



Centro Universitário – UniCeub
Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS)

RAISSA CAROLINA MOREIRA DE PAIVA

**A INEFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA IMPOSTA
JUDICIALMENTE, NA AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS PAIS**

Brasília

2017

RAISSA CAROLINA MOREIRA DE PAIVA

**A INEFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA IMPOSTA
JUDICIALMENTE, NA AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS PAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), pelo Centro Universitário de Brasília, UniCeub.

Orientador: Professor Mestre Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília

2017

RAISSA CAROLINA MOREIRA DE PAIVA

**A INEFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA IMPOSTA
JUDICIALMENTE, NA AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS PAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), pelo Centro Universitário de Brasília, UniCeub.

Orientador: Professor Mestre Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, de de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro

Examinador

Examinador

Brasília

2017

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, que é a minha força maior e meu abrigo, por Ele está sempre presente na difícil caminhada da vida em busca dos sonhos.

Ao meu competente orientador Júlio Ribeiro que conduziu sabiamente esse trabalho, por todos os conselhos e pelo grande apoio em cada passo dado.

Agradeço a minha doce mãe Vania Paiva, por tanto amor, dedicação e abdicção da própria vida para fazer com que a minha seja sempre leve e feliz. Ao meu amável pai Lincoln Moreira, por sempre acreditar em mim, por ser a minha base e por ser a certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Aos meus queridos irmãos Marcelo, Caio, Raí, Davi e Lincoln Junior por serem meus maiores exemplos e por serem meus motivos de orgulho e inspiração.

Ao meu amor Marcelo Monteiro, por todo carinho, paciência e apoio que são fundamentais em todos os meus dias.

RESUMO

O trabalho abordou o estudo sobre o instituto da guarda compartilhada no Brasil. Buscou-se verificar se a imposição de tal guarda no âmbito de um processo judicial teria condições de violar o princípio do superior interesse da criança, princípio este regulamentado pela Constituição Federal, através da doutrina da Proteção Integral, pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Os infantes por serem sujeitos de direito e por estarem em desenvolvimento, devem ser tratados com prioridade absoluta a fim de garantir seus direitos fundamentais. Com base na pesquisa e no método dedutivo, esse trabalho objetivou defender a aplicação da guarda compartilhada apenas quando advém de prévio acordo dos genitores, analisando os limites em termos doutrinários e jurisprudenciais. Ademais, observou-se as grandes vantagens advindas com a escolha da referida espécie de guarda, uma vez que em termos de proteção integral, a guarda compartilhada é a que melhor atende aos menores e aos interesses do pais quando feita sua correta aplicação.

Palavras-chave: Direito Civil. Família. Guarda Compartilhada Consensual. Melhor Interesse da Criança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A DOCTRINA DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO E A GUARDA COMPARTILHADA	9
1.1 Direito de Família Contemporâneo	9
1.2. Guarda: generalidades	14
1.3. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança	20
2. GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	25
2.1. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança na Constituição Federal de 1988.....	25
2.2. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança no Código Civil de 2002	31
2.3. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança no Estatuto da Criança e do Adolescente	36
3. TUTELA JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA	42
3.1. Jurisprudência Favorável à Não Imposição da Guarda Compartilhada	42
<i>3.1.1. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL 1.417.868/MG, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma. Data da publicação: 10 de junho de 2015.</i>	42
3.2. Jurisprudência Desfavorável à Não Imposição da Guarda Compartilha	46
<i>3.2.1. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL 1.428.596/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Data da publicação: 25 de junho de 2014</i>	46
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada visa à convivência física e imediata dos filhos com os genitores, mesmo quando cessada a convivência de ambos para que ocorra de forma efetiva a corresponsabilidade dos pais, protegendo assim, a permanência de vínculos mais estritos, bem como a ampla participação na formação e educação dos filhos. A proposta é manter os laços e minorar os efeitos da separação dos pais para os filhos e conferir aos pais direitos iguais para o exercício da função parental.

Atualmente, as relações familiares são desconstituídas com a mesma velocidade em que são constituídas. E diante desse impasse, os filhos ficam sujeitos aos efeitos de eventuais conflitos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal, pois os pais ainda tem dificuldade em isolar os filhos dos conflitos matrimoniais e preservá-los de qualquer desacordo, fator este que prejudica a aplicação da guarda compartilhada.

Dessa forma, acaba que o interesse do menor não sobressai e o mesmo acaba ficando no meio de um conflito que pode lhe causar traumas, transtornos, excesso de ansiedade e alteração psicológica. Assim, no âmbito social é importante o estudo da guarda compartilhada, uma vez que a sociedade muitas vezes não tem conhecimento da importância de manter um ambiente saudável e de pouco ou nenhum conflito para seu filho, bem como apresentar aos genitores o instituto, que em algumas vezes é desconhecido por eles.

Além disso, há uma importância para a sociedade refletir no sentido de que diante de uma demanda em que ambos os genitores demonstram condição de propiciar o bem-estar geral para a criança, é mais saudável para ela que seus pais entrem em um acordo para determinar a guarda conjunta, mesmo que necessitem passar por acompanhamentos psicológicos ou psiquiátricos, pois o que deve prevalecer aqui é o superior interesse do menor.

Como o instituto está sendo muito discutido pelos Tribunais, doutrinas e jurisprudências, o presente estudo será bastante válido no âmbito jurídico, uma vez que traz mais um posicionamento acerca do tema. Mesmo com os fortes posicionamentos de que prevalecerá o instituto da guarda compartilhada, há quem não veja na guarda compartilhada uma solução eficaz quando se está diante de pais que não souberam resolver seus conflitos matrimoniais e acabam passando para o filho o transtorno de uma vida a dois, bem como um conceito de família desestruturada, a qual os pais querem mostrar que é melhor que o outro, sendo que na realidade não é essa a principal intenção da formação de um filho.

A problemática está voltada para a possibilidade, na interpretação do Direito, da não aplicação da guarda compartilhada em caso de relação conflituosa dos pais.

A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto conforme argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos nos capítulos da monografia.

No primeiro capítulo pretende-se demonstrar as modificações ocorridas no Direito de Família visto que as relações familiares sofreram modificações em sua forma de estruturação no direito contemporâneo, sendo necessário ressaltar que o Direito de Família deve se adequar aos novos modelos familiares.

Além disso, serão apresentados os institutos de guarda vigente no Brasil com enfoque na guarda compartilhada e no princípio do superior interesse do menor, que veio como um avanço social às necessidades dos indivíduos até então excluídos da proteção jurídica.

O segundo capítulo dará maior enfoque ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente, à luz do ordenamento jurídico. O princípio é a verdadeira primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à criança e ao adolescente e consiste em proteger o menor colocando-o em condição especial de desenvolvimento, digno de receber proteção integral, tendo seu melhor interesse sempre garantido.

Buscar-se-á verificar se a imposição judicial gera efeitos positivos ou negativos para a criança e se seria mais efetivo que a guarda compartilhada surgisse de um consenso entre os pais, a fim de resguardar os interesses do menor.

O terceiro capítulo demonstrará argumentos jurisprudências favoráveis e desfavoráveis à imposição da guarda compartilhada quando não há consenso dos pais, o que demonstra que apesar do tema ainda ser controverso no Poder Judiciário, não deixa de ser tutelado.

O marco teórico será realizado com base na doutrina do Direito Civil brasileiro, na legislação e na jurisprudência favorável ao instituto, o que demonstra a validade da hipótese do problema proposto.

Em termos metodológicos, este estudo terá como base o método dedutivo de análise com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

1. A DOUTRINA DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO E A GUARDA COMPARTILHADA

Neste capítulo pretende-se demonstrar as modificações ocorridas no Direito de Família visto que as relações familiares sofreram modificações em sua forma de estruturação no direito contemporâneo, sendo necessário ressaltar que o Direito de Família deve se adequar aos novos modelos familiares.

Além disso, serão apresentados os institutos de guarda vigente no Brasil com enfoque na guarda compartilhada e no princípio do superior interesse do menor, que veio como um avanço social às necessidades dos indivíduos até então excluídos da proteção jurídica.

1.1 Direito de Família Contemporâneo

A base do direito de família é a própria família e existem várias teorias que procuram explicar a origem dela, entretanto, é um empreendimento muito difícil em termos de certeza¹.

Como bem cita o autor Álvaro Azevedo Villaça, alguns entendem que a base da família veio do sistema poligâmico, em que um indivíduo possuiu muitos cônjuges ao mesmo tempo, sendo piliginia o homem com várias mulheres e a poliandria, a mulher com vários homens, mas percebeu-se que estes casos eram esparsos e citados isoladamente como reais, então não podendo afirmar que essa é a base para a evolução da família. Já outros entendem que a família se constituiu na base monogâmica, formada pelo par homem e mulher. O autor cita ainda que houve teoria que nega a própria existência da família nos primeiros tempos, pregando que a realidade inicial entre os seres humanos era uma mistura confusa e desordenada e fugia de qualquer indagação de sua própria natureza, nada tendo revelado nesse sentido.²

Além disso, Álvaro Villaça compartilha em sua obra o entendimento do autor Pietro Cogliolo que afirma que:

“as mais antigas tradições de nossa raça ariana, as narrações bíblicas e de Homero, as mais remotas lembranças históricas tinham firmado, entre nós, comum e inconcussa opinião de que a família primitiva surgiu organizada

¹AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3

²AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-4

em patriarcado, isto é, num sistema de mulheres, filhos e servos, sujeitos todos ao ilimitado poder do pai.”³

Dessa forma percebe-se que as mais antigas sociedades se inspiram no respeito e no medo pelo homem sadio e mais forte, aquele que se apodera da mulher com exclusão dos outros.⁴

Embora a questão do surgimento da família seja palco de grandes discussões entre os sociológicos, juristas e estudiosos, a ideia mais clara parece ser a de que o homem mais forte, na sociedade primitiva, apoderando-se de suas mulheres e prole, formou o primeiro grupo familiar, tendo poderes ilimitados sobre os membros da família e após esse ponto inicial e com o crescente reconhecimento do direito da mulher, surgiram outros tipos de família.⁵

No Direito Romano a família era organizada sob o princípio da autoridade, pois existia a figura do *pater familia* que exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte. Assim, o *pater* podia vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher tinha um papel de total subordinação ao marido e podia ser renegada por ato unilateral dele. O ascendente comum vivo mais velho, era ao mesmo tempo chefe político, sacerdote e juiz, além disso, comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça, além de administrar o patrimônio familiar.⁶

Com o passar dos tempos, a severidade das regras foi diminuindo, os filhos passaram a ter seu próprio patrimônio e foi instaurado na família a importância da concepção cristã que predominava a preocupação com a ordem moral. Assim, a família romana foi evoluindo no sentido de restringir a autoridade do *pater*, dando maior autonomia à mulher e aos filhos.⁷

No que diz respeito ao casamento, os romanos entendiam pela necessidade do afeto, não só em sua celebração, mas enquanto perdurasse. O desaparecimento da afeição era motivo de dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas se opuseram a dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo o homem dissolver a união realizada por Deus.⁸

³COGLIOTO, 1888 apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p.3

⁴AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-4

⁵AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4

⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 31

⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 31

⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 31

A família brasileira sofreu grande influência da família romana, canônica e germânica e só recentemente devido as grandes transformações históricas, culturais e sociais passou a seguir rumos próprios para melhor adaptação à nossa realidade desconstituindo o caráter dogmático intocável.⁹

O vínculo afetivo não surgiu com a espécie humana, ele é decorrente do instinto de perpetuação da espécie e pela aversão que todas as espécies têm em relação à solidão. É normal ligar a ideia de felicidade a uma vida a dois, é como se o sujeito sozinho não tivesse acesso a esse sentimento. A posição que o indivíduo ocupa na família ou que uma espécie ocupa em seu agrupamento familiar pouco importa, o que importa é o sentimento que integra aquele local e traz esperança, valores e a segurança de está indo ao caminho da felicidade.¹⁰

A vida aos pares é um fato natural em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal no meio social e sua estruturação se dá pelo Direito. Ocorre que, a lei acaba ficando congelada diante da realidade apresentada e cumpre sua função conservadora, pois a família multifacetada não é juridicamente regulada como a família natural. A família é uma construção cultural e cada um ocupa um lugar e possui uma função, seja de pai, mãe, filho e não necessariamente estão ligados biologicamente e é essa estrutura familiar que é interessante para trazer para o Direito. O lar deve ter o significado de lugar de afeto e respeito.¹¹

O Estado passa a intervir na vida social e institui o casamento para organizar os vínculos interpessoais e a própria sociedade o vê como regra de conduta em determinado momento histórico, então só com o casamento que os vínculos afetivos mereceriam aceitação social e reconhecimento jurídico. A família tinha uma formação extensiva, ou seja, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo a procriação, além disso, era patrimonializada e seus membros eram força de trabalho.¹²

A família tinha um perfil hierarquizado e patriarcal e esse cenário só foi desfeito com a revolução industrial que surgiu a necessidade de mais mão de obra e inseriu a mulher no

⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 32

¹⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27

¹¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27

¹²DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28

mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de renda de subsistência da família.¹³

A nova concepção de família é formada por laços afetivos de carinho, de amor. A relação de afeto não se inicia apenas com a celebração do casamento, mas perdura por toda a relação e dessa forma, quando cessa o afeto, toda a base de sustentação da família está em risco e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.¹⁴

Para Maria Berenice Dias, é necessário falar em famílias e não mais em família, já que estamos diante das famílias em suas multifacetadas formatações e dessa forma, a expressão direito das famílias atende melhor a proteção de todas elas, sem discriminações, sem preconceitos.¹⁵

A família é a base da sociedade e é vista como o primeiro agente socializador do ser humano e dessa forma, recebe atenção especial do Estado, pois este visa preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. Observa-se isso na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem que estabelece: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Pode-se dizer que a família tem a estrutura privada e a pública, pois na primeira ela identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e na segunda como partícipe de um contexto social e assim, o direito das famílias preocupa-se em respeitar todos os cidadãos.¹⁶

A família contemporânea tem suas diversas inquietações o que dificulta para o legislador acompanhar a realidade social. As tradições e amarras estão sempre em evolução e a partir disso, surge a necessidade de constante oxigenação das leis, mas o que se constata normalmente é a atualização normativa sem a absorção das mudanças alcançadas no seio social e dessa forma, não se perde a conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei.¹⁷

¹³DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28

¹⁴DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28

¹⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28

¹⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29

¹⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29

Apesar da globalização há uma difícil tarefa de mudar as regras do direito das famílias, pois o regramento jurídico da família não pode insistir em ignorar as profundas modificações culturais e científicas, petrificando um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia, já que as relações afetivas são reflexos comportamentais que interferem na estrutura da sociedade e talvez já não existam mais razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto. O grande problema que surge é encontrar na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e regular sem engessar.¹⁸

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família que era constituída unicamente pelo casamento, no modelo patriarcal e hierarquizado, como já foi dito. O moderno enfoque está voltado a novos elementos que compõem as relações familiares e destacam os vínculos afetivos que norteiam sua formação. Dessa forma, a família sócioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. Fato este que foi adotado pela nossa Constituição Federal de 1988 e que privilegiou a dignidade da pessoa humana, realizando grande revolução do Direito de Família.¹⁹

O artigo 226 da Constituição Federal afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. Um segundo ponto inovador encontra-se no artigo 227, §6º²⁰ que fala sobre a alteração do sistema de filiação proibindo definições discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento e outra grande revolução situa-se nos artigos 5º, I²¹, e 226, § 5º²² consagrando o princípio da igualdade entre homens e mulheres.²³

Estabeleceu-se ainda que o Estado assegurará a assistência à família e dessa forma, todos os órgãos, instituições e categorias sociais não podem medir esforços e empenhar

¹⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29

¹⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.p. 33

²⁰Art. 227 [...] § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017

²¹Art. 5º [...] I: Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017

²²Art. 226 [...] § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017

²³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 33

recursos para efetivar a norma constitucional prevista no artigo 226, § 7º²⁴ e § 8º²⁵. Isso é uma tentativa de afastar a miséria absoluta que ronda considerável parte da população nacional.²⁶

Todas as mudanças sociais na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram a aprovação do Código Civil de 2002 e a criação de uma realidade familiar concreta em que os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica. Assim, prioriza-se a família sócioafetiva, a não discriminação dos filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. Frise-se, por fim, que as alterações referentes ao direito de família advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 mostram a função social da família no Direito brasileiro.²⁷

1.2. Guarda: generalidades

O domicílio dos pais será de hábito o domicílio dos filhos, pois devem mantê-los sob sua proteção e cuidado, zelando por sua integridade moral, material e física, cuidando de sua formação e educação. Os filhos na companhia dos pais trocam experiências, sentimentos, informações e dessa união harmônica da relação familiar surge a troca de experiência e a proximidade de testemunhar o crescimento e a sólida formação dos filhos.²⁸

Ocorre que nem sempre pais e filhos vivem nessa convivência recíproca e a partir disso, ocorrem muitas vezes os distúrbios no relacionamento dos pais que impedem o prosseguimento da mútua convivência, bifurcando-se o domicílio familiar, gerando a custódia

²⁴Art. 227 [...] § 7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017

²⁵Art. 227 [...] § 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. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017

²⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 33-34

²⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 34-35

²⁸MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 80-81

fática e jurídica dos filhos para apenas um dos genitores, ou excepcionalmente na repartição dessa guarda.²⁹

Quando ocorre a separação dos pais, impõe-se a guarda a pelo menos um deles visando o melhor interesse da criança. A guarda ideal deve vir de um acordo dos pais na ruptura consensual de sua união, caso contrário, em que os genitores não se encontrem aptos para decidir, haverá uma sentença judicial.³⁰

Na década de 1960 falava-se sobre a culpa conjugal, aquele que fosse culpado pelo fracasso do casamento não teria a guarda do filho, sendo elemento determinante para o bem-estar do menor. Hoje a guarda é resolvida fora dos problemas matrimoniais e é cada vez mais irrelevante aos juízos e tribunais a identificação de um responsável por esses fracassos conjugais, já que o mais importante é o interesse dos menores.³¹

A partir da leitura do artigo 1.584³² do Código Civil de 2002 percebe-se a atribuição da guarda no divórcio e o mesmo vale para a dissolução da união estável, “a quem revelar melhores condições para exercê-la” ou deferi-la a terceiro que revele compatibilidade com a natureza da guarda levando em conta o grau de parentesco e a afinidade e afetividade com o menor.³³

Quando ocorre a separação dos pais, é dever deles manterem uma boa convivência familiar já que o filho tem direito a convivência e a comunicação com seus pais, pois isso influencia seu crescimento e sua lúcida formação. Essa convivência fornece-lhes todos os substratos materiais e imateriais que influenciam no sadio desenvolvimento de uma criança em crescimento.³⁴

Não desaparece com a separação, o exercício das prerrogativas inerentes ao dever parental de acompanhar e interferir na formação do filho, sempre primando pelo melhor

²⁹MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 80-81

³⁰MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 81

³¹MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 81

³²Art. 1.584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017

³³MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 81

³⁴MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 84-85

interesse dele, mas não no sentido de outorgar excessos, liberdades e privilégios e sim de consignar com sua presença o porto seguro e as condições de alimento, carinho, educação, orientação e repreensão. A função educativa dos pais modelam a estrutura psíquica e moral que devem estar presentes no processo de crescimento, desenvolvimento e de socialização do filho em contato com o mundo.³⁵

O tema “guarda da criança e do adolescente” sofreu enormes modificações no decorrer da história do Direito brasileiro, especialmente após a Constituição Federal. A solução foi encontrar alternativas para minimizar os terríveis processos de guarda que muitas vezes serviam de alimento para o ódio entre os pais, trazendo danos irreversíveis para a criança.³⁶

No tocante a guarda unilateral, ela pode decorrer da separação judicial, fática ou do divórcio dos pais, pode advir do abandono de um ou de ambos os genitores, ou do óbito de um deles e também pode ser consequência da paternidade não revelada.³⁷

Nesse tipo de guarda, o desempenho de criação, educação, formação, controle, disciplina, orientação e outras atribuições ficam a cargo do genitor que revele melhores condições de exercê-lo. Dessa forma, fica para aquele que tem mais aptidão para propiciar aos filhos a melhor educação, para aquele que tem tempo para estar junto ao filho e acompanhá-lo de forma mais eficiente nas necessidades quotidianas.³⁸

Aquele que não detém a guarda do filho exerce o direito de visita que não poderá ser negado por razões de ordem natural, esse tal direito está regulado no artigo 1.589 do código civil: “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”.³⁹

Em regra, as visitas são feitas livremente conforme a necessidade ditada pelos sentimentos afetivos dos pais e dos filhos. É importante que não haja um rigor exacerbado quanto à pontualidade de horário e das esquematizações estabelecidas, embora seja

³⁵MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 84-85

³⁶SPLINGER, Fabiana Marion; SPLINGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 71-72

³⁷MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 81

³⁸RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 235

³⁹RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 239-240

conveniente definir dias e horários das visitas para a própria disciplina e organização na vida do filho. Além disso, é importante ressaltar que as visitas não devem ser em horários inoportunos, como a noite ou nos momentos de ocupações escolares devendo ser respeitada a liberdade do filho em estar com cada um dos pais, desde que disciplinadamente. A visita expressa um momento em que o pai ou a mãe terá o filho consigo para acompanhá-lo em sua evolução e até mesmo para saber como está sendo a educação passada pelo detentor da guarda.⁴⁰

Outra modalidade de guarda também existente em nosso ordenamento é a guarda alternada, ela tem sua gênese no direito de visitas, quando ajustam os pais, ou por meio de sentença judicial que determine que os filhos fiquem na posse física de um dos genitores por um determinado e considerável tempo e garante ao outro um regime próprio de visitação e intercalando as datas festivas como natal, páscoa, dias dos pais, dias das mães etc.⁴¹

Não se vê com frequência o uso dessa guarda na prática judicial brasileira devido a sua exata divisão do tempo, num arranjo muito mais voltado ao interesse dos pais do que para o benefício dos filhos. É necessidade básica de qualquer cidadão ter um lar e moradia fixa, pois essa divisão exata do tempo faz com que o filho não tenha esse referencial, o que traz fragilidades, perdas de amizades, insegurança e tendem a aumentar os conflitos na orientação e formação que normalmente difere entre os pais.⁴²

O desejo dos pais em compartilharem a criação e educação dos filhos e o destes de manterem a comunicação com seus pais motivou o surgimento da guarda compartilhada. Nesse modelo de guarda, os pais mesmo vivendo separados, exercem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.⁴³

No que diz respeito aos direitos e deveres, não se pode afastar a responsabilidade dos pais, devendo existir entre eles um amplo acordo como solução oportuna e coerente no convívio com os filhos diante do divórcio. O instituto da guarda compartilhada apresenta-se

⁴⁰RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 240

⁴¹MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 88

⁴²MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 88-89

⁴³GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 114-115

como uma solução viável e possível, mesmo os filhos tendo uma ideia de residência principal, fica a critério dos genitores planejarem a convivência em suas rotinas quotidianas.⁴⁴

Na guarda compartilhada, os filhos ficam assistidos por ambos os pais, os quais dividem as responsabilidades, sem a prévia e rigorosa fixação dos períodos de convivência e cabe a ambos, as decisões relativas à educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer etc.⁴⁵

Caio Mário destaca o entendimento de Denise Duarte Bruno que diz que:

“a maior dificuldade a ser enfrentada pelos adultos [...] é a resistência em mudar a perspectiva do desempenho do papel parental, desvinculando-o da noção de família conjugal e aproximando-o da concepção de família enquanto grupo de afeto e solidariedade”.⁴⁶

Além disso, o autor acrescenta seu pensamento de que a guarda compartilhada é conveniente quando os pais têm maturidade e possibilidade funcionais de compartilhar a rotina do filho de maneira harmônica, respeitando sua rotina, seus horários e suas atividades escolares.⁴⁷

Não se deve vincular a personalidade de ser pai e mãe à condição de parceiro amoroso ou sua posição conjugal, pois diante das condições harmonicamente pactuada é que o papel do juiz apenas entra para homologar tais condições, ouvido o Ministério Público. Quando os pais tem consciência de suas responsabilidades no desenvolvimento do filho, essa forma de guarda incentiva o contínuo acompanhamento de suas vidas e devendo-se levar sempre em conta o interesse da criança acima dos próprios. É pela importância da convivência da criança com ambos os genitores, que a jurisprudência vem considerando que a guarda compartilhada deve ser tida como regra e ideal a ser buscado no exercício do poder familiar.⁴⁸

No divórcio tem-se também a guarda da família substituta, como e denominada pelos Autores Fabiana Splenger e Theobaldo Neto, que nos casos em que a criança ou o adolescente que não fica com a família biológica poderá ficar com a substituta, desde que esta supra as necessidades afetivas e financeiras do menor e, além disso, deve-se ter uma motivação, cabendo, muitas vezes ao magistrado, buscar apoio e suporte do serviço de psicologia e

⁴⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 519

⁴⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 519

⁴⁶BRUNO, 2010 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 521

⁴⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 520-521

⁴⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 522

assistência social. No artigo 1.584 do Código Civil, em seu § 5º⁴⁹, há a previsão legal autorizando o juiz a deferir a guarda para pessoa que revele compatibilidade com o exercício de seus atributos, observando sempre o grau de parentesco, a afinidade e a afetividade. Assim, primordialmente ficará com os parentes próximos, mas se tais não existirem ou não tiverem disponibilidade para tanto, a criança poderá ser encaminhada para uma instituição.⁵⁰

Ressalta-se que os pais, mesmo não detentores da guarda de seus filhos, não se encontram dispensados dos seus deveres, principalmente dos deveres inerentes ao poder familiar como prestação de alimentos. Caso contrário, tornaria-se um bônus aos pais irresponsáveis que deixariam de ter qualquer obrigação com seus filhos.⁵¹

A guarda fática também entra nas modalidades de guarda, ela surge de um acordo dos pais sobre a guarda dos seus filhos, de maneira expressa ou tácita, porém sem a homologação judicial e dessa forma, dá vazão a um acerto de guarda fático entre eles. Nesses casos, apesar de precário o acordo, ele pode vir a ser observado no momento da decisão do magistrado, uma vez que se está bem resolvido e protegido o interesse do menor, não há porque mudar a rotina que possuía até então gerando medo e insegurança.⁵²

Por outro lado, é certo que estando apenas no mundo dos fatos, mas no mundo do Direito, esse modelo de responsabilidade parental não alcança aquele que detém nenhuma prerrogativa de representação ou defesa dos direitos da criança ou adolescente. Dessa forma, se uma das partes não mais se conforma com os termos estabelecidos, será necessário que a guarda deixe de ser de fato e passe a ser de direito através de acordo ou sentença transitado em julgado, o que geraria direitos e deveres líquidos, certos e exigíveis.⁵³

Por fim, ainda podemos falar das guardas provisória e definitiva. A guarda provisória pode ser deferida, de maneira cautelar, quando presentes os pressupostos da ação, quais sejam: *fumus boni iuris e periculum in mora*. Assim, a guarda é deferida de maneira urgente

⁴⁹Artigo 1.584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 5º: Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017

⁵⁰SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 85-86

⁵¹SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 86

⁵²SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 89

⁵³SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 89

àquele que demonstre, em um primeiro momento, melhores condições para a criança. Da mesma forma, esse tipo de guarda pode ser deferido para resolver a situação de uma criança abandonada, devendo o juiz esclarecer a quem obteve a guarda provisória sobre as implicações e poderão advir de possíveis mudanças. A guarda definitiva, por mais que receba essa nomenclatura, é sempre relativa, uma vez que ela poderá ser revista a qualquer tempo, desde que haja mudanças que impliquem a necessidade de sua alteração.⁵⁴

1.3. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança

Na história da civilização humana, a criança e o adolescente não tinham papel de relevância na família, tornando-se objeto de poder patriarcal. Com o advento do princípio do melhor interesse da criança, passou-se a ver o menor como sujeito de direito merecedor de proteção no ordenamento jurídico e dessa forma, saiu de uma posição inferior e tomou lugar de absoluta prioridade.⁵⁵

A Constituição Federal de 1988 insere inúmeros dispositivos que moldam o tratamento da criança e do adolescente, colocando-os no papel de protagonistas, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.⁵⁶ Esse princípio, primado na Constituição, deve preponderar em todas as relações, sejam elas públicas ou privadas, e a partir dele, buscou-se o princípio do melhor interesse da criança.⁵⁷

O princípio do melhor interesse da criança começou a ser gestado através da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ganhando reconhecimento por todo o mundo, sendo ratificado no Brasil pelo Decreto 99.710/90 o qual dispõe que se deve, em qualquer hipótese, considerar primordialmente o melhor interesse do menor.⁵⁸ Isso porque o

⁵⁴SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 90

⁵⁵CONTEÚDO JURÍDICO. *Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente Aplicado ao Direito de Família*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 18 out. 2016

⁵⁶CONTEÚDO JURÍDICO. *Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente Aplicado ao Direito de Família*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 18 out. 2016

⁵⁷DOM TOTAL. *Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>. Acesso em: 18 out. 2016

⁵⁸SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 80

menor encontra-se em posição de fragilidade, pois a criança e o adolescente estão em uma fase da vida de amadurecimento e formação da personalidade.⁵⁹

O menor tem o direito fundamental de chegar à sua vida adulta sob as melhores garantias materiais e morais, por isso esse princípio entra no ordenamento jurídico com o efeito de condicionar as normas legais já que ele deve sempre prevalecer. Dessa forma, fica assegurado ao menor seu pleno desenvolvimento, bem como sua formação cidadã e ainda o impede de abusos de poder pelas partes mais fortes da relação, podendo se chegar à conclusão de que o princípio assegura a proteção maximizada da criança e do adolescente.⁶⁰

Esse princípio sempre é observado quando se discute o interesse da criança, que é motivo de litígio e precisa ser protegido. Ele é muito usado nas ações que envolvem dissolução do vínculo matrimonial, naquelas dispostas junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre elas a adoção e com maior expressão nos procedimentos que discutem a guarda. O melhor interesse da criança busca dar-lhe uma boa formação moral, social e psicológica; a busca da saúde mental ou a preservação de sua estrutura emocional.⁶¹

Os autores Theobaldo Neto e Fabiana Splenger ressaltam os 3 critérios apontados pela pediatra e psicanalista Françoise Dolto visando o interesse do menor:⁶²

“a) O *continuum* de afetividade indica que a criança ou o adolescente deve permanecer sob a guarda do genitor em cuja companhia o menor de sinta mais feliz e seguro... b) O segundo é o *continuum* social. Ao atribuir a guarda a um dos genitores o juiz deve levar em consideração o ambiente vivido pelo menor no momento da separação dos pais para preservar o relacionamento social com os colegas e amigos de rua... c) O terceiro *continuum* é o espacial. Segundo esse referencial, o espaço dos filhos deve ser preservado porque a personalidade do menor se constrói dentro de certo espaço – do local onde vive, da escola onde estuda - , a criança perde um de seus referenciais, que é o referencial de espaço...”⁶³

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que o que prepondera é o interesse do menor e não a pretensão do pai ou da mãe, justamente pelo fato de ser

⁵⁹DOM TOTAL. *Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>. Acesso em: 18 out. 2016

⁶⁰DOM TOTAL. *Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>. Acesso em: 18 out. 2016

⁶¹SPLINGER, Fabiana Marion; SPLINGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 80

⁶²SPLINGER, Fabiana Marion; SPLINGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 81

⁶³DOLTO, 1988 apud SPLINGER, Fabiana Marion; SPLINGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 81

importante à criança e ao adolescente um desenvolvimento sadio e a partir do exame da situação fática, que se objetiva qual é o melhor interesse de determinado menor. O melhor interesse dito aqui é aquele capaz de proporcionar à criança ou ao adolescente o completo desenvolvimento de sua personalidade de forma madura e racional.⁶⁴

Quando se fala em guarda compartilhada, é importante ressaltar que para manter o interesse do menor preservado, deve-se lembrar que essa modalidade de guarda não é aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois para que ela se torne eficaz, é necessário total harmonia e consenso dos pais. A guarda compartilhada exige maior ponderação dos pais diante dos interesses dos filhos comuns, não se deve levar em conta seus próprios interesses egoístas, tendo como pré-requisito uma harmônica convivência entre o casal, que embora tenha consolidado a perda da sintonia afetiva resultando no divórcio, não se desincumbiu de sua tarefa de pai ou mãe priorizando o interesse de sua prole.⁶⁵

A guarda compartilhada exige que ambos os pais manifestem interesse em sua implementação já que não seria viável obrigar um dos genitores a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não a deseja, tornando-a ineficaz perante o resultado inicial que se pretende. Não é compatível com essa modalidade de guarda a disputa litigiosa que acontece muito nos processos impregnados de ódio e de ressentimentos pessoais, os quais o juiz é quem deve impor a decisão do tipo de guarda.⁶⁶

Rolf Madaleno alerta que não há condições de forçar a guarda compartilhada em sentença, embora a lei não proíba, mas sua adoção só encontra admissão na ação consensual da guarda ou do divórcio, pois a sentença judicial não deve impor à parte o exercício de um direito subjetivo.⁶⁷

Ressalta-se que a guarda conjunta quando decidida em meio aos problemas e as aflições do casal, resulta na perpetuação dos conflitos e repercute de forma negativa para a própria saúde psíquica dos filhos, além de comprometer ainda, sua estrutura emocional. Diante desses conflitos do próprio casal, surgem as relações de chantagens e excessos de liberdade que são prejudiciais ao desenvolvimento do menor. Os pais querem cativar o agrado

⁶⁴SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004. p. 81

⁶⁵MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 91-92

⁶⁶MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 92

⁶⁷MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 92

da prole de forma desregrada sem se dar conta de que estão contribuindo para uma incontornável crise de autoridade e de adaptação dos filhos, os quais deveriam ser conduzidos para uma estável inserção na vida social.⁶⁸

Apesar desse instituto já ser utilizado antes mesmo de sua regulamentação, hoje nem sempre é visto com bons olhos, pois em vários casos os pais solicitam ao Judiciário a guarda compartilhada visando interesse próprio e não de seus filhos. Dessa forma, a lei passa a ser vista como uma ilusão, por achar que essa modalidade sempre será eficaz para diminuir o litígio, bem como para impulsionar a responsabilidade paterna, deixando de analisar a verdadeira origem das dificuldades enfrentadas pelos menores.⁶⁹

Ressalta-se as dificuldades, pois a partir da escolha da modalidade da guarda compartilhada, é possível que o filho perca o referencial de lar, já que cada casa que vive possui uma rotina diferente, o que a médio prazo pode gerar problemas sociais, morais e educacionais. É importante lembrar que o filho possui uma rotina que não deve a qualquer momento ser interrompida de acordo com a vontade de um dos pais, assim estaria ferindo o interesse do menor.⁷⁰

Além disso, outra dificuldade muito comum enfrentada pelo menor é a convivência com pais que estão em conflitos constantes, sem cooperação, sem diálogo, insatisfeitos, que sabotam um ao outro, que por fim, contaminam a educação de seus filhos, o que gera consequências muito lesivas.⁷¹

Assim conclui-se que o juiz tem que avaliar se o casal tem condições de adotar esse sistema, caso contrário, um modelo que foi implantado para melhorar o relacionamento entre pais e filhos pode acabar piorando, porque se o casal não tem condições mínimas de

⁶⁸MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 93-94

⁶⁹VIA JUS. *Guarda Compartilhada: uma abordagem à luz do princípio do melhor interesse da criança*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3306&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso em: 19 out. 2016

⁷⁰VIA JUS. *Guarda Compartilhada: uma abordagem à luz do princípio do melhor interesse da criança*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3306&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso em: 19 out. 2016

⁷¹VIA JUS. *Guarda Compartilhada: uma abordagem à luz do princípio do melhor interesse da criança*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3306&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso em: 19 out. 2016

convivência diária em homenagem ao filho, essa convivência será tão conflituosa que ao invés de melhorar, vai causar prejuízos muito sérios a criança.

2. GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O presente capítulo dará maior enfoque ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente, à luz do ordenamento jurídico. O princípio é a verdadeira primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à criança e ao adolescente e consiste em proteger o menor colocando-o em condição especial de desenvolvimento, digno de receber proteção integral, tendo seu melhor interesse sempre garantido.

Buscar-se-á verificar se a imposição judicial gera efeitos positivos ou negativos para a criança e se seria mais efetivo que a guarda compartilhada surgisse de um consenso entre os pais, a fim de resguardar os interesses do menor.

2.1. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal é a fonte inicial do ordenamento jurídico brasileiro e surgiu do ato do poder constituinte originário, poder este que cria a Constituição de um país ou a modifica. Não há norma superior à Constituição, ela está no último grau de hierarquia normativa do país e por isso, absolutamente todas as outras normas devem estar de acordo com essa indispensável norma.⁷² Segundo Hans Kelsen, a Constituição é o nível mais alto de hierarquia dentro do direito nacional.⁷³

A finalidade da Constituição é que exista um instrumento político-jurídico superior, que declare os direitos fundamentais de todos os indivíduos, que organize a sociedade e limite o uso dos poderes políticos e econômicos. Ela abriga as normas supremas da sociedade, por ser um documento que contém normas superiores às demais, pois ali está a vontade do povo, feita de modo solene e com maior complexidade.⁷⁴

Dessa forma, por fixar direitos e responsabilidades fundamentais dos indivíduos é que a Constituição passa a ser a lei fundamental, pois são normas originárias, enquanto as demais se posicionam, perante elas, como derivadas já que a ela é a referência obrigatória de

⁷²PADILHA, Rodrigo Correa. *Direito Constitucional Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 29

⁷³KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 183

⁷⁴BORGES NETTO, André. *A Supremacia Hierárquica das Normas Constitucionais*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645614/a-supremacia-hierarquica-das-normas-constitucionais>>. Acesso em: 26 out. 2016

todo o sistema jurídico.⁷⁵ Segundo Rodrigo Padilha, o importante é deixar claro que a norma constitucional “autoriza” a existência de todas as outras normas.⁷⁶

Como bem explica Hans Kelsen:

“A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior e que de esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui uma unidade.”⁷⁷

Assim, conclui-se que em razão dessa superioridade, é que toda a ordem jurídica deve ser interpretada a luz da Constituição de modo a eliminar toda e qualquer norma que confronte com o comando constitucional.

Vale expor ainda, a influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro, uma vez que há uma concorrência entre os mesmos, sendo resolvido pelo sistema monista nacionalista, adotado pelo Brasil.⁷⁸

Ressalta-se que a discussão entre a prevalência da norma internacional ou da lei interna é um ponto bastante controverso, existindo assim, mais de uma concepção acerca do tema.⁷⁹

No Brasil, é pacificado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tratamento paritário entre os tratados internacionais e as leis nacionais, ou seja, aqui adota-se a teoria monista nacionalista, que resolve essa concorrência de normas por meio do tratamento paritário. Hoje vigora na jurisprudência brasileira a ideia de que uma vez formalizado o tratado, ele passa a ter força de lei ordinária, ou seja, norma infraconstitucional,

⁷⁵BORGES NETTO, André. *A supremacia Hierárquica das Normas Constitucionais*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645614/a-supremacia-hierarquica-das-normas-constitucionais>>. Acesso em: 26 out. 2016

⁷⁶PADILHA, Rodrigo Correa. *Direito Constitucional Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 29

⁷⁷KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.181

⁷⁸MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A Influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro e a Primazia da Norma Mais Favorável Como Regra de Hermenêutica Internacional*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/influencia.htm>>. Acesso em: 31 out. 2016

⁷⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A Influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro e a Primazia da Norma Mais Favorável Como Regra de Hermenêutica Internacional*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/influencia.htm>>. Acesso em: 31 out. 2016

podendo assim, revogar disposições em contrário, bem como pode ser revogado diante de lei posterior.⁸⁰

Ao falar dos tratados que versam sobre Direitos Humanos, há de se salientar que também existem controvérsias sobre sua integração e eficácia no ordenamento jurídico interno, uma vez que no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal dispõe que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁸¹

Dessa forma, há muitas interpretações no sentido de atribuir aos direitos garantidos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, um caráter de norma constitucional. E também, há quem defenda ainda que esses tratados são supraconstitucionais, ou seja, estariam localizados acima da própria constituição.⁸²

Diante das controvérsias, o Supremo Tribunal Federal pacificou seu entendimento acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no sentido de que estes tratados, antes equiparados às normas ordinárias federais, apresentam status de norma supralegal, ou seja, estão acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição. Esse posicionamento admite que tais tratados adquiram hierarquia constitucional desde que observado o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º⁸³ da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.⁸⁴

⁸⁰MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A Influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro e a Primazia da Norma Mais Favorável Como Regra de Hermenêutica Internacional*. Brasília, 2016. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/influencia.htm>>. Acesso em: 31 out. 2016

⁸¹SOARES, Carina de Oliveira. *Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16>. Acesso em: 01 nov. 2016

⁸²SOARES, Carina de Oliveira. *Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16>. Acesso em: 01 nov. 2016

⁸³Art. 5º [...] § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2017

⁸⁴SOARES, Carina de Oliveira. *Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16>. Acesso em: 01 nov. 2016

Em se tratando de estrutura jurídica, percebe-se uma reviravolta na proteção dada ao menor, mas que demorou décadas para ser implementada em nosso ordenamento, já que no âmbito internacional não era uma novidade, pois a Declaração Universal dos Direitos da Criança foi publicada em 20 de novembro de 1959 pela Organização das Nações Unidas. No cenário internacional, a partir da Declaração originou-se a doutrina da proteção integral sendo implementado aqui só com o advento da Constituição.⁸⁵

A Constituição Federal de 1988 é um avanço como resposta social às necessidades dos indivíduos até então excluídos da proteção jurídica. Ela passou a prevê a proteção da criança e do adolescente,⁸⁶ além de refletir muito no direito das famílias, onde consagrou fundamentais valores sociais dominantes através dos princípios implícitos e explícitos contidos nela. Como bem cita Maria Helena Diniz, devem-se ressaltar os princípios da afetividade e da solidariedade que são o norte na hora de apreciar qualquer questão que envolva família.⁸⁷

Todo um novo modelo de tutelar o direito de alguém, emerge da Constituição que impõe eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme previsto em seu artigo 5º, §1º⁸⁸.⁸⁹

A proteção dos direitos fundamentais do menor constata-se primeiramente no disposto na primeira parte do artigo 5º, §2º da Constituição Federal ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, não limitando os direitos fundamentais da criança elencados na

⁸⁵VILAS-BOAS, Renata Malta. *A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 26 out 2016.

⁸⁶VILAS-BOAS, Renata Malta. *A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 26 out 2016.

⁸⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 62

⁸⁸Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2017

⁸⁹DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 62.

própria Constituição como direito à vida, à integridade física e psíquica, à educação, à saúde, à alimentação.⁹⁰

No que diz respeito ao direito da criança, do adolescente e do jovem, a Constituição em seu artigo 227⁹¹ assegura o direito à liberdade e o dever da família de assegurar, com absoluta prioridade, os o direito deles. Além de ser previsto também no artigo 229⁹² da Constituição, a imposição aos pais para assistir seus filhos.⁹³

É necessário que a sociedade veja essa proteção integral com respeito, lembrando que os menores são pessoas de direito em desenvolvimento, com maior vulnerabilidade e fragilidade⁹⁴ e que, portanto, tem direitos fundamentais, tendo como base o princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança.⁹⁵

O princípio da prioridade absoluta é a verdadeira primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à criança e ao adolescente e consiste em proteger o menor colocando-o em condição especial de desenvolvimento, digno de receber proteção integral, tendo seu melhor interesse sempre garantido. É absoluta, como expressamente dispõe o artigo 227⁹⁶ da Constituição Federal, pois há uma necessidade de aplicação invariável e incondicionada desta norma em todos os casos que envolvam crianças, ressaltando aqui o

⁹⁰REGO, Nelson M. de Moraes. *Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://amma.com.br/artigos~2,3465,,,protecao-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 27 out. 2016

⁹¹Art. 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. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017

⁹²Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2017

⁹³DIAS, Maria Benenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66

⁹⁴DIAS, Maria Benenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68

⁹⁵VILAS-BOAS, Renata Malta. *A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 26 out 2016.

⁹⁶Art. 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. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017

ponto falho do instituto da guarda compartilhada que em muitas vezes é aplicado não respeitando tal princípio, já que passa a preponderar a vontade dos pais ou a imposição do juiz.⁹⁷

O princípio do melhor interesse da criança preocupa-se com as condutas que devem ser tomadas levando em consideração o que é melhor para o menor. Busca-se a alternativa mais apta a satisfazer seus direitos, colocando-os sempre em primeiro lugar, mesmo que este melhor interesse confronte com o desejo dos pais ou da imposição normativa impositiva da guarda compartilhada.⁹⁸

A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança são a base do direito da criança e do adolescente e devem prevalecer a todo tipo de interpretação em casos que envolvam os menores no processo de discussão de guarda.⁹⁹

A Constituição explicita a priorização da proteção da criança e do adolescente no artigo 226¹⁰⁰, estabelecendo a máxima e especial proteção a família em geral. Além disso, prevê no artigo 227 já mencionado, em seu § 4º¹⁰¹ a vedação expressa de abusos e violência contra criança.¹⁰²

Partindo-se do pressuposto de que o direito da criança e do adolescente deve ser respeitado com absoluta prioridade, conforme está expresso na lei maior, que é Constituição, não convém concluir que a imposição de um direito subjetivo seja a medida mais eficaz dentro do contexto da guarda compartilhada. Em cada caso deve-se respeitar o superior interesse do menor, decidindo de forma mais eficaz a sua formação e desenvolvimento.

Por fim, deve-se lembrar que a guarda compartilhada instaura um regime de comunhão e em toda comunhão é preciso concorrência, convergência e a busca permanente

⁹⁷PRIORIDADE ABSOLUTA. *Entenda a Prioridade*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>>. Acesso em: 26 out. 2016

⁹⁸PRIORIDADE ABSOLUTA. *Entenda a Prioridade*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>>. Acesso em: 26 out. 2016

⁹⁹PRIORIDADE ABSOLUTA. *Entenda a Prioridade*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>>. Acesso em: 26 out. 2016

¹⁰⁰Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Acesso em: 27 jan. 2017

¹⁰¹Art. 227 [...] § 4º: A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017

¹⁰²REGO, Nelson M. de Moraes. *Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://amma.com.br/artigos~2,3465,,protecao-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 27 out. 2016

de consenso, caso contrário, ela restaria inviabilizada e não respeitaria o princípio da proteção integral do menor, pois é necessário, antes de tudo, que os pais revelem maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar a guarda dos filhos para melhor assisti-los.

2.2. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança no Código Civil de 2002

O ordenamento jurídico brasileiro compõe uma estrutura normativa hierarquizada, dividida em uma escala de grau de importância da matéria regulada.¹⁰³ As leis constitucionais estão no topo dessa hierarquia por conterem normas estruturais da nação e a definição fundamental dos direitos do ser humano como indivíduo e como cidadão.¹⁰⁴ Pelo fato da Constituição estar acima nessa hierarquia, sempre prevalecerá em caso de conflito com uma norma de menor escalão, podendo aqui citar como exemplo o Código Civil que é uma lei ordinária.¹⁰⁵

Cabe ao operador do direito a responsabilidade de proceder a interpretação dos dispositivos dos códigos em conformidade com os princípios constitucionais aplicáveis às normas jurídicas civis¹⁰⁶, pois nas normas constitucionais encontram-se regulamentos mais abrangentes e principiológicos, já nas normas subordinadas a Constituição situam-se ordenamentos mais específicos e regradores, abordando institutos com maior precisão, como é o caso da normatização da guarda compartilhada no Código Civil.

A primeira regra sobre o destino da guarda dos filhos no ordenamento jurídico brasileiro veio com o decreto 181 de 1890 que estabelecia que após o divórcio, o cônjuge inocente é que assumiria a guarda do filho menor. Essa ideia perpetuou até o Código Civil de 1916, quando se falava em desquite judicial, mas nos casos em que ambos os cônjuges fossem considerados culpados, os filhos ficariam sob a guarda da mãe desde que o juiz analisasse que tal fato não traria prejuízos morais a criança.¹⁰⁷

¹⁰³NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, parte geral*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1. p. 64

¹⁰⁴PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 81

¹⁰⁵NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, parte geral*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1. p. 64

¹⁰⁶LISBOA, Roberta Senise. *Manual de Direito Civil: teoria geral do direito civil*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

¹⁰⁷GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 60-63

O Código de 1916 também previu a guarda nos casos de desquite amigável, no qual os cônjuges poderiam acordar sobre a guarda dos filhos, desde que fosse respeitado o melhor interesse do menor. Caso contrário, quem decidiria era o juiz, podendo até mesmo deferir a guarda a uma pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando a eles o direito de visita.¹⁰⁸

Ocorre que o Código Civil de 2002 extingue a ideia de perda da guarda devido a culpa de um dos cônjuges no divórcio e o da prevalência materna nos casos de culpa recíproca. O referido código, hoje em vigor, preza pela prevalência do interesse dos filhos e aquele que revelar melhores condições é que exercerá a guarda, conforme previsto no artigo 1.584¹⁰⁹, deixando claro que o juiz não irá verificar as controvérsias dos pais, mas irá priorizar o bem estar do filho menor, de modo que seus interesses estejam acima dos interesses de seus pais.¹¹⁰

A guarda é o direito dos pais de ter os filhos menores consigo, mantendo uma convivência afetiva com troca de experiência, sentimentos e informações. Em contrapartida devem se responsabilizar pelo cuidado, proteção, vigilância e ampla assistência.¹¹¹ Ela está amplamente ligada ao poder familiar, na medida em que o interesse dos pais está vinculado ao superior interesse do filho menor, visando à realização de uma melhor formação pessoal.¹¹²

O poder familiar está focalizado no teor do artigo 1.634, II¹¹³ do Código Civil, o qual dispõe que é de competência dos pais guiar a criação e educação de seus filhos, além de tê-los em sua companhia, representá-los e assisti-los. É dever dos pais ainda exigir obediência,

¹⁰⁸GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 60

¹⁰⁹Art. 1.584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹¹⁰GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 65

¹¹¹GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 57-58

¹¹²MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 79-80

¹¹³Art. 1.634: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...] II: exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2017

respeito e incentivá-los a prática de serviços condizentes com suas idades e condições com o intuito de lhes assegurar uma saudável formação pessoal.¹¹⁴

No momento da situação de divórcio ou dissolução de união estável era certo que haveria a outorga da guarda para apenas um dos genitores e para contrapor essa corrente, surgiu uma corrente, inclusive com base na psicologia e sociologia, que se contrapõe a esse pensamento, defendendo que, como uma necessidade de todos os envolvidos nessas situações, há o desejo de ambos os pais compartilharem a criação e educação de seus filhos e destes de manterem regular comunicação com seus pais.¹¹⁵

Diante desse contexto motivou o surgimento da guarda compartilhada que nada mais é do que o exercício da autoridade parental que os pais desejam continuar exercendo mesmo após a fragmentação da família, ou seja, é a forma igualitária da guarda jurídica, na qual ambos têm o dever de guardar seus filhos. É a forma de os pais pensarem de forma conjunta no bem-estar dos filhos, permitindo que eles tenham assegurado a convivência familiar, já que os pais dividem as responsabilidades e as principais decisões relativas aos filhos como educação, instrução religiosa, problemas de saúde entre outros.¹¹⁶

O instituto da guarda compartilhada passou a ter força com a entrada em vigor da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 que trouxe relevante mudança, já que antes dela havia pouca admissibilidade desse modelo que era incomum na doutrina e jurisprudência, além de ser comumente confundido com a guarda alternada.¹¹⁷

A lei deu nova redação ao artigo 1.583¹¹⁸ do Código Civil de 2002, no qual retirou a exclusividade da guarda única colocando o guarda compartilhada em seu mesmo patamar, orientando que se deve sempre respeitar os princípios da igualdade, da solidariedade e do melhor interesse da criança.¹¹⁹

¹¹⁴MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p.80

¹¹⁵GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 137

¹¹⁶GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 137-139

¹¹⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 31

¹¹⁸Art. 1.583: A guarda será unilateral ou compartilhada. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹¹⁹GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 205

O artigo 1.583,§1º¹²⁰ do Código Civil conceitua a guarda unilateral, aquela que é concedida em benefício de um dos genitores ou a alguém que o substitua, como previsto no artigo 1.584, §5º¹²¹, visando sempre as melhores condições para que seja respeitado o superior interesse do menor, como bem dispõe o artigo 1.583 ,§2º¹²². Além disso, o mesmo artigo define o modelo de guarda compartilhada, que consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes a ambos os pais que não vivem mais no mesmo teto, mas possuem filhos em comum, não se restringindo também apenas ao pais, já que esse tipo de guarda também poderá ser deferida a terceiro que revele melhores condições.¹²³

Ressalta-se que o modelo de guarda compartilhada é o estimulado pela psicologia e pela psicanálise, devendo ainda ser estimulado pelo juiz, conforme previsto no artigo 1.584, § 1º¹²⁴ do Código Civil, sendo ainda recomendado pelo Enunciado 335 do Conselho de Justiça Federal: "a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar." A mesma ideia é ainda disposta no artigo 1.584,§ 3º¹²⁵ do Código Civil.¹²⁶

¹²⁰Art. 1.583: [...] § 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. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹²¹Art. 1.584 [...] § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹²²Art. 1.583 [...] §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. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹²³GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 204-206

¹²⁴Art. 1.584 [...] § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹²⁵Art. 1.584 [...] § 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. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹²⁶GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 205

Percebe-se que o ordenamento recomenda a aplicação desse instituto, não podendo distorcer para uma imposição, já que seria uma tarefa difícil e, na prática, bastante duvidosa a eficácia desse tipo de guarda quando o casal não acorde a esse respeito.¹²⁷

A lei 11.698/2008 também alterou a redação do artigo 1584¹²⁸ do Código Civil reafirmando a dualidade do sistema de guarda unilateral e compartilhada. O inciso I¹²⁹ e II¹³⁰ do dispositivo indicam que as guarda será atribuída de forma consensual ou a critério do judicial, tomando como base o interesse do filho. O § 1º do mesmo artigo, impõe ao juiz o dever de, na audiência de conciliação, informar aos pais o significado da guarda compartilhada, sua importância, a igualdade de direitos e deveres, as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.¹³¹

O Código Civil dispõe no artigo 1.582, § 2º¹³² que quando não houver consenso entre pai e mãe será instituída a guarda compartilhada para a solução de desacordo entre os pais, o que mostra expressamente a preferência do legislador por esse tipo de guarda.¹³³

Nesse ponto, se inicia as controvérsias sobre esse instituto, quando há o conflito entre os pais, já que a norma em seu sentido literal impõe que mesmo nos casos de conflito, prioriza-se a guarda compartilhada.¹³⁴

Ocorre que a guarda compartilhada não será o remédio de cura para os problemas familiares e por isso, não haverá lugar quando houver mágoas e difícil relacionamento na

¹²⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito da família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6 p. 296

¹²⁸Art. 1584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹²⁹Art. 1.584 [...] I: requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹³⁰Art. 1.584 [...] II: decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹³¹GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 206

¹³²Art.1582 [...] § 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. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017

¹³³GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.216

¹³⁴GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.216

parceria. Infelizmente, verifica-se com frequência a ampliação de litígios nas varas de família e as falsas imputações para impedir que a guarda seja compartilhada. Assim, esse instituto deverá ser aplicado quando o superior interesse do menor determinar.¹³⁵

A adoção do instituto da guarda compartilhada será conveniente quando os pais possuem discernimento suficiente para compartilhar a rotina do filho de forma harmônica, pois dessa forma, colocariam a condição de parceiro amoroso ou de posição conjugal em segundo plano, já que a condição de ser pai e mãe estaria em primeiro. Assim, a função do juiz e do Ministério Público seria unicamente homologar as condições pactuadas pelos pais, que colocam o interesse da criança acima dos próprios objetivos pessoais.¹³⁶

Pais em constante conflito, que sabotam o outro, que não tem diálogo e não são cooperativos contaminam a educação dos filhos e quando estão em meio a disputa da guarda compartilhada, acabam colocando o filho diante da duplicidade de autoridade, já que as decisões conjuntas relativas os filhos e os acordos de visitas nunca serão objeto de consenso. Isso priva o filho da estabilidade que necessita para seu melhor desenvolvimento pessoal, sendo, sem dúvida, a melhor opção a guarda única.¹³⁷

2.3. Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança no Estatuto da Criança e do Adolescente

A guarda compartilhada tem enorme significação no exercício do poder familiar nos casos de divórcio e dissolução da união estável, tendo em vista que ela permite manter uma convivência com os pais separados. Isso permite uma maneira muito parecida com a situação anterior de normalidade conjugal e conseqüentemente a ruptura conjugal fica menos traumática para os filhos e facilita a harmonia familiar.¹³⁸

Esse modelo de guarda ainda permite que os pais colaborem de forma conjunta na responsabilização, na educação e nas decisões gerais tomadas na vida do filho, estabelecendo

¹³⁵GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 216

¹³⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 521

¹³⁷GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 237-238

¹³⁸STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 67-68

assim a cooperação quanto à efetiva função parental, além de preservar a afetividade, direitos e obrigações recíprocas relevantes na própria formação do filho.¹³⁹

O problema da guarda compartilhada começa a aparecer quando os pais não demonstram equilíbrio e diálogo entre eles nos momentos de decisões relativas ao filho, quando guardam ressentimentos recíprocos e estão dispostos a viver em constante conflito. Dessa forma, esse modelo estaria fadado ao fracasso.¹⁴⁰ Na maioria das vezes a criança é usada como joguete, ponto de discórdia e objeto de litígio, como forma dos pais se atacarem mutuamente.¹⁴¹

Diferentemente acontece quando os pais mesmo não possuindo mais afinidade entre eles conseguem manter o mínimo de cordialidade e maturidade para separar as diferenças pessoais das funções de pai e mãe e se esforçam em prol do menor. Sem dúvida, o êxito será muito maior, não será uma vida de constantes acertos, mas há menos equívocos e menos imputações de culpa ao outro, sendo natural a coparticipação e por consequência a decisão dos pais pela guarda compartilhada.¹⁴²

A imposição desse modelo além de ser contrária a essência do instituto, não há como se manter em uma situação de litígio extremo, pois será impraticável e causará prejuízos ainda maiores a criança, além de contrariar a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Civil e todos os princípios inerentes a matéria, em especial o da integral proteção do menor.¹⁴³

A doutrina da proteção integral que fundamenta todo o Estatuto da Criança e do Adolescente pode-se constatar a partir da leitura do artigo 1º¹⁴⁴ da lei.¹⁴⁵ A proteção especial da criança e do adolescente adveio com a Constituição Federal de 1988. Essa proteção se deu pelo fato dos menores serem pessoas vulneráveis, frágeis, por estarem na fase de construção

¹³⁹STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 67-69

¹⁴⁰STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 67-69

¹⁴¹FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 94

¹⁴²FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 111

¹⁴³FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 110

¹⁴⁴Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁴⁵DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos Cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44

da personalidade e da dignidade e se estendeu ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990.¹⁴⁶

A Constituição Federal impõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais inerentes a condição humana e a uma existência digna.¹⁴⁷ Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias do superior interesse da criança, o relacionamento entre pais e filhos passou a ter como objetivo maior a tutela da personalidade do menor, a fim de edificar sua personalidade enquanto sujeito, tendo seus direitos fundamentais sempre protegidos.¹⁴⁸

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina a proteção integral na medida em que disciplina todos os aspectos da vida das crianças e dos adolescentes, e para a Lei serão consideradas crianças os menores até 12 anos de idade e os adolescentes de 12 a 18 anos de idade, tendo aplicação excepcional às pessoas entre 18 e 21 anos, para efeito da proteção integral. O Estatuto visa proteger os direitos fundamentais para que o pleno desenvolvimento seja alcançado, respeitando assim a dignidade da pessoa humana.¹⁴⁹

O Estatuto tem por objetivo proteger os interesses de forma geral e abstrata para abranger o maior número de casos possíveis, mas existem situações individualizadas que necessitam de uma avaliação mais cautelosa e são estes casos que o juiz deve intervir e proteger primeiramente os interesses morais, materiais, emocionais e espirituais do menor. Mesmo devendo respeitar o direito dos pais na atribuição da guarda, os interesses dos pais e dos filhos não podem se chocar, senão os interesses dos menores irão primar por cima de qualquer outro interesse ou circunstância. Essa primazia se dá pelo fato do menor está em uma situação peculiar de desenvolvimento, conforme está expresso no artigo 6º¹⁵⁰ do Estatuto

¹⁴⁶COLTO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 17-18

¹⁴⁷DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos Civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29-32

¹⁴⁸COLTO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 17-18

¹⁴⁹DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos Civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35

¹⁵⁰Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

da Criança e do Adolescente e por isso, constituiu-se critério básico e determinante na atribuição da guarda.¹⁵¹

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem por base nortear a relação que o Estado, a sociedade e os pais mantêm com os menores. A partir disso, o menor é colocado como sujeito de direito, e não como objeto de direito, ficando certo que no convívio familiar, apresentam prioridade diante de suas necessidades especiais.¹⁵²

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao dispor sobre a proteção integral do menor impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público a obrigação de assegurar ao menor uma convivência familiar levando em consideração sua condição de pessoa em desenvolvimento. Dessa forma, deve ser garantido ao menor o direito de participar de uma família para ser criado e educado, cabendo ao pai e a mãe o dever de sustento, guarda e educação, conforme artigo 22¹⁵³.

Fixou-se critérios próprios sobre o interesse maior da criança que é prioritário em todas as ações relativas às crianças, conforme se verifica em seus artigos 4º¹⁵⁴, 5º¹⁵⁵, 6º¹⁵⁶. Assim, obriga qualquer órgão, sejam instituições públicas ou privadas, tribunais, órgãos legislativos, a efetuar uma aplicação concreta em dada situação, já que o maior objetivo é assegurar o desenvolvimento integral e a proteção do menor.¹⁵⁷

¹⁵¹GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 76-77

¹⁵²DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos Cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35

¹⁵³Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁵⁴Art. 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. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁵⁵Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁵⁶Art. 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁵⁷GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 76-77

A base legal da doutrina da proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se no artigo 15¹⁵⁸, que protege a liberdade, o respeito e a dignidade dos menores, sendo completado ainda pelo artigo 18¹⁵⁹ do mesmo diploma legal, o qual diz que todos têm o dever de zelar por esses direitos.¹⁶⁰

O paralelo do artigo 227¹⁶¹ da Constituição Federal com o artigo 3º¹⁶² do Estatuto demonstra bem o caráter da proteção integral que se busca aplicar no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes se assemelham com o direito de qualquer pessoa humana, qual seja direito a vida e a saúde, direito a liberdade, ao respeito e a dignidade, direito a convivência familiar e comunitária, direito a educação, a cultura, ao esporte e ao lazer, direito a profissionalização e à proteção no trabalho.¹⁶³

Percebe-se até aqui que o interesse maior da criança e do adolescente consiste em princípio fundante das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que pretende proteger não um interesse qualquer, mas o maior. Por maior, se entende pela qualidade e deve representar o topo de uma investigação de maneira a situar o que realmente será significativo, agregador e qualificativo para a criança e o adolescente.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁵⁹ Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁶⁰ DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos Civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35-36

¹⁶¹ 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. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017

¹⁶² Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21. mar. 2017

¹⁶³ CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cândia Torezan; FREITAS, Aline da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: editora LTR, 2010. p. 43-44

¹⁶⁴ CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cândia Torezan; FREITAS, Aline da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: editora LTR, 2010. p. 45

Em atenção aos interesses do menor é que se deve pensar no caso concreto de qual tipo de guarda que mais se adequa a determinada família, pois ao verificar o litígio ainda vivido pelos seus pais, não haverá ambiente para imposição da guarda compartilhada, sob pena de violação dos direitos fundamentais do infante, já descritos aqui.

3. TUTELA JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA

No presente capítulo demonstrar-se-á argumentos jurisprudências favoráveis e desfavoráveis à imposição da guarda compartilhada quando não há consenso dos pais, o que demonstra que apesar do tema ainda ser controverso no Poder Judiciário, não deixa de ser tutelado.

3.1. Jurisprudência Favorável à Não Imposição da Guarda Compartilhada

3.1.1. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL 1.417.868/MG, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma. Data da publicação: 10 de junho de 2015.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).

2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, **essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).**

3. **Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial.**

4. Recurso especial conhecido e desprovido.¹⁶⁵ (grifo nosso)

O caso em comento versa sobre ação proposta por B.A.C, pai da criança, requerendo a regulamentação da guarda compartilhada, bem como oferecimento de alimentos.

O requerente alega que namorou a requerida e dessa relação adveio uma filha que à época possuía 4 anos de idade. Contudo, o requerente afirma que tem sido cerceado de conviver com a criança, além de não poder decidir sobre viagens com a mesma, tendo em vista os desentendimentos com a requerida.

¹⁶⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1.417.868/MG*. Terceira Turma. Recorrente: B. A. C. Recorrido: L.G.M e outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1428596+&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>.

A ação foi julgada parcialmente procedente, tendo o juiz indeferido o compartilhamento da guarda, mas fixado os alimentos e definido a regulamentação de visitas.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a sentença, decidindo pelo não compartilhamento de guarda, uma vez que os pais, além de não se entenderem, não tem disposição para tanto. Em contínuo, alegou-se que o requerente e a requerida não demonstraram possibilidade de diálogo, maturidade, cooperação e responsabilidade conjunta, fato que poderia transformar as vivências em extremo sofrimento para todos.

No recurso especial o recorrente alega violação ao artigo 1.584, § 2º¹⁶⁶ do Código Civil, indicando também divergência de entendimento jurisprudencial. Afirma ainda que não há desavenças entre os genitores da criança e que, na condição de pai, tem uma relação harmoniosa com a filha.

Por fim, ressalta que a harmonia entre o casal não pode ser pressuposto para a concessão da guarda compartilhada, exigência que fere seu direito de participar, em igualdade de condições, da vida da menor.

O recurso especial foi conhecido, mas lhe foi negado provimento.

O julgamento do recurso especial ocorreu na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça pelos Senhores Ministros Paulo Tarso Severino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellize e Moura Ribeiro, sendo o Ministro João Otávio Noronha o relator do julgamento.

O Senhor Ministro Relator João Otávio de Noronha decidiu pelo não compartilhamento de guarda sob os seguintes argumentos.

O primeiro argumento é que o recorrente não demonstrou a tendência de assumir os compromissos que se impõe, pois sua inicial fundou-se apenas no interesse de regulamentar as visitas à filha e decidir sobre viagens com ele. Nada mais. Sendo que na verdade, o compartilhamento de guarda representa arcar conjuntamente com os deveres e direitos em relação ao filho.

O segundo obstáculo está na imaturidade que ambos os genitores demonstraram, conforme se constatou nas instâncias de origem.

O Ministro ainda esclareceu que o compartilhamento da guarda não se destina a atender o interesse dos pais no exercício do poder parental e sim o maior interesse no menor e

¹⁶⁶Art. 1.584 [...] §2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017

o seu bem-estar, que deve encontrar nos pais um ponto de apoio e equilíbrio para seu desenvolvimento intelectual, moral e espiritual.

Alertou ainda que concorda com o posicionamento de que a guarda compartilhada é a guarda que melhor atende aos interesses da criança e dos pais e que deve sim, em muito dos casos, ser imposta como medida a fecundar o diálogo produtivo entre os pais, traçando linhas mestras que devem ser por eles seguidas.

Contudo, não se deve desconsiderar que na seara do Direito que trata de questões de natureza íntima dos indivíduos, habitualmente surgem situações que fogem a doutrina e a jurisprudência, sendo particulares e demandantes de outras alternativas de soluções como o caso em questão, já que a criança não poderá servir de um experimento disciplinar para os pais.

Assim, entendeu que restou comprovada a falta de diálogo, maturidade, cooperação e responsabilidade conjunta dos pais, fato crucial para o não deferimento da guarda compartilhada, pois seria impor à criança a absorção dos conflitos que dessa relação adviriam. E isso, longe de atender os interesses da menor, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial.

Por fim, encerrou seu voto afirmando que não poderia contrariar tais conclusões para adequar a vida de pessoas a um entendimento doutrinário.

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

O acordão apresentado exemplifica muito bem o que vem sendo exposto no presente trabalho, além de reafirmar tudo que já foi dito até aqui. Além disso, condiz com o entendimento dos nobres autores aqui citados.

Primeiramente deve-se pensar sobre o princípio da prioridade absoluta que é a base dos interesses e direitos relativos à criança e ao adolescente, já que protege o menor colocando-o em condição especial de desenvolvimento, digno de receber proteção integral, tendo seu melhor interesse sempre garantido. Essa proteção é absoluta como bem dispõe a Constituição Federal no artigo 227¹⁶⁷, pois há uma necessidade de aplicação invariável e incondicionada desta norma em todos os casos que envolvam crianças, ressaltando aqui o ponto falho do instituto da guarda compartilhada que em muitas vezes é aplicado não

¹⁶⁷Art. 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. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017

respeitando tal princípio, já que passa a preponderar a vontade dos pais ou a imposição do juiz.¹⁶⁸

Ao falar em guarda compartilhada, é importante lembrar que para manter o interesse do menor preservado, essa modalidade de guarda não deve ser aplicada ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois para que ela se torne eficaz, é necessário total harmonia e consenso dos pais.¹⁶⁹

A guarda compartilhada exige ponderação dos genitores diante dos interesses dos filhos comuns e não se devem levar em conta seus próprios interesses egoístas, devendo ter como pré-requisito uma convivência harmônica que embora tenha colocado fim na relação afetiva como casal, fato que resultou o divórcio, não se desincumbiu de sua tarefa de pai ou mãe priorizando o interesse de sua prole.¹⁷⁰

A guarda conjunta quando decidida em meio aos problemas e as aflições dos pais, resulta na perpetuação dos conflitos e repercute de forma negativa para a própria saúde psíquica dos filhos, além de comprometer ainda, sua estrutura emocional. Diante desses conflitos do próprio casal, surgem as relações de chantagens e excessos de liberdade que são prejudiciais ao desenvolvimento do menor, pois os pais querem cativar o agrado do filho de forma desregrada sem se dar conta de que estão contribuindo para uma incontornável crise de autoridade e de adaptação dos filhos, que deveriam ser conduzidos para uma estável inserção na vida social.¹⁷¹

Pais em constante conflito, que sabotam o outro, não tem diálogo e não são cooperativos contaminam a educação dos filhos e quando estão em meio à disputa da guarda compartilhada, acabam colocando o filho diante da duplicidade de autoridade, já que as decisões conjuntas relativas ao menor e os acordos de visitas nunca serão objeto de consenso. Isso priva o filho da estabilidade que necessita para seu melhor desenvolvimento pessoal, sendo, sem dúvida, a melhor opção a guarda única.¹⁷²

¹⁶⁸PRIORIDADE ABSOLUTA. *Entenda a Prioridade*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>>. Acesso em: 26 out. 2016

¹⁶⁹PRIORIDADE ABSOLUTA. *Entenda a Prioridade*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>>. Acesso em: 26 out. 2016

¹⁷⁰MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 91-92

¹⁷¹MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004. p. 93-94

¹⁷²GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 237-238

Apesar desse instituto já ser aplicado antes mesmo de sua regulamentação, muitas vezes não é visto com bons olhos, já que em alguns casos os pais acionam o Poder Judiciário visando atender seus próprios interesses. A partir disso, a lei passa a ser vista como uma ilusão, por achar que o próprio instituto será eficaz para diminuir o litígio entre o casal que não o deseja fazer, deixando de analisar a verdadeira origem das dificuldades enfrentadas pelos menores.¹⁷³

A imposição da guarda compartilhada não será o remédio de cura para os problemas afetivos dos pais, além de contrariar a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Civil e todos os princípios inerentes à matéria, em especial o da integral proteção do menor. Por isso, não haverá lugar quando houver mágoas e difícil relacionamento na parceria.

A adoção do instituto é conveniente quando os pais possuem discernimento suficiente para compartilhar a rotina do filho de forma harmônica, pois dessa forma, colocariam a condição de parceiro amoroso ou de posição conjugal em segundo plano, já que a condição de ser pai e mãe estaria em primeiro. Assim, a função do juiz e do Ministério Público seria unicamente homologar as condições pactuadas pelos pais, que colocam o interesse da criança acima dos próprios objetivos pessoais.¹⁷⁴

Conclui-se então que o juiz deve avaliar se o casal tem condições de adotar esse sistema, caso contrário, um modelo implementado para melhorar o relacionamento entre pais e filhos pode conturbar a relação, porque se o casal não tem condições mínimas de convivência diária em homenagem ao filho, essa convivência será tão conflituosa que ao invés de melhorar, irá causar prejuízos muito sérios a criança.

3.2. Jurisprudência Desfavorável à Não Imposição da Guarda Compartilha

3.2.1. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL 1.428.596/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Data da publicação: 25 de junho de 2014

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA.

¹⁷³VIA JUS. *Guarda Compartilhada: uma abordagem à luz do princípio do melhor interesse da criança*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3306&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso em: 19 out. 2016

¹⁷⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 521

CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. **A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.**

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita **a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.**

4. **A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.**

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, **é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.**

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido.¹⁷⁵ (grifo nosso)

O presente caso versa sobre ação de divórcio litigioso com pedido de guarda compartilhada proposto por J.C.G, pai do menor, que pleiteia a guarda compartilhada do filho de seis anos de idade. O pai, a mãe e a criança residem na cidade de São Bento Gonçalves/RS, sendo que a guarda é da genitora e o pai tem o direito de apanhar o filho aos finais de semana alternados, às quartas-feiras e alternadamente nos feriados, natal, final de ano, páscoa e aniversário da criança.

Em primeira e segunda instância, a solicitação da guarda compartilhada pelo pai foi negada sob o argumento de que a ausência de consenso entre os pais impossibilita a decretação da guarda compartilhada.

Em recurso especial, o pai da criança alegou violação ao artigo 1.584, §2º¹⁷⁶, alegou ainda que a prévia vedação da apreciação do pedido de guarda compartilhada, ante o

¹⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp.* 1.428.596/RS. Terceira Turma. Recorrente: J.C.G Recorrido: C.G. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 03 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1428596&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>.

¹⁷⁶Art. 1.584 [...] §2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.* Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017

reconhecimento de ausência de consenso entre os genitores sobre sua implementação, fere seu direito de participar em igualdade de condições da vida de seu filho e, o do menor, de ter a máxima relação possível com ambos os genitores. Aponta ainda, divergência jurisprudencial entre o acórdão do Tribunal de origem e julgados do Superior Tribunal de Justiça.

O recurso foi julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual participaram do julgamento os Senhores Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, sendo a Senhora Ministra Nancy Andrighi a relatora.

A Senhora Ministra Relatora Nancy Andrighi deu provimento ao Recurso Especial nos seguintes termos:

Primeiramente foi ressaltada a controvérsia em dizer se é possível se rejeitar, de plano, o pedido de guarda compartilhada, apenas com a análise de que não há consenso entre os pais.

Foi alegado ainda que o genitor que não detém a guarda tende a não exercer os demais tributos do Poder Familiar, tendo em vista que se distancia de sua prole e priva de um importante referencial para sua formação, limitando o pai a um exercício de fiscalização frouxo.

Acaba que os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo na maioria das vezes órfãos de pai ou mãe vivos, já que a visita demonstra um distanciamento daquele que não detém a guarda.

Por isso, a Senhora Ministra defende que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos usufruam, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

O consenso como pré-requisito para a aplicação da guarda compartilhada é um dos elementos que se encontra em zona turva. É desejável que ambos os genitores se empenhem na consecução da nova forma de ver a relação entre pais e filhos após o divórcio, mas é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impeça a fixação desse modelo de guarda, uma vez que viola toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam a guarda compartilhada como regra.

Ao concluir que a falta de consenso entre os pais inviabiliza a guarda compartilhada, está indo contra os interesses da prole e focando no litígio dos pais, fato que viola a busca pelo melhor interesse da criança. A Ministra afirma que para a litigiosidade entre os pais deve-se buscar novas soluções, já que nasce um novo problema, desde que não inviabilize a

guarda compartilhada, nem dê a um dos genitores, poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor.

Apesar de extrema, a imposição judicial a cada um dos pais e a decretação do período de convivência da criança sob guarda compartilhada é medida necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

Ademais, o artigo 1.584, §4¹⁷⁷ autoriza o julgador a fazer, no curso da guarda compartilhada, alteração nas prerrogativas inicialmente atribuídas, escolhendo outro modelo que melhor atenda o melhor interesse da criança ou como efeito secundário, sancionar o genitor que imotivadamente descumpra uma das cláusulas da guarda compartilhada.

O presente julgamento aponta ainda que a vedação da guarda compartilhada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul sob argumento da falta de consenso entre os pais, foi medida que ofendeu o artigo 1.584, § 2^{o178} do Código Civil, além de não ter outros elementos que impossibilitariam tal guarda, já que os genitores moram em cidade no interior do Estado do Rio Grande do Sul, o que em termos de deslocamento não gerará maiores impactos na rotina do menor, pois continuará na mesma escola, tendo as mesmas referências sociais, além de receber carinho e atenção de ambos os genitores.

Por fim, a Senhora Ministra Nancy alega que manter a guarda singular, por mero interesse manifestadamente egoísta do ascendente, é negar o direito do menor e seria mera ação de inércia social com a qual não pode compactuar o Estado.

Dessa forma, deu provimento ao recurso especial, reformando o acordão, para considerar possível a implementação da guarda compartilhada, mesmo na ausência de consenso entre os pais.

Os Senhores Ministros Desembargados da Terceira Turma votaram com a Senhora Ministra Relatora.

No Código Civil de 1916 tinha-se a ideia de que no momento da situação de divórcio ou dissolução de união estável haveria a outorga da guarda para apenas um dos genitores, fato

¹⁷⁷Art. 1.584 [...] § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017

¹⁷⁸Art. 1.584 [...] § 2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017. Acesso em: 03 mar. 2017

que não existe mais no Código Civil de 2002, já que este regula a regra da guarda compartilhada.

O instituto da guarda compartilhada surgiu com base psicológica e sociológica, defende que, como uma necessidade de todos os envolvidos na situação de divórcio, há o desejo de ambos os pais compartilharem a criação e educação de seus filhos e destes de manterem regular comunicação com seus pais.¹⁷⁹

Diante desse contexto motivou o surgimento da guarda compartilhada que nada mais é do que o exercício da autoridade parental que os pais desejam continuar exercendo mesmo após a fragmentação da família, ou seja, é a forma igualitária da guarda jurídica, na qual ambos têm o dever de guardar seus filhos. É a forma de os pais pensarem de forma conjunta no bem-estar dos filhos, permitindo que eles tenham assegurado à convivência familiar, já que os pais dividem as responsabilidades e as principais decisões relativas aos filhos como educação, instrução religiosa, problemas de saúde entre outros.¹⁸⁰

A guarda compartilhada tem enorme significação no exercício do poder familiar nos casos de divórcio e dissolução da união estável, tendo em vista que ela permite manter uma convivência com os pais separados. Isso permite uma maneira muito parecida com a situação anterior de normalidade conjugal e conseqüentemente a ruptura conjugal fica menos traumática para os filhos e facilita a harmonia familiar.¹⁸¹

Esse modelo de guarda ainda permite que os pais colaborem de forma conjunta na responsabilização, na educação e nas decisões gerais tomadas na vida do filho, estabelecendo assim a cooperação quanto à efetiva função parental, além de preservar a afetividade, direitos e obrigações recíprocas relevantes e na própria formação do filho.¹⁸²

Ressalta-se que o modelo de guarda compartilhada é o estimulado pela psicologia e pela psicanálise, devendo ainda ser estimulado pelo juiz, sendo ainda recomendado pelo Enunciado 335 do Conselho de Justiça Federal: "a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar".

¹⁷⁹GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 137

¹⁸⁰GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 137-139

¹⁸¹STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 67-68

¹⁸²STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 67-69

Antes da regulamentação da Lei 11.698/2008 muitos doutrinadores e profissionais do direito entendiam que a guarda compartilhada era definida a partir da vontade dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos advindo do divórcio. Com o advento da Lei, essa ideia foi ignorada e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos pais quando se separam. Ao contrário, quando não houver acordo, será aplicada pelo juiz, conforme determina o artigo 1.584, § 2º¹⁸³ do Código Civil.¹⁸⁴

O instituto da guarda compartilhada caracteriza-se pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar com intuito de minimizar os efeitos da separação dos pais. O compartilhamento da guarda incentiva o diálogo, mesmo que cada genitor tenha constituído nova família. Dessa forma, os pais permanecem com as mesmas tarefas que mantinham quando conviviam como casal, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, a fim de que o menor se sinta tão confortável na casa de um dos pais, quanto do outro, ainda que estes tenham constituído nova família.¹⁸⁵

O modo de compartilhamento da responsabilidade e da efetivação da convivência do filho com seus pais, quando estes não se entendem, é a decisão do juiz de família, que sempre deve ouvir a equipe multidisciplinar ou fundamentar-se em orientação técnico-profissional.¹⁸⁶

São inúmeras as vantagens da guarda compartilhada: prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não deixando um dos pais como mero coadjuvante, além de privilegiar a continuidade das relações da criança com seus dois pais, respeitando a finalidade da família de proteção, cuidado e amparo dos menores.¹⁸⁷

O exercício da parentalidade por um só dos genitores traz consequências para a criança como falta de referência da figura paterna ou materna com as decorrentes lacunas

¹⁸³Art. 1.584 [...] § 2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017

¹⁸⁴LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 198-199

¹⁸⁵LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200

¹⁸⁶LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200

¹⁸⁷LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201

psíquicas ou divisão da personalidade dos filhos, que poderão ser comprometedoras para sua integridade psíquica, como demonstram diversas pesquisas no campo da psicanálise.¹⁸⁸

Para que a aplicação da guarda compartilhada tenha sucesso, é necessário o trabalho em conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família ao convencimento dos pais e para a superação de conflitos. O uso da mediação, por exemplo, é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, uma vez que submete os pais a sessões sucessivas com o mediador e alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo de como exercitarão conjuntamente a guarda.¹⁸⁹

¹⁸⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201

¹⁸⁹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201-202

CONCLUSÃO

A família brasileira herdou grande influência das famílias romana, germânica e canônica e há pouco tempo, devido às transformações históricas, culturais e sociais é que passou a seguir novo rumos, dando inclusive, maior lugar a mulher e aos filhos que antes eram totalmente submissos ao *Pater Familia*.

A família é uma construção cultural e cada ente ocupa um lugar e possui uma função, seja de pai, mãe, filho não precisando, necessariamente, serem ligados biologicamente. Essa estrutura familiar interessa ao Direito e faz com que o Estado passe a intervir na vida social, a fim de preservar o organismo familiar.

A nova concepção de família formada por laços afetivos de carinho e de amor e vem sendo priorizada na doutrina e jurisprudência, além de já ser enfoque na Constituição Federal de 1988.

Na história da civilização humana, a criança e o adolescente não tinham papel de relevância na família, sendo objeto do poder patriarcal. Com o advento do princípio do melhor interesse da criança é que se passou a ver o menor como sujeito de direito merecedor de proteção no ordenamento jurídico e dessa forma, saiu de uma posição inferior e tomou lugar de absoluta prioridade, sendo resguardado pela Constituição Federal.

O princípio do superior interesse surgiu a partir da ideia de que o menor encontra-se em posição de fragilidade, já está em uma fase da vida de amadurecimento e formação da personalidade. Busca-se garantir o direito do menor de chegar à sua vida adulta sob as melhores garantias materiais e morais, garantindo seu pleno desenvolvimento. O melhor interesse da criança busca dar-lhe uma boa formação moral, social e psicológica; a busca da saúde mental ou a preservação de sua estrutura emocional.

Com base no princípio do superior interesse da criança e da doutrina da proteção integral previstos no artigo 227¹⁹⁰ da Constituição Federal abordou-se qual o instituto de guarda, que melhor atenderia tais proteções e percebeu-se que a guarda compartilhada, por

¹⁹⁰Art. 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. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 mar.2017

mais que atenda os melhores interesses dos pais e da criança, não terá lugar no processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois para que ela se torne eficaz, é necessário total harmonia e consenso dos pais.

A guarda compartilhada exige maior ponderação dos pais diante dos interesses dos filhos comuns, não se deve levar em conta seus próprios interesses egoístas, tendo como pré-requisito uma harmônica convivência entre o casal que embora tenha consolidado a perda da sintonia afetiva resultando no divórcio, não se desincumbiu de sua tarefa de pai ou mãe priorizando o interesse de sua prole.

Caso contrário, em que os pais incentivam a aplicação de tal instituto, ele traz diversos benefícios, uma vez que os genitores assumem as mesmas responsabilidades com relação aos filhos, preservando assim o Poder Familiar. Essa igualdade de responsabilidade aproxima de maneira igualitária os filhos dos pais, havendo uma igualdade de sentimentos, sendo menos drástica para o filho a ruptura conjugal e por fim, há a proteção dos interesses do menor.

A possível solução para os pais que não chegam a um consenso sobre as decisões do filho é a aplicação da guarda unilateral, na qual o genitor guardião é o responsável por tomar todas as decisões que dizem respeito ao filho enquanto o outro exercerá o direito de visita e fiscalização da guarda exercida, a fim de preservar uma convivência saudável entre pais e filhos.

Resta esclarecer que o magistrado deverá analisar caso a caso não podendo unificar suas decisões, uma vez que os conflitos da Vara de Família envolvem questões subjetivas, sentimentos abalados e muitas vezes frustrados, sendo natural verificar com situações que normalmente fogem à doutrina e à jurisprudência.

Ao final, conclui-se pela validade da hipótese eleita ao problema proposto no início desta pesquisa, conforme a argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial desenvolvida nos capítulos da presente monografia.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013
- BORGES NETTO, André. *A Supremacia Hierárquica das Normas Constitucionais*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645614/a-supremacia-hierarquica-das-normas-constitucionais>>.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.
- BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.
- CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cândia Torezan; FREITAS, Aline da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: editora LTR, 2010.
- COLTO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Método, 2009.
- CONTEÚDO JURÍDICO. *Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente Aplicado ao Direito de Família*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>.
- DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos Cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DOM TOTAL. *Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>.
- FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito da família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LISBOA, Roberta Senise. *Manual de Direito Civil: teoria geral do direito civil*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A Influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro e a Primazia da Norma mais Favorável como Regra de Hermenêutica Internacional*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/influencia.htm>>.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, parte geral*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PADILHA, Rodrigo Correa. *Direito Constitucional Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PRIORIDADE ABSOLUTA. *Entenda a Prioridade*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>>.

REGO, Nelson M. de Moraes. *Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://amma.com.br/artigos~2,3465,,,protecao-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOARES, Carina de Oliveira. *Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Análise das Relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16>.

SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

VIA JUS. *Guarda Compartilhada: uma abordagem à luz do princípio do melhor interesse da criança*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3306&idAreaSel=5&seeArt=yes>>.

VILAS-BOAS, Renata Malta. *A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>.