfrutar do convívio com ambos os pais, mesmo que o relacionamento tenha perecido, isso porque a subsistência do poder familiar não está condicionada ao tipo de união escolhida pelos genitores. Nessa seara, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2018), entende que o poder familiar nada tem a ver com situação conjugal dos genitores, pois sua existência está vinculada ao nascimento dos filhos e em decorrência disso os pais estão impedidos de renunciar, transferir ou alienar tal poder.

Muitas vezes o divórcio ou a dissolução conjugal geram desgastes e frustrações antes mesmo de se concretizar atingindo a criança de diversas maneiras, ainda mais quando o menor já consegue ter uma noção que aquele ascendente não fará parte do mesmo lar, mas não possui discernimento para compreender o motivo da separação, razão pela qual atribui a culpa ao genitor guardião ou até mesmo acredita que sua existência foi a causa daquela ruptura. É como apontam Rafael e Rolf Madaleno:

É importante que os arranjos pós-divórcio sejam feitos para manter a continuidade das relações de forma semelhante ao que ocorria antes da separação, sem prejudicar a necessidade psicológica e neurológica da criança por uma experiência contínua, confiável e de prestação de cuidados por uma figura de apego primário. Longos períodos longe do genitor primário representam um fator que pode corroer a segurança do processo de apego à figura primária. Crianças em idade pré-escolar (3 a 4 anos) não conseguem compreender precisamente as razões do divórcio, os sentimentos dos seus pais e o seu papel nesta situação, e muitas vezes acabam se sentindo culpadas pelo ocorrido. Podem apresentar medo de serem abandonados pelos pais e ainda nutrir fortes pensamentos fantasiosos de reconciliação, mas nas situações ideais, em que os pais mantêm um bom relacionamento baseado na comunicação e cooperação, com padrões de cuidados claros, as crianças nesta faixa etária podem se adaptar bem a algumas noites consecutivas longe do cuidador primário [...]. (MADALENO; MADALENO, 2018).

Referente a alienação parental, esta é disciplinada pela Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010), de modo que define alienação parental em seu art. 2º¹⁴ e no parágrafo único traz um rol exemplificativo de tipos de condutas que caracterizam a produção de alienação parental. Rafael e Rolf Madaleno acreditam que a síndrome da alienação parental (SAP) tem seu introito quando cessa o vínculo matrimonial ou amoroso e os genitores começam a batalha pela guarda do menor.

A alienação parental sempre existiu no comportamento das pessoas, embora atuasse no anonimato antes de ser identificada e denunciada por Richard Gardner, dizia-se que as crianças eram *torpedeadas* no sentido de não aceitarem o novo parceiro da mãe ou a nova mulher do pai, sobressaindo o ódio pela ruptura conjugal e pelo abandono, agravado pelo fato de precisar assistir o ex-parceiro refazer sua vida com outra pessoa [...]. (MADALENO; MADALENO, 2018).

Posto isto, observa-se que o alienador é caracterizado por aquele membro familiar que tenta fazer a criança ou adolescente acreditar em falácias a respeito do outro, desse modo, o menor é utilizado para gerar a alienação parental. Logo, por ser uma prática que pode passar, no primeiro momento, despercebida, o legislador traz no art. 2º, parágrafo único, Lei 12.318/2010, um rol exemplificativo de práticas que podem causar alienação. Rafael e Rolf Madaleno traduzem a alienação parental como:

¹⁴ Art. 2º: Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.” (BRASIL, 2010).

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação. (MADALENO; MADALENO, 2017).

Diante disso, verifica-se que a lesão maior afetará a figura que necessita de proteção integral, o ser mais vulnerável, ou seja, a criança ou adolescente e tal dano pode perpetuar por sua vida.

A Lei 12.318/2010 estabelece que a prática da alienação parental fere direito fundamental do menor de conviver de maneira saudável com o familiar. Diante da leitura integral do art. 3º da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2018),¹⁵ vislumbra-se que a alienação parental viola também princípio supremo no Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, consolidado no art. 1º, I da Carta Maior, similarmente ao art. 227 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), fazendo mau uso do exercício do poder familiar, expondo a criança ou adolescente à situações e tratamentos egoístas, cujo principal objetivo é magoar o outro ente familiar por não se conformar com o fim da vida conjugal.

Visando reduzir a prática da alienação parental, o legislador acreditou que com o advento da Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014) para estabelecer a guarda compartilhada como regra, seria o meio coerente para diminuir a alienação parental, já que ambos os pais terão amplo acesso a criança, dividindo direitos e deveres, de modo que não haverá necessidade de querer a criança apenas para si. Isso porque a guarda compartilhada possui o condão de estimular a união, cada vez mais, entre os filhos com seus genitores após a separação conjugal, já que concede ao menor, liberdade plena para conviver também com aquele ente que não estará presente apenas na mesma casa, mas sim na vida. Desse modo, o compartilhamento da guarda ocorre mesmo que haja dissenso entre os pais, isso significa que ambos os genitores decidirão em conjunto sobre tudo que envolver a criança ou o adolescente.

Waldyr Grisard Filho (2016) entende que a falta de consenso entre os genitores influencia negativamente para concessão da guarda compartilhada, pois contradiz o que é pactuado pelo princípio do melhor interesse do menor. Em razão disso, obrigar a criança a

¹⁵ “Art. 3º: A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.” (BRASIL, 1988)

permanecer no fogo cruzado estabelecido por seus pais que estão em total desarmonia é o mesmo que submeter um inocente à sentença desarrazoada, desse modo, a guarda compartilhada perde sua legítima essência:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. (GRISARD FILHO, 2016)

A harmonia entre os pais demonstra ser uma peça necessária ao bom funcionamento do compartilhamento da guarda, embora uma parte da doutrina, como Corando Paulino da Rosa (2018), afirma que a imposição da guarda compartilhada, visa romper, na sociedade, a ideia de que a figura feminina é quem detém a capacidade e o conhecimento para dispensar melhor cuidado aos filhos, além disso, acredita que tal coerção alcançará o que tanto o legislador almeja, ou seja, estabelecer a proteção total ao menor e ultrapassar paradigmas sociais.

Outros doutrinadores pensam diferente como por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves (2017) que acredita que o modelo de guarda na forma compartilhada não deve ser imposto de forma genérica como instrumento para sanar qualquer desavença entre os pais e Marlise Scretas pensa da mesma maneira quando diz que “De qualquer modo, jamais a guarda compartilhada pode ser impingida às partes como uma medida coativa, pois ela não é uma pena acessória para um casal turbulento, mas é uma medida jurídica plausível que possibilita a reflexão”. (SCRETAS, 2017).

Resta claro o quanto a harmonia entre os genitores é fundamental para que a guarda compartilhada seja efetivada da maneira que o legislador propõe, garantido o melhor interesse do menor, promovendo assim seu bem-estar, assegurando o cumprimento dos seus direitos, como vida digna, educação social e moral de forma saudável, entre outros, ou seja, salvaguardando sua proteção integral, conforme art. 4^o¹⁶ do Estatuto da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

¹⁶ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” (BRASIL, 1990)

5 DECISÃO PARADIGMÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA

Objetivando compreender como funciona a aplicação do instituto da guarda compartilhada na prática e dirimir eventuais dúvidas foi realizada uma pesquisa no Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que suas decisões atuam como paradigma e serão aplicadas para resolver situações similares. Insta salientar que o estudo do recurso escolhido é de extrema relevância, pois além de tratar sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada, aborda a hipótese de sua aplicação quando houver cumprimento de medida protetiva.

Foi objeto de análise o Recurso Especial nº 1.629.994 - RJ (2015/0223784-0)¹⁷ que teve como Relatora a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrigli (BRASIL, 2016). Este recurso foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reformou sentença primeva conferindo o instituto da guarda compartilhada ao pai, tendo em vista que o genitor primeiramente solicitou a guarda unilateral, alegando que a mãe pratica alienação parental e, caso o magistrado assim não entendesse, que de forma sucessiva aplicasse a guarda compartilhada. Vale observar que o recorrente praticou contra sua ex-cônjuge o crime de lesão corporal, motivo pelo qual foi determinado o cumprimento de medidas protetivas cautelares para que se afastasse do lar, não se aproximando da vítima fisicamente e nem por qualquer outro meio de comunicação.

O juiz de primeiro grau para fundamentar sua decisão narra que após a verificação dos laudos social e psicológico percebeu que não estavam presentes os requisitos que configuram a alienação parental, razão pela qual não justifica a concessão da guarda unilateral, sendo assim, deu provimento ao pedido de guarda compartilhada, condicionada à observação das medidas protetivas que beneficiam a mãe, pois observou que ambos genitores desejavam ter maior participação na vida da criança e que estavam aptos para tal exercício, então enfatizou que a falta de consenso não impede a existência da guarda compartilhada, logo observa-se que o

¹⁷ “**EMENTA:** CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. NÃO DECRETAÇÃO. POSSIBILIDADES.

I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).

II. Controvérsia: dizer em que hipóteses a guarda compartilhada poderá deixar de ser implementada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, *salvo se um dos genitores* [ascendentes] *declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor* (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

IV. A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada, quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do Poder Familiar.

IV. Recurso conhecido e provido.” (BRASIL, 2016).

cumprimento de medida protetiva não foi empecilho para que o juiz de primeira instância aplicasse a guarda compartilhada.

Inconformada com a sentença, a mãe das menores, apela. Nesse momento o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reforma a decisão inicial substituindo a guarda compartilhada pela guarda unilateral em favor da mãe, sustentando sua decisão que apesar da guarda compartilhada ser o instituto indicado para efetivação do poder familiar, mas por haver histórico de violência doméstica e para preservar o interesse do menor, julgou que a mãe possuía as melhores condições para atender as necessidades das crianças.

Motivo pelo qual o pai recorre da decisão de segunda instância e aponta nas razões do recurso que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro descumpriu o art. 1.584, § 2º, do CC/02, já que não há impedimentos formais para frear a outorga da responsabilização conjunta, confirmando sua aptidão para exercer o poder familiar, pois nunca agrediu suas filhas.

De acordo com o caso em tela, a Ministra Relatora confere eficácia ao artigo em comento, reproduzindo que a guarda compartilhada será regra no Ordenamento Jurídico Brasileiro, portanto quando houver dissenso entre os pais, a guarda compartilhada será aplicada coativamente, exceto se um dos genitores recusar expressamente o exercício da guarda ou por algum motivo estiver impedido de exercer o poder familiar, que deste modo, será aplicada a guarda unilateral. Foi como Dra. Nancy Andringhi apontou em outro julgado de sua relatoria:

[...] 41. No entanto, o texto legal vincula, em interpretação *contrario sensu* do art. 1.584, § 2º, do CC, o afastamento dessa presunção apenas à hipótese de inaptidão para o exercício da guarda, por parte de um dos ascendentes, pleito que deverá ser pedido e provado previamente, ou mesmo incidentalmente, no curso da ação que pede a implantação da guarda compartilhada.

42. Fora desses estreitos lindes, impõe-se que prevaleça, tanto pela força impositiva do texto legal, quanto pelos evidentes benefícios para a crescente prole de ex-casais, a obrigação da guarda compartilhada. [...] (RIO DE JANEIRO apud BRASIL, 2016, p. 7).

A respeito da inaptidão que se refere o art. 1.584, § 2º, Dra. Nancy Andringhi julga tão importante quanto a coação da guarda compartilhada, todavia, conclui que a citada inaptidão está diretamente ligada a suspensão ou perda do poder familiar e para que ocorra tal suspensão ou perda é necessário que haja decisão judicial para confirmar a descontinuação ou a extinção do poder familiar. Diante disso, toda vez que fundamentar a não concessão da guarda compartilhada em razão da suspensão ou perda do poder familiar é indispensável a existência de ação incidental para solidificar que de fato o poder familiar sucumbiu, e justifique a impossibilidade de conferir a guarda conjunta aos genitores.

Portanto, não resta dúvida que a jurisprudência pátria comunga das mesmas ideias do Código Civil, ou seja, a falta de concordância sobre o destino da criança não obsta a concessão da guarda compartilhada. Sendo assim, fica comprovado que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro violou o dispositivo legal consagrado no art. 1.584, §2º do Código Civil Brasileiro, pois inobservou que o legislador havia firmado que responsabilização conjunta garante o melhor interesse do menor. Por esta razão que a Ministra deu provimento ao Recurso Especial para invalidar o acórdão e resgatar a sentença de primeiro grau.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva pede vista dos autos em razão da peculiaridade da ação que versa sobre a possibilidade de conceder guarda compartilhada, quando há cumprimento de medidas protetivas imposta pela Vara de Violência Doméstica a favor de um dos genitores. Sendo assim, após a análise dos autos, Dr. Ricardo Cueva acompanha a conclusão do voto da Relatora, ou seja, que diante do caso em tela deverá ser aplicada guarda compartilhada, mas discorda da fundamentação que foi utilizada.

Para o Ministro, apesar da norma legal estabelecer que na ausência de diálogo entre os genitores a guarda compartilhada deverá ser aplicada coativamente, acredita que não se pode seguir a norma na sua literalidade quando tal coação violar direitos fundamentais do menor, inclusive não respeitar seus melhores interesses, é como pensa:

[...] a despeito de entender que a guarda compartilhada deva ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo, não penso que seja imposta quando sua adoção seja passível de gerar efeitos ainda mais negativos ao já instalado conflito, potencializando-o e colocando em risco o interesse da criança. (BRASIL, 2016, p. 19).

Por estes motivos entende que, a inexistência de interesse de um dos cônjuges, e a incapacidade de um dos genitores não são os únicos meios aptos para obstar a concessão da guarda compartilhada, conforme exposto pela Ministra, pois, se da análise de cada caso concreto verificar que inexistente prudência e sensatez entre os pais, não justifica forçar o menor a fazer parte desse conflito, visto que, a criança ou adolescente será utilizado como meio para que o outro genitor seja magoado, desse modo existe a possibilidade de se aplicar a guarda de forma unilateral.

Sobre a outorga da guarda compartilhada quando houver casos de violência doméstica, como a lei nada fala, o Ministro Cueva cria precedentes ao firmar que quando alguns dos ex-cônjuges estiver amparado por medida protetiva e esta não for extensiva aos filhos não configura ameaça e não deve interferir na relação parental. Segue o pensamento de Dr. Cueva:

Tanto que a medida protetiva fixada com base na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), imposta judicialmente, não abrangeu as crianças, visto inexistir risco potencial ou efetivo. Saliente-se, por sua vez, que se deve evitar que a mencionada lei sirva como instrumento de retaliação a um dos pais por meio dos filhos. (BRASIL, 2016, p. 24).

Logo, impedir a efetivação da guarda compartilhada, no caso em tela, seria fazer vistas grossas ao relacionamento saudável que o pai cultivava com as filhas, apesar do litígio com a ex-esposa, além disso, o citado instituto preza pelo bem-estar do menor, que é a parte mais vulnerável do ambiente familiar, independentemente da relação nutrida pelos ascendente, sendo assim, quando os interesses do infante for garantido, respeitado, houver proteção total dos seus direitos, o litígio entre os pais não deve interferir na responsabilização conjunta.

Tal precedente judicial teve grande relevância no meio jurídico brasileiro, inclusive repercutiu negativamente, tendo em vista que as decisões proferidas por Tribunais Superiores servem como parâmetro para o juiz primevo decidir, então, por se tratar de um assunto delicado acredita-se que a violência contra mulher não pode ser comparada igualada a um mero desentendimento entre os pais.

Por fim, o Ministro Ricardo Cueva dá provimento ao recurso especial acompanhando o voto da relatora, no sentido de conceder a guarda compartilhada, porque pressupõe que o convívio da criança ou do adolescente com a parentela contribui para o desenvolvimento da harmonia naquele ambiente, inicialmente hostil, pois após os ajustes necessário e com a sistematização do cotidiano a guarda garantirá paz para toda a família, além de proteger o menor na sua integralidade.

6 CONCLUSÃO

As alterações feitas no Código Civil Brasileiro por meio da Lei 13.058/2014 fez surgir a inquietação em analisar criticamente a guarda compartilhada a partir do momento em que esta é concedida a pais em situação de conflito, posto que, a citada legislação tornou o compartilhamento obrigatório quando os genitores não acordarem sobre a guarda dos filhos. Trazer para o centro das discussões a guarda compartilhada nos termos dispostos, visa demonstrar sua importância para ordenamento jurídico brasileiro e esclarecer pontos controvertidos.

O presente estudo busca investigar se a imposição da guarda conjunta aos pais que estão em litígio afronta ao princípio do melhor interesse do menor e foi constatado que apesar do

legislador fundamentar a existência da responsabilização conjunta no melhor interesse da criança, não se deve aplicar o citado modelo de guarda simplesmente porque não houve acordo entre os genitores, conforme determina a legislação, tendo em vista que é de fundamental importância que haja uma análise minuciosa de cada caso concreto, pois a desarmonia em grau elevado entre os ascendentes certamente suplantará o melhor interesse do menor.

Ao analisar os efeitos da fixação compulsória da guarda compartilhada, consigna-se que quando a guarda compartilhada é concedida aos pais que estão vivendo um clima hostil, muitas vezes inconformados com o desfazimento da família, utilizam a criança ou o adolescente como instrumento para deprimir a outra parte (pai ou mãe). Este tipo de atitude é caracterizado como alienação parental, logo demonstra que compulsar a guarda compartilha aos pais que estão em desarmonia trazem efeitos, muitas vezes, devastadores para o infante. Dessa maneira o melhor interesse do menor é desprezado, o que faz concluir que apesar da responsabilização conjunta ter o condão, segundo o legislador, de reduzir tal prática, pois ambos genitores terão acesso ilimitado ao infante, acredita-se que o efeito poderá ser contrário caso a guarda compartilhada seja imposta sem observar e ponderar a gravidade do conflito vivido entre os ascendentes.

Em decorrência da análise anterior, verificou-se também que a concórdia entre os genitores é peça fundamental para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes por meio da guarda conjunta. Em vista disso, se o citado modelo for aplicado aos pais que conseguem dialogar sobre o destino dos seus filhos se cumprirá o que foi idealizado pelo legislador na lei 13.058/14 (BRASIL, 2014), portanto, o melhor interesse do menor será o cerne da questão.

A fim de ratificar se o entendimento exposto sobre se a concessão coativa da guarda compartilha a pais em situação de conflito estava correto, analisou-se uma decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça em que, em fundamentação controvertida, aplica a guarda compartilhada indistintamente do tipo ou grau do desacordo que aqueles pais se encontram, contudo, também há o entendimento firmado no referido julgado, no sentido de que será necessário uma análise acurada de cada caso concreto para estudar a viabilidade da aplicação guarda compartilhada a determinado tipo de desavença, sem que ofenda o melhor interesse do menor.

A pesquisa se propôs a responder de que forma os aspectos legais da guarda compartilhada, quando concedida a pais em situação de conflito, priorizam a convivência do menor com os genitores em detrimento do melhor interesse da criança. Ao percorrer as legislações, doutrinas e jurisprudências inferiu-se que a aplicação da Lei 13.058/2014 na sua literalidade, permitiu a concessão da guarda compartilhada a qualquer família sem antes apurar

o grau de hostilidade existente na relação conjugal, demonstrando que a prioridade é o convívio da criança ou adolescente com seus pais e, pouco valorizando o princípio constitucional do melhor interesse da criança. Sendo assim, conclui-se que a guarda compartilhada poderá ser concedida a pais que estão em contenda, desde que seja feito uma análise prévia de cada caso concreto, a fim de verificar se tal concessão será proveitosa para o infante, efetivando a primazia do melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

AGREDIR a mulher sem ameaçar filhos não tira direito à guarda compartilhada. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-24/agredir-mulher-nao-tira-direito-guarda-compartilhada-filhos>>. Acesso em: 09 nov. 2018

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BOURDIEU, P.; CHAMBOREDON, J.; PASSERON, J. **A profissão de sociólogo**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 9-39.

BRASIL. **Constituição Brasileira** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.591.161 - se (2015/0048966-7).** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. fev. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547573&num_registro=201502237840&data=20161215&formato=PDF>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.629.994 - RJ (2015/0223784-0).** Relator: Ministra Nancy Andrighi. dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547573&num_registro=201502237840&data=20161215&formato=PDF>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CHERULLI, Jaqueline. Da dupla residência na lei brasileira da guarda compartilhada. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 115-123, abr/jun. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102669>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!** [s.d.]. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_603\)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_603)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547573&num_registro=201502237840&data=20161215&formato=PDF>. Acesso em: 09 nov. 2018

LEITE, Eduardo De Oliveira. Comentários à lei 13.058, de 22.12.2014 - dita, nova lei da guarda compartilhada. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 77-94, mar./abr. 2015. <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/93584>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. 3. ed. eletrônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAYO, M. C. de S. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. 13. ed. São Paulo: Hucitec, 2013. p. 81-142 / 303-318.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, E. E; ALVARENGA, M. A. F. P. Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 320-339, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCRETA, Marlise B. A Guarda Compartilhada no âmbito do litígio. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**. 3. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Cap. 14.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.