



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**LUCAS ROCHA RODOVALHO SCUSSEL**

**A DESMISTIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS  
REAIS EFEITOS NA PRÁTICA**

BRASÍLIA

2018

**LUCAS ROCHA RODOVALHO SCUSSEL**

**A DESMISTIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS  
REAIS EFEITOS NA PRÁTICA**

Monografia, apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília - UniCeub, como  
parte das exigências para a obtenção do  
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano de Medeiros  
Alves

BRASÍLIA

2018

**LUCAS ROCHA RODOVALHO SCUSSEL**

**A DESMISTIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS REAIS EFEITOS  
NA PRÁTICA**

Monografia, apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília - UniCeub, como  
parte das exigências para a obtenção do  
título de bacharel em Direito.

**2018.** Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. (Luciano de Medeiros Alves)**

---

**Examinador:**

## RESUMO

A importância do princípio do melhor interesse do menor em nossa sociedade vem se destacando cada vez mais com o aumento das separações das entidades familiares. Exclusivamente quando há litígio no rompimento dos laços conjugais é que se deve prestar mais atenção. Com isso, nesse trabalho é analisado como a alteração nos artigos do Código Civil interferiram sobre o instituto da guarda, ocasionando para a imposição do instituto da guarda compartilhada em casos de separação, até mesmo quando não houver consenso entre os genitores. Porém, cada caso é um caso, e com o aumento das dissoluções conjugais em nossa sociedade deve-se aprofundar o estudo e analisar quando a guarda compartilhada será a mais benéfica para o menor e quando não será. Com essas respectivas mudanças legais, os operadores do direito de certa forma ficam presos ao texto legal, na qual a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.626.495/SP seguiu à risca o ordenamento jurídico, decidindo para a imposição da guarda compartilhada mesmo havendo litígio entre os genitores, e de contrapartida, o Ministro João Otávio de Noronha decidiu no REsp 1.417.868 /MG que o menor não poderia ser obrigado a conviver em um ambiente litigioso e deveria ser resguardado por uma das partes genitoras, para que de forma alguma afetasse seu desenvolvimento social, emocional e psíquico.

**Palavras-chave:** Melhor interesse do menor. Separação Litigiosa. Guarda Compartilhada. Análise jurisprudencial.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR.....</b>	<b>7</b>
1.1 O Conceito de família e sua evolução histórica.....	7
1.2 Do Poder Familiar .....	10
1.2.1 Origens do Poder Familiar.....	10
1.2.1.1 <i>Evolução Conceitual: Do Pátrio Poder ao Poder Familiar.....</i>	<i>17</i>
<b>2 EXERCÍCIO DO PODER DEVER NA DISSOLUÇÃO FAMILIAR.....</b>	<b>19</b>
2.1 Conceito .....	19
2.2 Dissolução entre famílias .....	20
2.3 Modos de Guarda .....	23
2.3.1 Guarda Unilateral.....	25
2.3.2 Guarda Alternada.....	26
2.3.3 Aninhamento ou Nidação.....	27
2.3.4 Guarda Compartilhada.....	27
2.3.4.1 <i>Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada.....</i>	<i>30</i>
<b>3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA.....</b>	<b>35</b>
3.1 Consequências da Lei nº 13.058/2014 no Instituto da Guarda Compartilhada.....	35
3.2 Análise dos Efeitos Gerados Pelo REsp. 1.626.495/SP.....	38
3.3 A Guarda Compartilhada Frente à Onerosidade Excessiva ao Menor.....	44
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo “a desmistificação da guarda compartilhada e seus reais efeitos na prática”, tema não tão recente, porém, de notória importância tanto para o mundo jurídico quanto para as relações sociais nas entidades familiares, pois, as dissoluções conjugais se tornam cada vez mais comuns em nosso país e devemos amparar os menores que estão envolvidos nesse litígio.

Com o intuito de um melhor entendimento a respeito do referido tema, o presente trabalho será dividido em três capítulos. Aonde, analisaremos a “família” de uma outra perspectiva, estudando os momentos mais remotos das entidades familiares até à chegada dos dias atuais, e o quão impactante pode ser para o menor e conseqüentemente para nós.

Em um primeiro momento, realizaremos um breve estudo da evolução histórica do poder familiar, veremos também os conceitos de família e poder familiar, as origens do poder familiar e por fim, a evolução conceitual do pátrio poder ao poder familiar.

Posteriormente, em um segundo capítulo, a fim de examinar o instituto do poder dever nas dissoluções familiares, comentaremos sobre o conceito de poder dever, suas origens e o seu funcionamento na sociedade atual, explicaremos também como ocorre a dissolução familiar, os impactos e conseqüências que podem causar em nossas entidades familiares, gerando assim a implementação da guarda.

Ainda no segundo capítulo, será explicado o conceito da palavra “guarda” e quais as modalidades de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico. Na qual falaremos separadamente da guarda unilateral, da guarda alternada, da guarda compartilhada, detalhando de forma especial, desta última, suas vantagens e desvantagens, e por fim, do instituto do aninhamento de forma breve.

No terceiro capítulo, tendo em vista simbolizar ponto de relevância para toda a sociedade, procurar-se-á demonstrar a implementação da Lei nº 13.058/2014 e quais as conseqüências para os juristas da imposição do instituto da Guarda Compartilhada como regra, analisando as alterações no Código Civil e abordando vagamente sobre o que se pode interpretar com essa nova mudança.

No mesmo capítulo, analisaremos em um primeiro ponto o REsp. 1.626.495/SP relatado pela Ministra Nancy Andrighi da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) frente à onerosidade excessiva ao menor, na qual mantém uma posição legalista e defende a importância do respeito ao texto legal em nossa sociedade, decidindo no caso exposto a imposição do instituto da guarda compartilhada.

Ainda no terceiro capítulo, analisaremos também o Recurso Especial Nº 1.417.868/MG na qual o Ministro João Otávio de Noronha teve uma forma diferente de pensar e decidir sobre a imposição da guarda compartilhada em casais com litígio, posicionando-se contra à implementação forçada do instituto nesses casos, priorizando em sua visão o princípio do melhor interesse do menor um direito da criança.

O método de pesquisa utilizado neste trabalho foi o dogmático jurisprudencial, no qual busca-se a contribuição teórica à solução de problemas práticos, visando a racionalização das técnicas jurídicas e o aperfeiçoamento jurisprudencial.

Por fim, concluiremos a presente composição, analisando todos os pontos debatidos e analisados nos capítulos anteriores, e uma breve exposição da minha opinião sobre o tema abordado.

Portanto, firmada a exposição geral do presente trabalho, cabe dar abertura a seus capítulos.

## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR

A família é a forma mais antiga de demonstração de afeto e união entre os seres humanos. Desde os tempos mais remotos, o ser humano se organiza em grupos, no intuito de proteção e desenvolvimento de tal equipe. É essencial para qualquer pessoa a companhia de outra, como um vínculo de afeto, carinho e proteção que só uma família pode oferecer, sendo necessária para o nosso equilíbrio emocional e até mesmo para o desenvolvimento de nossa sociedade em si, aonde juntos somos mais fortes e podemos realizar coisas grandiosas.

Existiram diversas formas de organização para com esses grupos, no qual o homem já foi o líder familiar, e a mulher também, até chegarmos nos dias de hoje em que os dois membros da entidade familiar, tanto o pai como a mãe têm a capacidade de decidir sobre a liderança dessa “equipe” familiar. Por isso é importante entendermos o significado do vocábulo “família” e identificarmos sua evolução no decorrer da história para compreender a importância dela em nosso crescimento pessoal e social.

### 1.1 O Conceito de Família e sua Evolução Histórica

Quanto ao sentido etimológico da palavra “família” perduram algumas dúvidas. Houve quem afirmasse que deriva do termo *famulus* (“servente”), fazendo correspondência ao conjunto de escravos e criados enquanto propriedade de um só homem. Houve também quem afirmasse que vem do latim *fames* (“fome”). Hoje trata-se de um agrupamento social que se baseia em laços de parentesco. (CONCEITO.DE, 2011)

“Segundo o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa de José Pedro Machado, a palavra família entrou na nossa língua, no século XVI por via culta, através do latim “família” que significava << o conjunto dos escravos da casa; todas as pessoas ligadas a qualquer grande personalidade; casa de família>>”. (GONÇALVES, 2003)

O vocábulo “família” pode possuir diversos significados entre todas as áreas das ciências humanas, como a antropologia, a sociologia entre outras. No entanto, para os fins deste estudo, é importante focar aos conceitos trazidos pela ciência jurídica. Nossa legislação pátria não apresenta um conceito definido da



família, mas sabemos a importância dela em nossa sociedade para a manutenção e o desenvolvimento da saúde e equilíbrio emocional de seus membros, que reflete diretamente nas atitudes de nossos cidadãos. (CUNHA, 2009)

Hoje, a família é a principal forma de organização de seres humanos, baseia em um agrupamento social que se funda tanto nos laços consanguíneos, pais e filhos por exemplo, quanto nos laços afetivos, como no casamento e na adoção.

“Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.” (LÔBO, 2011. p.17)

Existem diversas acepções de família por diversos autores, porém entre as diversas definições das doutrinas, uma das que é mais completa e melhor sintetiza o sentido de família no ordenamento jurídico brasileiro é a de Orlando Gomes que considera “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção. (SILVA, 2014)

Já na visão do autor Paulo Lôbo, existem duas estruturas associadas também, que é o vínculo e o grupo, no qual a partir de uma das três formas de vínculo, irá se compor o grupo que a integra.

“Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)”. (LÔBO, 2011. p. 18)

A família pode ser considerada a primeira célula de organização social mais antiga do ser humano, a qual, historicamente, até mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituía-se em um grupo de pessoas que se relacionavam a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio. (CUNHA, 2009)

Nas entidades familiares antigas, todos os membros assumiam obrigações entre si, sob o comando de um ancestral comum, conhecido como “patriarca” e geralmente da linhagem masculina, no qual compartilhavam da mesma identidade cultural e patrimonial e eram unidas por laços sanguíneos de parentesco. Tais entidades ficaram conhecidas e denominadas como “clãs”. Com o crescimento desses clãs, essas entidades familiares passaram a se unir, formando as primeiras tribos. Com isso, as entidades primitivas fundadas apenas nas relações de parentesco sanguíneo, deu-se origem às primeiras sociedades humanas organizadas, surgindo a expressão “família”. (CUNHA, 2009)

A formação dos clãs, que se dava a partir da relação de parentesco com um ancestral comum, perde espaço com o desenvolvimento de sociedades mais complexas. Visto que no Direito da Roma Antiga a expressão “família natural”, formada apenas por um casal e seus filhos, originada de uma relação jurídica denominada casamento, ganha importância. (CUNHA, 2009)

O modelo familiar do Direito Brasileiro baseia-se no Direito Romano, logo é importante destacar alguns pontos. A família no Direito Romano era baseada no pátrio poder, no qual o pai da família tinha responsabilidade de cuidar e zelar pelos seus membros, liderando e exercendo o papel de chefe familiar. Com a morte do patriarca, não era a matriarca, nem as filhas que assumiam o pátrio poder, mas sim o filho primogênito e/ou a outros homens pertencentes ao grupo familiar. (NOGUEIRA, 2007)

Houve um deslocamento do poder de Roma para as mãos da Igreja Católica Romana que desenvolveu o Direito Canônico, estruturado num conjunto normativo laico e religioso que se manteve até o século XX. O Direito confundido com a justiça, era ditado pela Religião, que possuindo autoridade e poder, se dizia intérprete de Deus na Terra. (NOGUEIRA, 2007)

Os canonistas eram totalmente contrários à dissolução do casamento por entenderem que não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus e, portanto, um sacramento. A evolução do Direito canônico ocorreu com a elaboração das teorias das nulidades e de como ocorreria a separação de corpos e de patrimônios perante o ordenamento jurídico. Não se pode negar, entretanto,

a influência dos conceitos básicos elaborados pelo Direito Canônico, que ainda hoje são encontrados no Direito Brasileiro. (NOGUEIRA, 2007)

Então resumidamente, a evolução da família, em especial dentro das sociedades ocidentais, baseou-se em seu princípio na consanguinidade entre seus membros, isto é, na origem comum de seus membros, formando-se grandes grupos familiares originários de um único patriarca. Gradualmente, essa estrutura foi substituída por núcleos familiares menores, formados a partir da união entre homens e mulheres mediante um ato solene, chamado casamento, que foi consolidado e sacralizado pela Igreja Católica, a qual dominou a cultura e a sociedade das nações europeias ocidentais por mais de um milênio.

## **1.2 Do Poder Familiar**

O poder familiar é imprescindível para tal estudo, visto que é uma característica que sempre esteve presente no seio familiar, havendo a necessidade de tal “liderança” para administração dos membros da família e de organização do bem comum dos envolvidos.

Tal instituto sofreu inúmeras transformações até os dias de hoje, passando por grandes evoluções no decorrer das mudanças das entidades familiares, visto isso, é de total relevância o estudo dessa liderança da equipe sobre os demais membros em relação ao seu significado e sua evolução histórica mundial, para entendermos como funcionava e como se deu essa trajetória histórica-social até o que temos nos dias de hoje.

### **1.2.1 Origens do Poder Familiar**

A sociedade é um organismo vivo, por isso está sujeita à mudanças e alterações no decorrer da história. Assim como alguns costumes, avanços tecnológicos, conflitos entre países, novas descobertas científicas, a batalha para a igualdade de gênero/raça/religião entre diversas outras coisas que aconteceram e modificaram os comportamentos sociais e a sociedade em si, com as entidades familiares não seria diferente, devendo-se ressaltar os avanços no âmbito jurídico familiar. (REINALDIN, 2008. p. 8)

Sobre essas mudanças da família, tanto como ocorreram diversas transformações econômicas, políticas, culturais e sociais, geraram mudanças no âmbito do modelo familiar também, tornando-se mais que evidente a necessidade de alterações para o cuidado com os filhos, devido à profundas mudanças estruturais que incidem sobre a família. (REINALDIN, 2008. p. 8)

Graças aos avanços sociais das entidades familiares, o instituto do poder familiar foi ao longo do tempo ganhando uma nova cara, com novas regras, novos direitos e novos deveres que foram sendo acrescentados na legislação brasileira no decorrer de tal evolução.

“O poder familiar encontra sua origem em épocas muito remotas, ultrapassando as fronteiras culturais e sociais. Instituto este, que alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da história da própria família. Enorme foi o passo dado nesta matéria, com o Projeto do Código Civil de 1965, ao ser estabelecido que o pátrio poder seja exercido em comum pelos pais do menor<sup>2</sup>. Deferiu também, a Constituição Federal vigente<sup>3</sup>, o pátrio poder ao casal, tal como já havia sido concedido pela Lei n. 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada. Mantendo o princípio, o Código Civil de 2002 estatui no art. 1.631, que, durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; apenas na falta ou impedimento de um deles, outro o exercerá exclusivamente<sup>4</sup>. A partir de então, havendo divergência entre os cônjuges, não mais prevalece à vontade paterna, e aquele que estiver inconformado deverá recorrer à justiça, pois o exercício do pátrio poder é de ambos os cônjuges, igualmente.” (CHAVES, 2011. p. 10).

Mesmo com as modificações que o tempo e os costumes foram operando, existia uma evidente influência romana aonde no antigo direito luso-brasileiro vigoravam as ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. Existia, assim, no direito da época o poder familiar romano que fora transplantado para Portugal, compreendido como um poder do pater famílias que perpetuava durante sua existência, e somente em relação aos filhos legítimos ou legitimados, conforme disciplinavam as Ordenações Filipinas. (COMEL, 2003. p. 23)

“Conforme os estudos de José Virgílio Castelo Branco Rocha, eram as seguintes características do pátrio poder, no antigo direito: a) só o pai exercia o pátrio poder, não competindo à mãe senão certos direitos relativos à obediência filial; b) a maioria terminava aos 25 anos de idade, mas não cessava com ela o pátrio poder se o filho continuasse sob a dependência do pai; c)

o pátrio poder só dizia respeito aos filhos legítimos e legitimados, não alcançando os naturais e os espúrios; d) o pai podia nomear tutor aos filhos naturais, que eram chamados à sucessão se o pai fosse peão.<sup>6º</sup> (COMEL, 2003. p. 24)

Os pais tinham como atribuições em relação à pessoa de seus filhos, o dever de educá-los e dar-lhes profissão, castigá-los moderadamente, exigir e aproveitar seus serviços, sem obrigação de salário, nomear tutor testamentário, defendê-los em juízo ou fora dele, e por fim contratar em nome do filho impúbere e intervir com sua autoridade. (COMEL, 2003. p. 24)

Atualmente, o poder familiar continua tendo praticamente a mesma abrangência de conteúdo, englobando um complexo de normas que dizem respeito aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens de seus filhos menores de idade e que não sejam emancipados. Como dirigir-lhes a criação e a educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, nomear tutor, representá-los até os 16 anos na vida civil e por fim, exigir que lhes prestem obediência. (DINIZ, 2010. p. 569-572)

Quanto às relações patrimoniais do pátrio poder, vigorava o seguinte, cabia ao pai a propriedade e o usufruto do pecúlio profetício (dado ao filho em administração); a propriedade, a administração e o usufruto do pecúlio castrense ou quase castrense (adquiridos em profissão milita ou cargo na igreja e corte imperial); e por fim quanto ao pecúlio adventício (bens da parte materna ou cônjuge) cabia ao pai apenas o uso e os frutos se o filho estivesse sob seu poder, mas a propriedade era do filho. (COMEL, 2003. p. 24)

Por outro lado, de forma breve, hoje em dia incumbe aos pais no exercício do poder familiar, em relação à esfera patrimonial a administração dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados e o usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob seu poder. (DINIZ, 2010. p. 573-575)

Nessa época a extinção do poder familiar se dava de diversas formas, porém as que mais eram comuns era quando ocorria a morte do pai ou do filho, casamento do filho, emancipação ou pelo exercício de cargos públicos se o filho fosse maior de 21 anos de idade. (COMEL, 2003. p. 25)

No mesmo sentido, sobre a extinção do poder familiar, entende Paulo Lôbo nos dias de hoje:

“A extinção é a interrupção definitiva do poder familiar. As hipóteses legais (art. 1.635 do Código Civil) são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda do poder familiar.” (LÔBO, 2011. p 305)

No entanto, com a mudança dos costumes e o avanço nas relações sociais e familiares o antigo sistema das Ordenações Filipinas já não era mais suficiente. Assim, em 1831 com a Resolução de 31 de outubro foi fixada a maioria em 21 anos causando efeitos na emancipação do menor “dependente”. Da República, anota-se o Dec. 181, de 24.01.1890, no qual criou-se uma regra de significativa importância que constituiu um marco na evolução do pátrio poder, aonde concedia à viúva o direito de exercer o poder familiar, desde que não se casasse novamente. (COMEL, 2003. p. 25)

Sob a égide da Constituição da República de 1891, continua a evolução do poder familiar sob o princípio da unidade de direção, instituído pela Lei 3.071, de 01.01.1916 o primeiro Código Civil brasileiro. Com efeito dispunha em seu artigo 233 que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, atribuindo à figura masculina poderes para comandar e representar a família alegando que causariam perpétuas perturbações se não houvesse alguém para dirigir seus membros, porém com uma maior participação da mulher. (COMEL, 2003. p. 25)

A mulher era considerada companheira, consorte e colaboradora no âmbito familiar, sendo que nessas características se encontra a mulher como amiga, sócia e auxiliar do marido. Na vida em sociedade a mulher tinha um espaço relativamente restrito, aonde começava a perder a administração de seus bens quando se casava, não podia exercer uma profissão sem autorização do marido, na qual dessa maneira de uma sociedade machista acabava a colocando em uma situação de inferioridade e dependência do marido. (COMEL, 2003. p. 28)

Desse modo, nessa época o pátrio poder continuava a ser exercido prioritariamente pelo marido e de forma subsidiária pela esposa, visto isso na forma do artigo 233 da mesma Lei também “e, na falta ou impedimento seu, a

mulher”. No entanto, a doutrina foi abrindo caminho para a mulher, observado que, cada vez mais, aumentava-se a vontade na criação de seus filhos, afinal mesmo não sendo declarado na lei, a mulher participava ativamente nos encargos da criação e educação dos filhos. (COMEL, 2003. p. 28)

Mesmo que só pelo casamento se constituísse família legítima, conferia-se proteção a todos os filhos que ocorresse a autoridade paterna, ou seja, os naturais, os legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos. Por entender, que o pátrio poder era uma organização da autoridade protetora dos pais, durante a menoridade de seus filhos. Os filhos ilegítimos ficavam sob o poder da mãe nos termos do artigo 383 do referido Código. (COMEL, 2003. p. 30)

Pode-se perceber a importância da proteção dos filhos, sendo uma necessidade natural do ser humano:

“[...] durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais [...]” (GONÇALVES, 2011. p. 412)

Em relação à extinção do pátrio poder, com a implementação desse Código, o término da sociedade conjugal em nada implicava na titularidade do pátrio poder, com reflexos apenas no direito de guarda. No qual no término amigável a guarda dos filhos seria resolvida por mútuo acordo dos cônjuges. E se o término fosse oferecido pela via judicial haveriam três possibilidades, na primeira se houvesse cônjuge culpado os filhos ficariam com o inocente, secundamente se os dois fossem culpados a decisão era baseada na lei do sexo, ou seja, até os seis anos ficaria com a mãe, e por último permanecendo os dois culpados e a criança maior de seis anos, o filho ficaria com o pai e a filha com a mãe, para não fugir do conservadorismo machista da época. (COMEL, 2003. p. 31)

Quanto ao parágrafo anterior, o juiz poderia estabelecer a guarda de outra maneira, sempre que o interesse e o bem-estar do menor permitisse. Por outro lado, a mulher se contraísse novas núpcias perderia o direito do pátrio poder sobre os filhos do casamento anterior, alegando autores da época como Clóvis

Beviláqua que a mulher seria incapaz de gerir duas famílias ao mesmo tempo, podendo prejudicar as crianças do leito anterior e falhar em suas atribuições como dona de casa e esposa. (COMEL, 2003. p. 32)

Apesar da notável hierarquia do homem sobre a mulher nesse Código, observa-se pelo menos mudanças consideráveis em relação aos melhores interesses do menor, que quando ocorria a dissolução conjugal o mais importante seria resguardar os direitos do menor protegendo e educando e conseqüentemente emergindo a importância da mulher na criação de sua prole, mesmo com alguns obstáculos machistas. (COMEL, 2003. p. 33)

Em 1962 a Lei 4.121 de 27.08, denominada Estatuto da Mulher Casada, introduziu ao Código Civil de 1916 algumas modificações importantes relativas ao pátrio poder, respondendo às insatisfações das doutrinas e da sociedade, que tornava a mulher relativamente incapaz com o casamento. (COMEL, 2003. p. 34)

“Conferiu-se, desse modo, o exercício do então denominado pátrio poder aos dois genitores, malgrado tivesse colocado a mulher na condição de mera colaboradora. Reconheceu-se-lhe, todavia, o direito de recorrer ao juiz em caso de divergência entre os cônjuges.” (GONÇALVES, 2011. p. 415)

A primeira está no artigo 380 que passou a atribuir a titularidade do pátrio poder tanto ao homem quanto à mulher, mesmo mantendo um certo direito de preferência para com o pai. Outra mudança bastante significativa foi no artigo 393, no qual dispunha em que se a viúva se casasse novamente não perderia os direitos do pátrio poder relativamente aos filhos do casamento anterior. Por fim, no artigo 248, que conferiu a mulher casada exercer direito sobre a pessoa dos filhos e seus bens. Esse foi o marco inicial da paridade conjugal. (COMEL, 2003. p. 35)

Quinze anos depois veio a Lei do Divórcio, que não trouxe significativas mudanças sobre o pátrio poder, foi bastante polêmica e inovadora, mas não atingiu na essência, pois seu maior objetivo foi regular a situação dos filhos submetidos ao pátrio poder, os quais passariam a viver fora do convívio simultâneo dos pais. Preenchendo omissões do Código Civil de 1916 em relação a guarda dos filhos em caso de desquite, que viria a se chamar separação judicial. (COMEL, 2003. p. 35)



Nos casos de separação litigiosa e de anulação de casamento o artigo 10 e seus parágrafos, veio disciplinar em três hipóteses novamente. Na primeira se manteve que o filho ficaria com o cônjuge inocente, embora tenha recebido críticas pois a penalidade a um dos pais “culpado” traria malefícios na relação com o filho. Na segunda aonde os dois seriam culpados, houve uma mudança radical, dessa vez os filhos independentemente da idade ou do sexo ficariam com a mãe. E na última hipótese é quando o juiz achar que o filho não deve ficar nem com o pai nem com a mãe, escolhendo pessoa idônea da família para ficar com a guarda, apenas havendo razões muito sérias. (COMEL, 2003. p. 36-37)

Outro aspecto importante tratado por essa lei em relação à omissão do Código Civil de 1916, foi no que diz respeito aos direitos do pai que não tem os filhos sob a guarda. Reconhecendo expressamente o direito de visita, de companhia e de fiscalização da manutenção e educação, nos termos do artigo 15. (COMEL, 2003. p. 38-39)

Já em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no dia 05 de outubro, atendendo ao que muito vinha sendo aconselhado pela doutrina, causou uma revolução no Direito de Família com a modificação de apenas três artigos para fazer com que mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916 deixassem de ser recepcionados. (COMEL, 2003. p. 39)

Inicialmente, a Constituição Federal consagrou a igualdade entre o homem e a mulher como direito fundamental, além disso quebrou o precedente do casamento como única forma legítima para constituir uma família, reconhecendo a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes como entidade familiar, ainda equiparou todos os filhos, sendo proibido qualquer discriminação conforme a filiação. Visto isso, o Código Civil de 1916 passou a ser mera legislação residual, perdendo espaço para a Constituição Federal e só vindo suprir essa lacuna catorze anos depois com o Código Civil de 2002. (COMEL, 2003. p. 40)

Assim, confirma-se a evolução do modelo de família, a vitória da afetividade sobre o determinismo biológico e a igualdade dos pais na paternidade e entre os cônjuges na sociedade conjugal. Também o Estatuto da Criança e do

Adolescente, Lei nº 8.069/90, atento aos novos valores constitucionais, elege como destinatários do poder familiar ambos os pais e enfatiza a finalidade protetiva do menor em seu vigésimo primeiro.

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

Sobre a coordenação geral de Miguel Reale o projeto teve início em 1975 na Câmara dos Deputados, que só foi sancionado em 2002 com a Lei 10.406 no dia 10 de janeiro. Por sua vez, os três princípios fundamentais que serviram de inspiração para o legislador foram a eticidade, que procurava superar o apego com o antigo código, a socialidade, que procurava superar o caráter individualista, e por último a operabilidade, que visava facilitar a interpretação da lei e sua consequente aplicação. (COMEL, 2003. p. 48)

Logo, todas as grandes mudanças e alterações que o instituto da família passou, repercutiram também no conteúdo do poder familiar, que evoluiu do pátrio poder, para o que é hoje, um poder consubstanciado no melhor interesse do menor, ou seja, o poder absoluto do chefe usado em seu proveito foi substituído no poder-dever de ambos os pais para com os interesses do filho. Em seguida, observar-se-á a mudança no referido termo, adaptando melhor às realidades sociais.

#### *1.2.1.1 Evolução do Conceito: Do Pátrio Poder ao Poder Familiar*

Na Antiguidade o “pater” tinha poderes ilimitados sobre os filhos, enquanto a mãe, totalmente submissa, nada podia decidir quanto à educação dos filhos. A evolução do presente instituto foi no sentido do termo “poder familiar”, antes intitulado pátrio-poder, deixar de ser o poder que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos, passando a ser um “múnus” público, um poder/dever dos pais no interesse dos filhos. Foi em virtude do reconhecimento dos filhos como seres humanos dotados de dignidade, que se passou a reconhecer seus direitos, destacando o direito/dever de convívio com ambos os pais, independente de coabitação. (KUMPEL, 2015)

Logo, a substituição da expressão foi necessária, pois a expressão “pátrio” era denotadora da prevalência de autoridade do pai (figura masculina; cônjuge varão), reconhecendo-se tal necessidade para que não houvesse dúvidas em relação à posição da mulher em relação ao comando de seus filhos. E mesmo com a nova denominação “poder familiar” devemos salientar para o sentido de poder, óbvio que existe uma certa autoridade dos pais para com os filhos, porém, é mais no sentido de ser uma responsabilidade e dever dos pais cuidarem dos interesses do menor. (COMEL, 2003. p. 53)

Assim, o Código Civil evoluiu da denominação “pátrio poder” para “poder familiar”, resguardando tanto a proteção dos menores envolvidos quanto aos direitos de igualdade adquiridos no decorrer da história pelas mulheres, que graças as suas conquistas não são mais submissas a seus maridos nem seus pais e podem exercer os mesmos direitos e deveres. (COMEL, 2003. p. 53)

## 2 EXERCÍCIO DO PODER DEVER NA DISSOLUÇÃO FAMILIAR

A mudança significativa no conceito de família não é mais novidade para toda a sociedade. Até pouco tempo, a estrutura de uma família convencional era simples, consistia em uma espécie de “tripé” - pai, mãe e filhos. Na qual a mãe era responsável em cuidar do lar e zelar pela educação dos filhos enquanto o pai trabalhava para sustentar a prole, exercendo um papel de “líder”.

Essas mudanças na estrutura familiar foram ocasionadas pelas evoluções sociais e mundiais. Dentre os fatores mais importantes estão a inclusão da mulher no mercado de trabalho, a separação e o divórcio, a igualdade de gênero na Constituição Federal Brasileira, que contribuíram para tornar as mulheres tão responsáveis pela chefia da família quanto os homens, sendo atribuído a um dos ex-cônjuges a guarda do filho, de acordo com alguns parâmetros.

Visto isso, é necessário o entendimento do instituto da guarda e seu significado, para que facilite a compreensão e possa ser demonstrado os tipos de guarda que existentes em nossa sociedade, para que futuramente possa ser demonstrado como tais organizações familiares refletem na vida do menor e de seus pais, e conseqüentemente no convívio em sociedade.

### 2.1 Conceito

Para começar a falar sobre guarda precisamos entender o significado da palavra. Guarda é obrigação imposta para proteger e zelar a coisa que lhe foi entregue. “[...] É palavra empregada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção e vigilância de quaisquer pessoas estranhas, que possa trazer dano ou prejuízo”. (LEITE, 2011, apud TOBIAS, 2011, p. 10).

Porém neste estudo, a definição de guarda é em relação ao menor, a proteção e o zelo, podendo exercer os deveres e resguardar os direitos de seus filhos, em outras palavras:

“É um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades

de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.” (OSORIO, 2009, apud TOBIAS, 2011, p. 11).

Sobre o instituto da guarda é importante destacar como se chegou ao que temos hoje, analisando seu contexto histórico por partes:

“Quanto ao contexto histórico do instituto da guarda de filhos, o Código Civil de 1916, quando um casal se separava ocorria o desquite (o casamento não dissolvia), os filhos menores ficavam com o cônjuge considerado inocente. Questionando apenas a postura dos pais, para só depois dessa apreciação podia estabelecer-se de quem era o dever de cuidar de seus filhos. Dispondo sobre o princípio da isonomia entre homens e mulheres, entra em vigor a Constituição Federal de 1988, estabelecendo que a guarda dos filhos deve ser estabelecida com base no princípio da prevalência dos interesses dos menores, observando que nem sempre o cônjuge “inocente” pode preservar tais interesses. O Código Civil de 2002 em seu capítulo XI art. 1.583 a 1.590 - Da Proteção da Pessoa dos Filhos, priorizou os superiores interesses das crianças e dos adolescentes, que prevalecerão, sempre, sobre os dos adultos. Portanto, o instituto da guarda é destinado à proteção de menores de idade e ao longo das décadas, tanto a sociedade como o instituto da guarda vem passando por inúmeras modificações.” (CHAVES, 2011. p. 12-13).

Observado o conceito e significado da “guarda”, deve-se agora, partir da premissa do âmbito jurídico familiar e abordar sobre a origem da guarda, de onde ela advém e como é estabelecida? Por quem? E só assim será possível classificar os modelos de guarda existentes em nossa sociedade.

## **2.2 Dissolução Entre Famílias**

Portanto, para que possa se falar de guarda deve-se analisar o ponto em que seja necessário a intervenção de um responsável para proteger o menor. Existem diversas maneiras de se ter a guarda de um “incapaz”, como por exemplo a morte dos pais da criança, na adoção, entre outras. Porém nesse estudo cabe falar apenas da guarda quando se dá a separação dos pais e ocorre a disputa para decidir quem cuidará e como se dará o zelo do menor.

Logo, é importante caracterizar e demonstrar os tipos de separação que podem ocorrer em uma sociedade conjugal. Primeiramente, se comentará sobre a separação consensual que acontece quando o casal termina em “paz”, não

visam prejudicar a si mesmos nem a vida do filho, estabelecendo entre eles um compartilhamento desse poder-dever na vida do filho.

“Na separação consensual havendo sintonia entre os pais, a guarda compartilhada será o modelo mais adequado a ser adotado. Os genitores devem estar sempre decidindo em comum acordo sobre a vida dos filhos, com os mesmos princípios e valores que são necessários para educação dos filhos. Pelas razões expostas, verificamos que quando há respeito, amizade, maturidade entre os pais, fica fácil dividir as responsabilidades de criação dos filhos, mesmo que não morem embaixo do mesmo teto.” (ROCHA, 2009. p. 32)

Por outro lado, existem casais que não aceitam bem o fim do relacionamento e agem de forma imatura e irracional, ocasionando prejuízos no dia a dia do menor e na relação para com seus pais. Essa é a separação litigiosa, na qual pode ocorrer chantagem, usar o filho como objeto de controle do ex parceiro, contar mentiras ao filho a fim de prejudicar o relacionamento com um dos pais. E nesses casos, o compartilhamento da criança se torna muito mais complicado e trabalhoso, devendo sempre afetar a vida do menor.

“É notório que o interesse primordial do judiciário sempre será o bem do menor, sendo na guarda compartilhada ou unilateral. Quando o litígio versar sobre a guarda do menor, o primeiro aspecto a ser verificado é a necessidade de proteção e o melhor interesse da prole. Segundo Cristiane Stellato, Advogada e Presidente da Associação de Mães e Pais Separados do Brasil (AMASEP): É preciso deixar claro que a figura do “pai” é diferente da figura da “mãe” como se cada uma fosse uma peça de um quebra-cabeça, havendo a necessidade do encaixe das duas para completá-lo. Quero dizer que a criança precisa do “pai” e da “mãe”, pra a formação de seu alicerce. Portanto deve-se deixar de lado o egoísmo, as mágoas, a raiva...as consequências advindas da separação em si, colocando-as em segundo plano, sabendo distinguir o “casal conjugal” do “casal parental” e dar ênfase à criança...aí tudo ótimo!! mas continuo com a visão realista, a nossa, da sociedade brasileira, voltando a repetir: “A Guarda Compartilhada é “ideal”, mas viável apenas em casos de CONSENSO.<sup>38</sup> Em outro sentido, é opinião de Euclides de Souza: Encarar o litígio como fator impeditivo da Guarda Compartilhada é um grande erro. A guarda conjunta pode ser imposta coercitivamente sim. E para isso, nossos magistrados sempre que possível devem procurar preservar, em seus pareceres, os laços parentais que os genitores mantinham com seus filhos antes da separação. <sup>39</sup> O psicanalista Evandro Luiz Silva manifesta-se no sentido de que: Se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra “visita” já é por si só restritiva, e o progenitor que detém a guarda já será legalmente considerado “mais importante”, já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro.<sup>40</sup> Logo, conclui o psicanalista, mesmo em litígio, a guarda compartilhada

– em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos. Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não basta algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc.<sup>41</sup> Segue o mesmo raciocínio, a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta. Não é o litígio judicial que impede a guarda compartilhada, é o empenho em “litigar” em toda e qualquer circunstância desqualificando-se e colocando a criança como interlocutor e intermediário das diferenças entre os pais. É o litígio que se instaura e corrói gradativamente a possibilidade de diálogo que não se pode permitir, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda dos filhos será bem sucedida.<sup>42</sup> Observa-se que as opiniões são divergentes sobre a aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio. Para os profissionais do direito tal instituto só deve ser aplicado em separação consensual, pois existe a harmonia e diálogo entre os pais, permitindo o desenvolvimento do menor de forma adequada. Os psicanalistas entendem que o fato de haver litígio não inviabiliza a guarda compartilhada porque a criança precisa ter contato com ambos independente do tipo de guarda.” (DA ROCHA, 2009. p. 34-35)

Observando tais fatos, conclui-se então que a guarda pode ser entendida como o exercício dos responsáveis exercerem o poder familiar, devendo cumprir com suas obrigações, deveres e ter os seus direitos também sobre a perspectiva de tomar as decisões na vida do menor. Nesse sentido, dispõe o art. 33º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar

alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.” (BRASIL, 1990)

Conclui-se então que a guarda é um instituto jurídico ao qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos que proteja os interesses do menor e ajude para que seu desenvolvimento seja o melhor possível, visto isso, deve-se escolher a modalidade de guarda que mais favorecer ao interesse do menor, para que a separação do casal afete o mínimo possível sua vida.

“A guarda de filhos envolve direitos e deveres que competem indistintamente a ambos os pais, ora de proteção, ora de companhia dos filhos. Por se tratar de um dos elementos do poder familiar, a guarda deve ser entendida muito mais como um dever dos pais em relação aos filhos, do que uma prerrogativa daqueles em relação a estes.” (LAUX; RONDI, 2003, apud TOBIAS, 2011. p. 11).

A separação dos cônjuges, geram efeitos tanto na vida do casal como na vida de seus filhos, por isso, é importante que independentemente do tipo de separação entre os envolvidos que os direitos do menor sejam resguardados e priorizados, pois é considerado pelo Estado incapaz de responder por suas ações, devendo haver alguém responsável para orientar e administrar sua vida, e conseqüentemente um tratamento com o mínimo afeto e consideração para prosperar como cidadão e ser humano.

Logo, o Estado como zelador do povo teve que se adaptar às mudanças da sociedade em relação ao aumento das dissoluções conjugais. Com isso, será abordado adiante as modalidades de guarda existentes em nossa legislação, que visam a melhor comunicação e relacionamento entre os pais com os filhos.

### **2.3 Modos de Guarda**

Com as mudanças ocorridas em nossa sociedade e com o aumento das dissoluções das entidades familiares, foi necessário, para avançar, a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, disciplinando a guarda compartilhada e dar nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, assim dispõem:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.



§ 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º VETADO. Lei n. 11.698, de 13-6-2008.

Art.1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

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;

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. (Incisos I e II acrescidos pela Lei no 11.698/2008, Art. 42, § 5º, do ECA).

§ 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

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 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.

§ 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, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e

afetividade (§§ 1º a 5º acrescidos pela Lei n. 11.698/2008, Art. 1.587 deste Código).” (BRASIL, 2008)

A guarda pode ser definitiva ou temporária, mas a qualquer tempo pode ser alterada se houver motivo relevante, ou seja, as decisões de guarda não transitam em julgado, mas fazem coisa julgada formal, daí pode-se afirmar serem passíveis de reexame, através de ação própria.

“A guarda definitiva caracteriza-se por ser estabelecida em processo de cognição exauriente, no qual chega-se à conclusão, após o exame verticalizado da situação fática e jurídica, que o menor deve ficar sob os cuidados de determinada pessoa (tutor, pais adotivos, curador ou meramente guardião, nas hipóteses de guarda satisfativa), até que, em princípio, o guardado atinja a plena capacidade, só podendo ser alterada se houver fato novo, ou seja, se sobrevier a modificação da situação factual que serviu de arrimo para a regulamentação dessa guarda dita definitiva.” (GESSE, 2001, apud TOBIAS, 2011, p. 15).

### 2.3.1 Guarda Unilateral

A guarda “preferida” pela maior parte da doutrina é a guarda compartilhada, porém nem sempre é viável um acordo entre os pais, devendo o juiz atribuir a um deles a guarda, essa é a chamada guarda unilateral. Pode também ser atribuída à um terceiro quando o juiz não achar que um dos pais esteja apto para oferecer o melhor para a criança. (LÔBO, 2011. p. 192)

No divórcio judicial convencional o casal pode definir com quem ficará a guarda do menor visando o melhor interesse da criança para que um ou outro que tenha mais capacidade ou tempo possa oferecer melhores condições no dia a dia de seus filhos, tal motivação deve constar em respectivo instrumento e assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio. (LÔBO, 2011. p. 192)

Como já foi visto, a guarda antigamente ficava para o cônjuge que não tivesse “culpa” para o fim do matrimônio, ou seja, a parte inocente. No entanto, observado que o objetivo principal agora seria de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, revogou-se o artigo 10 da Lei n. 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa a separação judicial. Logo, atualmente, o juiz levará em conta na sua escolha, o genitor que ofereça melhores condições para criar o menor, não se confundindo com o que tiver em melhores condições financeiras: (LÔBO, 2011. p. 193)

“A Lei n. 11.698/2008 indica os seguintes fatores de melhor aptidão para a atribuição da guarda unilateral a um dos pais: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; a saúde e a segurança; educação. Essa enunciação não é taxativa, nem segue ordem de preferência.” (LÔBO, 2011. p. 193)

A saúde, segurança e educação são fatores importantíssimos para a criança, e nesse caso não pode vir a prejudicar um dos pais que não tenha condições financeiras melhores que o outro, afinal, a fixação do não-guardião irá suprir a deficiência financeira do genitor que for escolhido para a guarda unilateral. (LÔBO, 2011. p. 193)

### 2.3.2 Guarda Alternada

Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada em nossa legislação, porém, tem sido bastante utilizada no dia a dia dos brasileiros, aonde os pais se alternam na guarda dos filhos, e nessa alternância, cada um exerce com exclusividade a sua guarda, não se confundindo com a guarda compartilhada. (ORTEGA, 2017)

Conforme ressalta a autora Maria Berenice Dias:

“[...] guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação Brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.” (DIAS, 2011. p. 528)

Na guarda unilateral não há acordo entre os pais, necessitando da intervenção do juiz nesses casos, já na guarda alternada, existe um certo consentimento do casal para a alternância da guarda do seu filho, por isso é uma espécie de guarda que se aproxima da guarda compartilhada. Sobre esse consentimento entre os pais, que é como se fosse um acordo estipulado, na guarda alternada, doutrina Paulo Lôbo:

“Uma modalidade que se aproxima da guarda compartilhada é a guarda alternada. Nesta, o tempo de convivência do filho é

dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. Por exemplo, o filho reside com um dos pais durante o período escolar e com outro durante as férias, notadamente quando as residências forem em cidades diferentes. Alguns denominam essa modalidade de residências alternadas. “Em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável”. A doutrina especializada recomenda que sua utilização deva ser feita em situação excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, a saber, a convivência simultânea com os pais, a corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar, a definição da residência preferencial do filho.” (LÓBO, 2011. p. 204)

### 2.3.3 Aninhamento ou Nidação

Essa espécie de guarda não é mais utilizada nos países europeus, aqui no Brasil não. Primeiramente devemos entender o significado da palavra, e só assim poderemos estabelecer uma conexão com o funcionamento deste tipo de guarda. Aninhamento têm o sentido de “pôr no ninho”, ou seja, manter o filho em uma única residência. (ORTEGA, 2015)

Nesse sentido, a palavra “ninho” faz relação com a residência do filho, logo, os filhos permanecem no mesmo domicílio que o casal morava antes da dissolução conjugal e os pais revezam entre si. Esse tipo de guarda não está expresso em nosso ordenamento, pois observa-se a dificuldade econômica que seria sustentar a residência dos filhos e sua própria residência: (ORTEGA, 2015)

“A guarda por aninhamento ou nidação é um caso raro, onde os pais se mudam para a casa do filho em periodicidade alternada. Diferentemente da guarda alternada, onde são os pais que se mudam de tempos em tempos para a casa onde vivem os filhos. Este modelo de guarda é pouco praticado e também não é aconselhável, pois traz a mesma insegurança e descontinuidade familiar que a guarda alternada.” (ROCHA, 2009. p. 21).

### 2.3.4 Guarda Compartilhada

Após citar todas as espécies de guarda, por fim, chegou a vez da guarda que é vista como a menos prejudicial e a que gera mais efeitos positivos na vida do menor, pela maior parte da doutrina. Logo, é importante conhecer a origem da guarda compartilhada pelo mundo:

“A guarda compartilhada teve sua origem na Inglaterra, ou seja, nasce dentro do sistema common law, na década de 1960, onde ocorreu a primeira decisão relativa ao instituto joint custody. O interesse maior da criança e a igualdade parental foram privilegiados nas decisões inglesas, fazendo repercutir nas províncias canadenses da common law. De lá passou à França, espalhou-se pela Europa, depois atravessou o Atlântico penetrando no Canadá, alcançando, inclusive, os Estados Unidos, que atualmente aplica a noção de guarda compartilhada na maioria de seus Estados, objetivando o equilíbrio dos direitos do pai e da mãe.” (CHAVES, 2011. p. 22).

Notada a importância desse equilíbrio de direitos entre os pais, e visando fortemente a proteção da pessoa do menor, é importante ressaltar os efeitos da separação conjugal em suas vidas. A guarda compartilhada é orientada para manter viva a relação dos pais e filhos, com objetivo de desenvolver o vínculo afetivo ao proporcionar maior tempo de relacionamento dos filhos com os pais após a dissolução do vínculo conjugal. E protege um bem precioso: a vida do ser humano em sua formação, a criança e ao adolescente, cujos direitos têm prioridade no plano constitucional:

“As consequências da separação conjugal, na vida dos filhos, diminuem, pois a “guarda conjunta preservaria o relacionamento pais-filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda. Guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única, ou seja, é a divisão da guarda jurídica.” (COUTO, 2007, apud TOBIAS, 201., p. 25).

Antigamente a guarda do menor ficava com a mãe, pelo fato da maior aproximação, aleitamento e aconchego do bebê durante a gestação que havia com a mãe. Passando essa fase, a guarda única materna afastaria a relação com o pai no crescimento da criança, com as tais visitas quinzenais. Por isso é importante a guarda compartilhada nesse aspecto:

“A modalidade de guarda única poderá transformar-se, na prática, em guarda compartilhada, desde que cada um dos genitores proporcione ao outro um contato muito frequente com o filho e ambos procurem decidir conjuntamente as questões que a este dizem respeito. Havendo acordo entre os pais, pode

existir a guarda compartilhada, sem a necessidade de chancela jurisdicional<sup>102</sup>.” (SALLES, 2001. p. 84).

Com o aumento das dissoluções de entidades familiares, e a mudança nos papéis nas funções parentais, quebra-se o paradigma de que apenas a mãe é a maior interessada na guarda dos filhos, sendo importante destacar também o papel dos pais para o desenvolvimento do menor e o aumento de interesse particular dos homens na questão presencial do crescimento de seu filho:

“A legislação e a maioria dos julgados reduzem a figura paterna a um mero visitador sazonal e se esquecem do direito de a criança ter um pai presente, confundindo-o com a figura do cônjuge. As visitas, frequentemente, são o motivo de disputas entre os pais, provocando uma diminuição de disponibilidade dos pais para com os seus filhos, que acabam, ante as dificuldades encontradas, desaparecendo.” (GRISARD FILHO, 2000. p. 163).

Tanto os pais como as mães, eles formam um vínculo com o menor durante toda sua vida, desde o nascimento até a morte. Por isso quando ocorre a separação dos pais, é fundamental a convivência com sua prole, pois o afeto, o carinho e toda a relação de pais e filho é importantíssimo para o desenvolvimento da criança, e é necessário a participação no seu dia a dia para que todo o suporte que o menor precise lhe seja oferecido e não falte nada emocionalmente, fisicamente e psicologicamente no decorrer de seu amadurecimento:

“A continuidade das relações paterno e materno-filiais, ou seja, a manutenção do vínculo co-parental após o divórcio, a proteção dos filhos dos conflitos parentais e o respeito ao direito de estes manterem uma adequada comunicação com ambos os genitores, mais do que quem fica com eles, são os melhores prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer ao desenvolvimento da personalidade do menor.” (GRISARD FILHO, 2000. p. 165).

Conclui-se então que temos a guarda compartilhada como uma forma de equilibrar os dois lados do poder familiar, dando o poder de conduzir a vida de seus filhos:

“A guarda compartilhada mostra-se como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os pais na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda única, que frustra a adequada convivência

do menor com o não guardião.” (GRISARD, 2009, apud TOBIAS, 2011. p. 22)

Analisado que a guarda compartilhada é necessariamente uma espécie de guarda com bastante serventia tanto para os pais como para o melhor interesse do menor, deve-se que fazer um estudo mais profundo para que possa se identificar as verdadeiras consequências desse estilo de vida, logo suas vantagens e desvantagens.

#### *2.3.4.1 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada*

Em regra, o menor é confiado à guarda de um só dos pais, que é a guarda única. Diante desse modelo, é largamente utilizada a guarda alternada e, modernamente, a guarda compartilhada. Qualquer modelo, entretanto, apresenta vantagens e desvantagens, como será apresentado a seguir, começando pelas vantagens:

“A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva). Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. No contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade das relações pais-filhos e a não-exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.[...] A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais. [...] A guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar. Seu crescimento foi tão rápido que ainda não puderam determinar o significado desse tipo de família para homens, mulheres e crianças. Mostram que. Indubitavelmente, as boas relações entre pais e filhos pode ter uma importância decisiva no bem-estar psicológico e na auto-estima dos filhos do divórcio; que,

particularmente, os adolescentes são vulneráveis quando privados do relacionamento com o pai; que há um crescimento do intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher tanto no trabalho como na família; que a guarda compartilhada incentiva compromissos tácitos relativos à pensão do filho. A guarda compartilhada [...] desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais. Reforçam-se, assim, mutuamente como pais, significando para eles, apesar de separados, continuar a exercer em conjunto o poder parental, como faziam na constância do casamento.” (GRISARD FILHO, 2000. p. 167-172).

Abaixo serão listadas algumas vantagens da guarda compartilhada em estudo feitos nos EUA, pelo psicanalista Sergio Nick, porém é necessário atentar para a diferença de cultura, de costumes entre nossos países logo, não significa que os resultados serão os mesmos: (SALLES, 2001. p. 93-94).

“1. estudos que analisaram a auto-estima constataram que as crianças em guarda conjunta possuem um melhor bem-estar-ser em relação àquelas que vivenciam a guarda única;

2. crianças com guarda compartilhada são mais ativas que as que viviam com um dos pais ou aquelas de famílias intactas, tendo menor retraimento;

3. em vários parâmetros indicativos, a boa adaptação é elemento comprobatório das crianças que vivenciam a guarda compartilhada;

4. o relacionamento com os pais é mais facilmente desenvolvido e com melhores resultados em menores que estão no exercício da guarda conjunta;

5. a visitação é mais frequente e o tempo despendido com a criança maior. Daí decorre outra conclusão muito satisfatória de que as crianças que passam mais tempo com o pai aceitam-no mais facilmente e mais bem ajustada será a mesma. A relação que as crianças detentoras de guarda única vivenciavam eram parecidas com uma relação com um tio/tia, indicando o decréscimo de convivência e intimidade que, idealmente, espera-se que a criança tenha com seu genitor;

6. o desenvolvimento psicoemocional das crianças que desfrutam da guarda compartilhada é de grau mais elevado, propiciando experiências mais positivas;

7. as crianças do grupo da conjunta são mais pacientes;

8. as mães que compartilham a guarda com seus ex-conviventes são mais satisfeitas de modo geral, logo, também, são mais satisfeitas com o valor do pensionamento;



9. os países que adotam a guarda conjunta são menos pressionados pelas responsabilidades de criar filhos do que aqueles de guarda única;

10. crianças em guarda conjunta possuem escores similares aos de crianças de famílias felizes;

11. a guarda conjunta é um fator encorajador da cooperação entre os pais, desencorajando atitudes egoístas.<sup>119</sup>” (SALLES, 2001. p. 93-94).

As vantagens que a aplicabilidade da lei da guarda compartilhada (Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014.) trazem tanto na vida do menor como na de seus pais são perceptíveis: (BRASIL, 2014)

“Sob o ponto de vista do bem-estar da criança, não restam dúvida das vantagens do compartilhamento das responsabilidades parentais. Sendo assim, se constrói o consenso que a guarda compartilhada é o melhor modo de os pais cuidarem dos filhos quando do rompimento da relação conjugal. Este novo modelo de responsabilidade parental consiste numa modalidade de guarda onde ambos os genitores têm a responsabilidade legal sobre os filhos menores e compartilham, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, todas as decisões importantes relativas a eles, embora vivam em lares separados.” (CHAVES, 2011. p. 27).

Reconhecendo a importância de tal lei para a vida do menor e dos pais, o impacto que causa em suas vidas, dar-se-á continuidade sobre as vantagens de tal instituto:

“Daí concluir que, a guarda compartilhada possui pontos favoráveis, tais como: maior responsabilidade dos genitores ao atendimento das necessidades dos filhos; maior interação do pai e da mãe no desenvolvimento físico e mental das crianças; menos atrito entre os ex-cônjuges, pois deverão, em conjunto, atender as necessidades dos filhos por um caminho de cooperação mútua. Assim, a guarda compartilhada não deixa de reafirmar a igualdade parental desejada pela Constituição Federal. Os genitores continuam a ter participação na vida do menor como se dava no período em que viviam sobre o mesmo teto, de forma que sempre prevalecerá o melhor interesse do menor.” (CHAVES, 2011. p. 30).

Percebe-se então, que a guarda compartilhada disponibiliza na vida do menor uma série de vantagens que favorecem o seu desenvolvimento, fazendo com que os pais mantenham um contato maior com sua prole e assim priorizando o princípio do melhor interesse do menor.

Uma das desvantagens encontradas é sobre a forma de manipulação dos pais para a influência do valor da pensão alimentícia, que infelizmente é uma situação bem rotineira nos costumes brasileiros, daquele famoso “jeitinho brasileiro”:

“De acordo com o trabalho realizado pelo psicólogo Sergio Nick, haveria, também, outras desvantagens que se centram na praticidade de tais arranjos quando há um conflito continuado entre os pais. A exemplo, quando o sistema de guarda conjunta for adotado como meio de redução de pensão alimentícia; a inviabilidade de tal inovação nas classes com poder aquisitivo baixo; risco para fluidez ambiental por ser inerente da guarda compartilhada provocar confusão na mente da criança.” (SALLES, 2001. p. 104).

É deprimente ver o controle dos pais nessa “falsa preferência” pelo instituto da guarda compartilhada como meio de reduzir a pensão. Logo, após a caracterização do instituto, é notável o porquê da preferência da doutrina por essa modalidade de guarda, porém, apesar de parecer um instituto perfeito, sabe-se que na prática não é bem assim que funciona, e tais desvantagens dependendo do grau de intensidade poderão trazer malefícios permanentes para a vida do menor. E um dos pontos que abrem portas para tais devastações é a Síndrome da Alienação Parental.

A SAP é tão “perigosa” que foi criada uma lei (Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010.) para proteger os interesses da criança e do adolescente punindo o alienante. Tal síndrome é extremamente prejudicial para o desenvolvimento social, emocional e psicológico da criança, por isso deve ser aprofundado seu estudo, para que possa reduzir os danos nas relações familiares. (BRASIL, 2010)

Enfim, mesmo a guarda compartilhada sendo considerado o melhor instituto, na maioria das vezes as separações são litigiosas, trazendo toda essa carga do término de uma relação para o convívio com o filho. E como nossa legislação foi alterada, basicamente tornando a Guarda Compartilhada como regra, é importante os prejuízos de uma relação “forçada” e o que ela pode acarretar para o menor nesse “jogo” do casal litigante.

Logo, em nosso mundo jurídico, não se pode parar os estudos sobre o instituto da guarda compartilhada, sendo que, sempre podemos melhorar algum ponto e chegar em um instituto quase perfeito, ou que cause o mínimo de danos possível a essas crianças, seja alterando a Lei ou aperfeiçoando os serviços de auxílio para essas famílias que no processo de desconstituição precisam de um apoio.

Por fim, no próximo capítulo tal estudo citado acima será aprofundado, ampliando no mundo jurídico a evolução deste instituto, para que a relação dos pais com os filhos seja mais próspera e mais pacífica, objetivando sempre o melhor interesse do menor e de uma vida equilibrada, livre de “chantagens” entre os pais.

### **3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA**

Após abordar a evolução histórica do poder familiar, falar sobre suas origens e evolução conceitual, sobre a forma de exercício de tal poder dever em dissoluções familiares, e de explicar os tipos de dissolução tanto quanto as modalidades de guarda que advém de tais separações, e por fim, observar que a regra estabelecida é a guarda compartilhada, é importante discuti-la mais a fundo, pois é uma regra que pode trazer enormes consequências para o futuro do menor e conjuntamente refletir em nossa sociedade.

A parte dominante da doutrina defende que a guarda compartilhada é a melhor modalidade oferecida pelo Estado para o melhor interesse da criança, tanto que foi instaurada como a regra em nosso ordenamento jurídico. No entanto, é importante destacar o outro lado da moeda, pois aprofundando este estudo poderemos ter uma percepção mais ampla e que será mais favorável aos menores, logo, se trata de um tema de extrema relevância tanto para o mundo jurídico como para a população brasileira.

Com isso, neste capítulo será estudado decisões judiciais, doutrinas, e posicionamentos tanto contra quanto a favor da instauração da guarda compartilhada como regra e seus reais efeitos e consequências que podem gerar no relacionamento das entidades familiares no Brasil.

#### **3.1 Consequências da Lei nº 13.058/2014 no Instituto da Guarda Compartilhada**

Já se sabe que a guarda compartilhada é tida como a mais favorável ao menor pela maioria de nossos doutrinadores.

“A maioria da doutrina é favorável à guarda compartilhada, não obstante as decisões judiciais ainda serem, em grande parte, a favor da guarda exclusiva. Segundo dados do IBGE, as guardas de filhos atribuídas à mãe representam 92,7% na separação e 90,3% no divórcio; atribuídas ao pai são 4,4% na separação e 5,7% no divórcio; ambos são responsáveis pela guarda na proporção de 2,4% na separação e 2,7% no divórcio.<sup>1</sup>” (QUINTAS, 2010. p. 67)

Por isso, houve a criação da lei nº 13.058/14, que alterou o parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil, no qual, “impõe” que deverá ser aplicada a guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais do menor, e os dois estiverem aptos a exercer o poder familiar, salvo se um dos genitores/ascendentes não desejarem a guarda da criança.

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).” (BRASIL, 2014)

Com tal alteração no texto legal, “sugerindo” a aplicação da guarda compartilhada caso os pais não cheguem à um consenso, os magistrados devem tomar muito cuidado, pois terão de analisar até que ponto a guarda compartilhada realmente será benéfica para os genitores, mas, principalmente para o menor, pois o bem jurídico inviolável dessa relação é o princípio do melhor interesse do menor.

“[...] O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes. As crianças são “seres singulares e mutantes”.<sup>55</sup> Deste modo, impõe-se ao juiz um poder discricionário. Segundo Guilherme Strenger,<sup>56</sup> o juiz deveria buscar o que fosse mais vantajoso ao modo de vida da criança, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio.” (QUINTAS, 2010. p. 59)

Afinal, essa “brecha” no texto legal dá a entender, principalmente para os positivistas que a guarda compartilhada pode ser imposta aos pais, apenas em caso de recusa por um dos dois, que será desvalidada tal hipótese. Logo, deve ser feita uma análise das vantagens e desvantagens dessas mudanças, afinal, temos em nosso mundo jurídico magistrados que vão juntamente com o texto legal por se tratarem de profissionais positivistas e teremos magistrados que não aplicarão a guarda compartilhada, pois acreditam mais em seus “instintos” e princípios pessoais.

Especialistas em direito de família acreditam que os benefícios dessa alteração na Lei se darão mais para os casais que terminam a relação em paz e harmonia, porém para os casais que se separam litigiosamente a lei não trará avanços significativos. Pois casais que vivem brigando e se desentendendo, não vão com uma decisão judicial, do dia para noite, começar a se entender. (CENTOFANTI, 2014)

“Essa lei pressupõe conversa e consenso. Seu viés social é muito bonito, mas os casais que brigam não vão deixar de brigar por causa dela”, afirma Beatriz Kestener, advogada cível e sócia do escritório Mattos Muriel Kestener Advogados.” (CENTOFANTI, 2014)

Quando ocorre a separação litigiosa o processo de guarda se torna bastante complicado, pois caberá ao juiz decidir o que for melhor para o menor, estabelecendo um reequilíbrio na vida da criança. (STRENGER, 1998. p. 116)

“A separação litigiosa está sempre sujeita a inúmeras vicissitudes, especialmente em relação à vida dos filhos menores, que não poucas vezes ficam à mercê das marchas e contramarchas das desavenças conjugais, o que torna a participação do juiz muito mais insinuante, porquanto atua como poder moderador, visando reestabelecer o equilíbrio que resulte em adequada colocação dos filhos menores nos planos afetivo, educacional e patrimonial.” (STRENGER, 1998. p. 116)

Está evidente a importância da participação do magistrado nesses casos, devendo o juiz sempre buscar o melhor interesse do menor, portanto, sendo amparado pelo texto legal para decidir o melhor destino para a criança. (GONÇALVES, 2014. p. 293)

“Deve-se sempre dar primazia aos interesses dos menores. Em questões de família, a autoridade judiciária é investida dos mais amplos poderes. Por isso, o art. 1.586 do Código Civil permite que, a bem deles, o juiz decida de forma diferente dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, desde que comprovada a existência de *motivos graves*. A questão da guarda admite revisão, sempre a bem do menor, com base no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada.” (GONÇALVES, 2014. p. 293)

Os problemas que a lei traz quando impõe a guarda compartilhada como regra devem ser melhor estudados, pois nas separações litigiosas, os efeitos negativos das desavenças dos genitores podem refletir no menor e afetar diretamente em seu crescimento emocional, social, entre diversas outras áreas

que uma criança estará construindo nessa época de desenvolvimento e amadurecimento pessoal que ocorre na menoridade. (URAGUE, 2016)

“Por fim, há que se salientar que, tornar obrigatória a guarda compartilhada, justamente na situação em que exista conflito entre os genitores, poderá acarretar em inúmeros outros problemas e conflitos, gerando, por consequência, prejuízos também à criança, que se vê no meio e como causador desse cenário.” (URAGUE, 2016)

Porém, existem operadores do Direito que acreditam na total importância das figuras dos genitores no desenvolvimento da criança e do adolescente, sendo que uma das partes não terá a capacidade de exercer o papel de pai e mãe ao mesmo tempo. Logo refletirá diretamente no melhor interesse do menor. (ALMEIDA, 2016)

“Com o término de uma relação conjugal de forma litigiosa, onde os cônjuges não procuram em nenhum momento satisfazer os interesses de seus filhos é que a aprovação da nova lei da guarda compartilhada (Lei 13058/2014) veio a calhar, pois, o legislador tenta buscar através do novo instituto uma forma de se amenizar o conflito psicossocial causado para os filhos menores.” (ALMEIDA, 2016)

Na mesma linha de pensamento, sobre a importância das duas figuras dos genitores, posicionam-se outros operadores do direito:

“Atualmente falar sobre a dissolução da conjugabilidade e guarda compartilhada está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos. (...) Na sociedade atual já não são mais defensáveis as pretensões dos ex-cônjuges de sozinhos exercerem as funções de pai e mãe, pois se tem consciência que há necessidade das funções parentais sejam preenchidas de forma igualitária por seus pais, para o desenvolvimento emocional saudável.” (ALMEIDA, 2016)

### **3.2 Análise dos Efeitos Gerados Pelo REsp. 1.626.495/SP**

Agora que foi estudado a alteração no parágrafo segundo do inciso II no artigo 1.584 do Código Civil, e percebemos a força da lei em tornar a guarda compartilhada como a regra dentre as modalidades de guarda, devemos nos atentar para as consequências dessa mudança no dispositivo legal para o mundo

jurídico e seus reflexos nas entidades familiares, vendo de qual forma realmente se aplica.

Mas, para falar desta enorme conquista da nova geração, é importante comentar como funciona esse instituto no Direito estrangeiro, que já é utilizada há muito tempo como forma de superar as limitações que o sistema de visitas ocasiona:

“Na França, desde 1.976, a jurisprudência vinha admitindo a modalidade de guarda conjunta consensual, finalmente convertida em lei<sup>1</sup>, pela qual o juiz deveria fixar a autoridade parental (equivalente ao nosso pátrio poder, hoje poder familiar), de acordo com os interesses e necessidades do filho. No Canadá e na Inglaterra, o instituto também ganhou prestígio. Enquanto para aquele a separação dos cônjuges não deve gerar sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, especialmente para os filhos, do que decorre a presunção da guarda conjunta como a que mais atende aos interesses do menor, o Direito Inglês divide as responsabilidades decorrentes do pátrio poder entre pai e mãe, cabendo prioritariamente à mãe os cuidados diários com os filhos (care and control), conferindo-se ao pai o poder de dirigir conjuntamente vida dos menores (custody)<sup>2</sup>. Esclarecem os estudiosos que é o modelo estado unidense que mais se assemelha ao nosso modelo de guarda compartilhada, a *Joint Custody* deles. No entanto, há de se observar as peculiaridades do Direito daquele país sobre o assunto<sup>3</sup> e, ainda, que os estados americanos ainda tratam do tema de forma diversa um do outro.<sup>4</sup>” (MIGUEL, 2015. p. 57-58)

No Brasil, foi-se admitindo discretamente a fixação da guarda compartilhada, como cláusula estabelecida de comum acordo, nas separações consensuais. E um dos motivos que deu origem à Lei 13.058/14, é de que os juízes e Tribunais estavam aplicando da maneira indesejada, em função das “dúvidas” sobre a real eficácia de tal instituto. (MIGUEL, 2015. p. 60)

Com isso, os operadores do direito tiveram de impor seu pensamento. E foi então, que com base no dispositivo legal, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi responsável por uma ação de divórcio, precedida de ação cautelar preparatória, com pedidos de fixação de guarda, regime de visitas e partilha de patrimônio entre o pai e a mãe de uma adolescente (REsp 1.626.495/SP), aonde nesta disputa judicial julgou que deveria prevalecer a guarda compartilhada mesmo havendo desavença entre os pais. Segundo a



Ministra Nancy Andrighi não importa a desavença do casal, o que importa é o interesse da criança (BRASIL, 2017)

O texto legal do artigo 1.584 do Código Civil realmente deixa a entender que a guarda compartilhada é prioridade a ser implantada, devendo ser deixada de lado apenas nos casos em que um dos pais recusem a guarda, neste pensamento a ministra Nancy Andrighi aborda mais uma vez:

“Para Andrighi, a nova redação do artigo. 1.584 do Código Civil mostra, com força vinculante, a preponderância da guarda da guarda compartilhada. Segundo a ministra, o termo “será” não deixa margem para debate e estabelece a presunção de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, esse vai ser o sistema eleito.

Ao levar seu voto para debate com os outros ministros, a relatora contou uma situação ocorrida enquanto ocupava o cargo de Corregedora-Nacional de Justiça.

Diante da resistência de magistrados a respeitarem a prevalência da guarda compartilhada nesses casos de desavença entre os pais, foi preciso, segundo ela, baixar uma recomendação para que os juízes fiquem atentos à lei que rege a guarda compartilhada.

“O que estamos vendo Brasil afora é que os juízes se negam terminantemente a cumprir o que diz a legislação”, explicou Andrighi. “Relutei muito, pois é um ato antipático. Mas me senti no dever, já que existe uma lei em vigor no território nacional”, afirmou.” (MUNIZ, 2016)

O Superior Tribunal de Justiça destacou que em caso de disputa de guarda definitiva realmente não seria necessário o consenso dos pais para haver a aplicação da guarda compartilhada: (GONÇALVES, 2014. p. 297)

“[...]pois o foco é o melhor interesse do menor, princípio norteador das relações envolvendo filhos. O entendimento de que é inviável a guarda compartilhada sem consenso fere esse princípio, pois só observa a existência de conflito entre os pais, ignorando o melhor interesse da criança. Não se busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas, sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada<sup>157</sup> .” (GONÇALVES, 2014. p. 297)

No referido REsp acima, a ministra conclui em seu voto, para dar provimento ao recurso especial e cassar o acórdão do tribunal de origem e

determinar o retorno do processo ao juízo ad quo para estabelecer a guarda compartilhada, pois neste caso, foram ignorados os elementos dos autos aonde mostram que o pai do menor - recorrente – é uma pessoa apta e responsável para cuidar de seu filho, logo, se tornando totalmente um afronto ao texto legal. (MUNIZ, 2016)

A guarda compartilhada tem o intuito de proteger o melhor interesse da criança, pois é um direito do menor, não dos pais. No REsp analisado pela 3ª Turma do STJ, podemos perceber que o pai quase foi excluído da vida do menor, ou seja, o prejuízo seria não só para o pai que perderia o convívio com seu filho, mas especialmente para o menor que perderia um de seus pilares para formação psicológica e social.

A Lei nº 13.058/2014 foi criada com o objetivo de tornar igual a participação dos pais nas decisões tomadas a respeito de seus filhos. Logo, é imprescindível a participação do juiz caso necessite, já que a prioridade deve se dar no intuito de preservar a relação do filho com seus pais, baseado no princípio do melhor interesse do menor. (RODRIGUES, Séfora; MURBACH, Allana; SPAGOLLA, Jessica; RODRIGUES, Sirley, 2016)

“Portanto, é mais lógico que a real intenção dos legisladores é manter os laços familiares da criança intactos. Ela é o ponto de partida para a decisão judicial e a sua integridade emocional e psicológica está colocada acima de qualquer outro interesse existente, motivo que justifica a possibilidade de imposição judicial da guarda no texto da lei.” (RODRIGUES, Séfora; MURBACH, Allana; SPAGOLLA, Jessica; RODRIGUES, Sirley, 2016)

A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, sendo o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entres os pais separados, mesmo que isso demande deles uma nova reestruturação e adequações diversas em suas atitudes. No intuito de proporcionarem um ambiente mais favorável ao menor e construir, durante sua formação, um ideal psicológico de duplo referencial. (BRASIL, 2016)

A imposição judicial do período de convivência do menor sob o regime da guarda compartilhada, das atribuições de cada um dos pais, é medida extrema quando os genitores não chegarem à um consenso, porém necessária a

implementação dessa visão, para que não se faça do dispositivo legal, mero pedaço de papel: (BRASIL, 2016)

“[...] a guarda compartilhada, como regra geral, constitui opção legislativa que deve ser respeitada, ressalvando-se, obviamente e como sempre, ao Magistrado, no exame de cada caso, determinar outra forma de guarda que, por não ser aquela que garante a distribuição equitativa da convivência entre os genitores e o menor, possa atender (mal atender, diga-se de passagem) o real interesse do menor, nas circunstâncias que apontar, justificadamente.<sup>7</sup>”

As dificuldades na implementação da guarda compartilhada não podem mais ser invocadas como obstáculo genérico à sua imposição, para, a priori, desconsiderá-la em qualquer universo” (MIGUEL, 2015. p. 60)

A existência da figura materna e da paterna são de extrema importância para o menor e seu desenvolvimento pessoal, sendo assim. Ele terá duas referências em sua vida, convivendo com qualidades e defeitos de ambos os pais, podendo enriquecer mais suas características como ser humano.

“07. Nessa linha, afirma Marlise B. Scretas:

Na sociedade moderna, a divisão de tarefas dentro de uma família entre seus membros e a especial atenção que os pais dedicam à prole é medida necessária para garantir a funcionalidade e o sucesso da intermediação entre a família e o mundo social. A convivência com ambos os genitores propicia o desenvolvimento potencialmente sadio da criança, possibilitando a esta vivenciar modelos diferenciados com cada um dos adultos que a assistem, enriquecendo suas relações e seu mundo interno. Os conflitos de lealdade entre pais e filhos, que são contumazes em situações de separação, são desta forma mitigados, o sentimento de exclusão do genitor preterido na guarda unilateral dá lugar ao favorecimento de maior intimidade entre pais e filhos, bem como a possibilidade de um convívio mais centrado na criança e não nas dificuldades do casal.” (BRASIL, 2017)

Os obstáculos apesar de existirem, são considerados superáveis por essa corrente doutrinária. Segue abaixo, alguns dos motivos invocados nos julgados que negam a aplicação da guarda compartilhada:

“[...] a) a beligerância entre os genitores; b) a falta de acordo entre eles para o exercício do múnus dividido;<sup>12</sup> c) moradias distantes; d) as dificuldades de ordem econômica; e) a tenra idade das crianças; f) a necessidade de rotina do menor em

qualquer idade; g) os conflitos que adviriam no exercício da guarda, dentre outros.” (MIGUEL, 2015. p. 62)

Nesse mesmo sentido, entendem os doutrinadores dessa corrente, que para a guarda compartilhada ser imposta como regra geral e ter virado lei, foi por que ocorreram diversas análises e estudos nessa área fazendo chegar nessa conclusão:

“A opção pela guarda compartilhada como regra, mesmo entre genitores em litígio, é uma questão de política legislativa que todos devem respeitar, nada obstante com convicções contrárias. Mais do que isso, deve-se entender que essa opção não é fruto do acaso ou de oposição arbitrária e irreal do legislador, mas fundada em conclusões extraídas de profundos estudos, voltados para o ideal na criação, formação e preservação da saúde física, mental, psicológica e emocional das crianças e dos adolescentes, num modo marcado pelo pluralismo, pela diversidade e pela complexidade nas relações humanas.<sup>15</sup>” (MIGUEL, 2015. p. 63-64)

Observado que os doutrinadores dessa linha mesmo não querendo impor em todos os casos a aplicação da guarda compartilhada, ficam de mãos atadas, devendo então respeitar o dispositivo legal. Diante o exposto, deve-se analisar se seria realmente o mais correto, seguir o texto legal ou se basear em outros princípios.

“Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido / esposa” da relação “Pai / Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade. Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental,

propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como “arma” contra o ex-cônjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental.” (BRASIL, 2017)

Nota-se a preocupação do legislador com a efetividade da fixação da guarda compartilhada. Tal ponto será debatido no tópico a seguir, aonde será analisado correntes que não irão adotar a guarda compartilhada em casos que o litígio seja observado de forma excessiva e onerosa para o menor.

Encerra-se esse tópico deixando um pequeno trecho que ajudará na reflexão do assunto tratado a seguir:

“A presidente da Comissão Nacional da Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a advogada Melissa Telles Barufi, avalia que a decisão de Andrighi fortalece o entendimento de que ainda é necessário conscientizar os operadores do direito de que a guarda compartilhada é um direito dos filhos e não dos genitores.

Alguns conflitos oriundos da conjugalidade podem causar grandes descontroles emocionais, os quais podem gerar ódio capaz de superar o dito amor incondicional que mães e pais dizem sentir pelos seus filhos”, afirmou. “E por este motivo os infantes são postos em zona de grande perigo.” (MUNIZ, 2016)

Fica destacado então, que a guarda compartilhada é um instituto que visa resguardar o melhor interesse do menor, e não dos pais em questão. Pois existem dissoluções que os litígios se propagam para a vida do menor, prejudicando de uma forma incalculável o desenvolvimento social, moral e psíquico adequado do menor.

### **3.3 A Guarda Compartilhada Frente à Onerosidade Excessiva ao Menor**

Visto que, a guarda compartilhada foi consagrada o melhor instituto dentre os presentes do ordenamento jurídico brasileiro, pela maioria dos operadores do direito, chega a hora de dar destaque à parte “contrária” à implementação da guarda compartilhada de forma, para os casais que se separam no Brasil.

Para isso, é importante lembrar sobre os objetivos da guarda compartilhada e qual a sua proposta para a resolução dos litígios advindos da separação, e seus reais efeitos na convivência familiar.

“A guarda compartilhada surge com o objetivo de diminuir o sofrimento de todos os envolvidos na ruptura familiar, em especial dos filhos menores, a quem a guarda irá afetar o crescimento e desenvolvimento saudáveis, procurando solucionar os problemas apresentados pela guarda exclusiva. Objetiva que os pais compartilhem a convivência e as responsabilidades da criação dos filhos.

A ruptura dos pais não virá, necessariamente, acompanhada de incompatibilidades e frustrações. A guarda compartilhada de maneira considerável favorece o desenvolvimento das crianças com menos sofrimento e traumas, proporcionando a continuidade da relação dos filhos com seus genitores, retirando totalmente da guarda a ideia de posse.” (QUINTAS, 2010. p. 71)

Visto isso, pode-se perceber que a proposta da guarda compartilhada é bem coerente com o melhor interesse do menor, no entanto, para que ela seja realmente efetiva, é necessário que os pais da criança ajam de forma madura, para que a relação ocorra de forma harmônica e pacífica. Entende dessa forma o autor Caio Mário da Silva Pereira.

“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.” Assim, a Guarda Compartilhada é conveniente quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitados seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares.” (PEREIRA, 2014. p. 521)

Visto então, que para o uso adequado da guarda compartilhada necessita-se de maturidade dos pais em suas relações para não prejudicar o menor, será analisado agora o Recurso Especial Nº 1.417.868 - MG (2013/0376914-2) que teve como relator o Ministro João Otávio de Noronha Os autos tratam de ação de regulamentação de guarda compartilhada e oferecimento de alimentos, na qual busca o autor obter o compartilhamento da guarda da filha que tem em comum com a requerida, regulamentação de visitas e fixação de alimentos. (BRASIL, 2016)

O autor sustenta que após alguns anos de relacionamento nasceu sua filha. Contudo, em razão dos desentendimentos com a requerida, tem sido limitado o direito de convívio com sua filha. A ação foi julgada parcialmente procedente, tendo o juiz fixado os alimentos e definido a regulamentação de visitas, mas, indeferido o compartilhamento da guarda. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em acórdão assim ementado: (BRASIL, 2016)

“DIREITO CIVIL E DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA LITIGIOSA. INTERESSE DE MENOR A SER ATENDIDO DE FORMA EXCLUSIVA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. - A guarda de menor não é definitiva e pode ser modificada a qualquer tempo. - A guarda compartilhada, como aqui e postula o pai, é instituto que pressupõe ausência de litígio entre os interessados. Exige maturidade, que é o alicerce que afasta mágoas e vem permitir acordos, transações e pactos. Por isso é que não se deve admitir, quando normalmente considerada, a guarda compartilhada, se litigiosa, pode transformar-se em vivências de extremo sofrimento para todos. Este caso é um eloquente exemplo desta impossibilidade. As decisões maduras, refletidas, pensadas, dirigidas para um fim único (o bem do filho) são inalcançáveis no atual momento de convivência entre pai e mãe, no qual prepondera a tendência para a consideração do próprio interesse. A oportunidade poderá surgir num momento posterior, não sendo visível no instante atual. - O valor arbitrado para alimentos deve atender o binômio necessidade e possibilidade, o que aqui ocorreu. - A fixação do termo final dos alimentos para o advento da maioridade é ato precipitado, pois nesta fase de menoridade da filha (com apenas quatro anos), é prematuro antever que, ao alcançar a maioridade, não mais necessitará deles, devendo esta circunstância ser analisada e decidida na época apropriada. A jurisprudência, como se sabe, é pacífica ao decidir, sem quaisquer divergências, que a maioridade cronológica não faz cessar o dever de prestar alimentos, que pode vir a ser mantido (se por ex., o credor estuda e faz curso superior). Ou se está impedido de trabalhar, ou, ainda, em outras situações que normalmente a vida apresenta do modo quase que cotidiano nos tribunais...!” (BRASIL, 2016)

No recurso especial, sustenta o recorrente que as disposições do art. 1.584, II § 2º, do Código Civil não foram observadas, indicando também divergência de entendimento jurisprudencial com o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Afirmou também, que não existia litígio entre os genitores da menor e que têm uma relação harmoniosa com a filha, e que a harmonia entre o casal não poderia ser um pressuposto para a concessão da

guarda compartilhada, ferindo seu direito de participar da vida da menor. No entanto: (BRASIL, 2016)

“Caberá ao juiz analisar, em cada situação, a capacidade dos pais para satisfazer a necessidade dos filhos, levando em consideração a necessidade de cada criança, o relacionamento entre pais e filhos, a moradia e condições familiares. Quando os genitores não chegarem a um acordo, tornando o processo litigioso, a decisão caberá unicamente ao juiz, que carecerá de outras diretrizes na formulação de sua sentença e tentará buscar o acordo dos pais para uma solução efetiva do caso.” (QUINTAS, 2010. p. 139-140)

Logo, visto a importância de analisar cada caso em si, foi assim que o Ministro João Otávio de Noronha pensou nesse contexto, aonde dois obstáculos se apresentaram ao compartilhamento da guarda. O primeiro é que o recorrente embora mencionasse a questão do compartilhamento, fundou-se apenas no interesse de regulamentar as visitas à filha e decidir sobre viagens com ela, nada mais, não demonstrando assumir os compromissos que a guarda compartilhada representa, que é arcar conjuntamente com os direitos e deveres em relação ao menor. O segundo foi constatado nas instâncias de origem, a imaturidade que ambos demonstraram: (BRASIL, 2016)

“Contudo, tanto em primeiro quanto em segundo grau, decidiu-se pelo não compartilhamento da guarda em razão de o recorrente e a recorrida, além de não se entenderem, não terem disposição para tanto. Cito alguns trechos da sentença:

“[...] apesar das visitas terem sido ampliadas, não há aspecto que sugiram a viabilização da guarda compartilhada [...] tanto a Sra. Luiza quanto ao Sr. Bruno não demonstram possibilidade de diálogo, cooperação e responsabilidade conjunta” (fl. 363).

No acórdão:

“As decisões maduras, refletidas, pensadas, dirigidas para um fim único (o bem do filho) são inalcançáveis no atual momento de convivência entre pai e mãe, no qual prepondera a tendência para a consideração do próprio interesse. A oportunidade poderá surgir num momento posterior, não sendo visível no instante atual” (fl. 644).” (BRASIL, 2016)

Observado que não há possibilidade de diálogo entre os genitores, para que possam chegar à um consenso, o Código Civil ampara o juiz nesses casos:

“Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da



estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.” (BRASIL, 2002)

E foi assim que o Ministro João Otávio de Noronha votou. Embasando-se, no sentido de que mesmo a guarda compartilhada sendo vista como o melhor caminho pela maior parte doutrinária e por jurisprudência firmada pela Ministra Nancy Andrighi, os fatos do presente caso, de imaturidade dos pais, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam prejuízos para o desenvolvimento psicossocial da menor. (BRASIL, 2016)

No voto citado acima, da Ministra Nancy Andrighi, está consignado que a guarda compartilhada, quando litigiosa, deve constituir forma de avanço no diálogo entre os pais, mas, na hipótese de haver frustração, caberá ao Estado-Juiz agir como mediador. Por isso, o Ministro João Otávio defende que a não imposição da guarda compartilhada nesse caso, pois, isso não pode representar uma experiência envolvendo a criança: (BRASIL, 2016)

“Seria temerário e deporia contra os interesses da menor que a imposição da guarda se transformasse num experimento disciplinar para os pais, pois aí se estaria primando pelos interesses destes em primeiro lugar, e não dos daquele – que não deve ser tal como um objeto a ser experienciado.

Firmou-se também que, se houve substancial descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada por parte de um dos pais, poderá igualmente haver drástica redução das prerrogativas desse genitor. Contudo, indago: com que custo para o menor? Porque, nessa hipótese, muito provavelmente já terá vivenciado situações que podem refletir negativamente na sua formação e vida adulta.” (BRASIL, 2016)

Assim, entendeu o Ministro, negando provimento ao recurso especial, alegando que não poderia contrariar os fatos presentes nos documentos para adequar a vida do menor com base no entendimento doutrinário. Logo, conseguimos ter uma visão mais ampla agora, como tudo gira em torno do melhor interesse do menor quando se trata de guarda compartilhada. Encerra-se esse capítulo com um trecho de reflexão, sobre o que é melhor para o menor: (BRASIL, 2016)

“Não há como se estabelecer um critério único que determine qual o melhor interesse das crianças. A família plural<sup>54</sup> e o fim da divisão tradicional de papéis materno e paterno abrem um

leque de opções para a decisão da guarda. O melhor interesse do filho dependerá de cada caso.” (QUINTAS, 2010. p. 59)

Infere-se então, que a guarda compartilhada realmente se destaca entre os institutos de guarda, porém, cada caso é um caso, devendo os operadores de direito entrarem à fundo em um estudo que resolva nos mínimos detalhes o que for melhor para o interesse do menor, pois, refletirá diretamente em nossa sociedade.

## CONCLUSÃO

Vimos então, a importância do poder familiar para a orientação de uma família, principalmente quando envolve um menor de idade, pois, é preciso haver diálogo, cooperação e respeito por todos os membros em busca de uma vida harmoniosa e saudável.

Assim sendo, após demonstrado no presente trabalho todas as modalidades de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico, e destacando a guarda compartilhada como a preferida pela maior parte doutrinária, nos resta concluir como se dá o devido instituto nas entidades familiares de nosso país.

Podemos considerar que, para todos os doutrinadores e juristas estudados neste trabalho, o princípio do melhor interesse do menor é o ponto chave quando existe a separação entre os genitores da criança, ou seja, independente da corrente que cada doutrina siga, tal princípio sempre é analisado como ponto destaque.

No entanto, existem operadores do direito que têm uma visão de que mesmo havendo litígio entre os pais, deve-se implementar a guarda compartilhada, pois, deve-se respeitar o texto legal e ao melhor interesse do menor, no sentido de que, a criança deve conviver com os dois genitores de forma igualitária, sendo imprescindível para o desenvolvimento da vida adulta do menor, a figura paterna e materna.

Como foi visto no Recurso Especial, cuja relatoria é da Ministra Nancy Andrighi, aonde conseguimos notar que ela estava presa ao texto legal, decidindo pela implementação da guarda compartilhada mesmo havendo litígio entre os pais, fazendo coisa julgada em nosso cenário jurídico.

Por outro lado, existem casos e casos, e às vezes a guarda compartilhada não é a melhor opção, que foi aonde o Ministro João Otávio de Noronha decidiu, mesmo respeitando a análise da Ministra e concordando em partes, ele destaca justamente que o princípio do melhor interesse do menor em casos de onerosidade excessiva não será a guarda compartilhada que resolverá. Pois, o

convívio do menor em ambiente de “pé de guerra” pode atrapalhar seu desenvolvimento psicossocial.

Logo, a minha opinião sobre o assunto é de que a Lei 13.058/14 errou quando alterou o parágrafo segundo do inciso segundo do artigo 1.584, pois, quando os casais se separam, na grande maioria das vezes continuam com sentimentos mal digeridos e que provavelmente irá atingir o menor , então o melhor a se fazer é dar a guarda do menor para o genitor que comprove ser o mais competente, independente de situação financeira, sexo ou orientação sexual.

Pois, viver em um ambiente estressante e desarmonioso na minha opinião pode causar mais prejuízos ao menor do que compartilhar a convivência com os pais de forma separada. O ideal seria um estudo célere e completo com profissionais da psicologia em cada caso particular, para assim defender com unhas e dentes o melhor interesse do menor ou implementar a guarda compartilhada em todos os casos, mas, punir severamente casos de alienação parental.

No entanto, sabemos das condições da justiça brasileira, e infelizmente contar com isso seria uma ilusão. Por fim, sou mais a favor da corrente do Ministro João Otávio de Noronha, pois, preferiria arriscar uma decisão na qual sei que uma das partes é capaz de cuidar do menor, do que colocar a criança como peão nesse jogo de sentimentos mal resolvidos e atitudes imaturas, tornando sua vida bastante conflituosa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Markley. *Guarda Compartilhada: uma análise de seus efeitos na família em casos de dissolução litigiosa*. 2016. Disponível em: <<https://markley.jusbrasil.com.br/artigos/305242183/guarda-compartilhada>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm)>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 21 Mar. 2018

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.417.868 /MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília 10 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/78/STJ%20guarda%20compartilhada%20divergencias%20entre%20os%20pais.pdf>>. Acesso em 21 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.626.495/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília 16 de maio de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468438688/recurso-especial-resp-1654103-rj-2016-0279798-8/inteiro-teor-468438694>>. Acesso em 21 Mar. 2018.

CENTOFANTI, Marcella. *Guarda compartilhada: o que muda com a nova lei*. 2014. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei/>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

CHAVES, Mara Julinaide. *Guarda compartilhada*. 2011. 44 f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares, 2011.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONCEITO.DE. *Conceito de família*. 2011. <Disponível em: <https://conceito.de/familia>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

CUNHA, Matheus Antonio da. *O conceito de família e sua evolução histórica*. 2009. Disponível em: <[investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica](http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica)>. Acesso em: 25 Mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 5. direito de família*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Rita. *A etimologia da palavra família*. 2003. Disponível em: <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-etimologia-da-palavra-familia/15348>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. *Do pátrio poder ao poder familiar: o fim do instituto?* 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI227629,71043-Do+patrio+poder+ao+poder+familiar+o+fim+do+instituto>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

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

MIGUEL, Jamil. *A guarda compartilhada agora é regra: comentários à Lei nº 13.058/2014*. Campinas: Millenium, 2015.

MUNIZ, Mariana. *Guarda compartilhada deve prevalecer mesmo quando há desavença entre os pais, decide STJ*. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/guarda-compartilhada-deve-prevalecer-mesmo-quando-ha-desavenca-entre-os-pais-decide-stj-24092016>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. *A família: conceito e evolução histórica e sua importância*. 2007. Disponível em: <[http://www.pesquisadireito.com/a\\_familia\\_conc\\_evol.htm](http://www.pesquisadireito.com/a_familia_conc_evol.htm)>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. *Quais são as espécies de guarda no direito brasileiro?* 2017. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/439791372/quais-sao-as-especies-de-guarda-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 21 Mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 22. Ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

QUINTAS, Maria Manoela R. de Albuquerque. *Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REINALDIN, Juliana. *Da evolução do pátrio poder ao poder familiar*. 2008. 53f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2008.

ROCHA, Sheila Oliveira da. *Guarda Compartilhada*. 2009. 43f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2009.

RODRIGUES, Séfora; MURBACH, Allana; SPAGOLLA, Jessica; RODRIGUES, Sirley. *A guarda compartilhada obrigatória nos casos de animosidade entre os genitores*. 2016. Disponível em: <<https://seforaro.jusbrasil.com.br/artigos/348784994/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-nos-casos-de-animosidade-entre-os-genitores>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

SALLES, Karen R. P. Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Mateus Soares da. *Uma breve análise quanto ao novo conceito de família, um avanço ou retrocesso social?* 2014. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.

TOBIAS, Daniela Canton. *A guarda compartilhada*. 2011. 32 f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

URAGUE, Michele Andressa. *A guarda compartilhada obrigatória à luz do princípio do melhor interesse da criança*. 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/advmicheleurague/artigos/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-2327>>. Acesso em: 21 Mar. 2018