

GUARDA COMPARTILHADA: atenuantes e agravantes na convivência familiar

Kátia Helena Ferreira Guimarães*

Marcelo Ferreira de Souza Marcelino**

Claudiane Aparecida de Sousa***

RESUMO

O trabalho em apreço se põe a analisar a guarda compartilhada frente aos atenuantes e agravantes que este instituto pode apresentar na convivência familiar, sob a ótica da legislação e jurisprudência nacional. Conforme estudos do pátrio poder, do poder familiar, da guarda compartilhada e seus efeitos. A compilação de materiais e o estudo bibliográfico de pensamentos de autores que escrevem sobre o tema, foram os métodos utilizados na elaboração da monografia. Num primeiro momento, partiu-se de uma relação histórica do conceito de família, acompanhando o processo evolutivo deste instituto. Em seguida, perfazendo o caminho que a autoridade familiar percorreu durante anos, desde a figura da mãe como núcleo familiar até o pátrio poder absoluto do genitor sobre a família. De forma sequenciada, abordamos a sucessão do poder familiar ao pátrio poder, sustentado nas modernas linhas constitucionais e demais normas aplicadas, onde o tema do trabalho (guarda compartilhada: atenuantes e agravantes na convivência familiar) pode ser explorado da mais ampla forma consubstanciada no melhor interesse da criança e do adolescente. O instituto da guarda compartilhada ainda é controverso no ordenamento jurídico brasileiro, e a presente pesquisa, almeja colaborar para a melhor compreensão do tema expondo as suas nuances no seio familiar.

Palavras-chave: guarda compartilhada; pátrio poder; poder familiar; legislação e jurisprudência nacional.

1 INTRODUÇÃO

As novas dinâmicas familiares da contemporaneidade motivam constantes mudanças no campo social, afetivo e psicológico dos conviventes e porque não reconhecer que isso impacta no ordenamento jurídico? A adoção da guarda compartilhada como regime de convivência obrigatório, quando da dissolução do casamento ou união estável, é reflexo dessas mudanças pelas quais vêm passando a sociedade e a configuração familiar.

A guarda compartilhada visa reestabelecer os vínculos familiares por meio da manutenção da convivência e do estreitamento de vínculos afetivos entre genitores e filhos, após a dissolução conjugal daqueles.

Visando ao princípio do melhor interesse da criança, bem como a proteção integral desta, o instituto da guarda compartilhada deve lançar mão de todos os recursos possíveis para solucionar os problemas familiares da maneira menos traumática possível.

A Constituição Federal outorga a ambos genitores o exercício do poder familiar, onde estes devem exercê-lo de maneira a proteger e orientar os filhos e/ou adolescentes em desenvolvimento sob o manto da proteção integral.

Corroboram com o entendimento supracitado, o Código Civil de 2002 ao enumerar o instituto da guarda compartilhada como sendo a modalidade a se adotar quando da dissolução de casais ante a presença de filhos, ainda que, havendo entre estes certa animosidade, que não possa comprometer de maneira a prejudicar a

* Graduando em Direito pela Faculdade de Ipatinga.

** Graduando em Direito pela Faculdade de Ipatinga.

*** Doutorado em Ciências da Comunicação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil (2021). Professora - Pós-graduação da Universidade Vale do Rio Doce, Brasil.

formação intelectual, física e emocional dos descendentes. Tal modalidade só não será aplicada quando, o magistrado verificar o desinteresse de um dos genitores pela guarda do menor e/ou pelo poder familiar em relação a este.

Ainda dentro do diapasão das normas legais que trouxeram maior robustez ao instituto da guarda compartilhada, citamos o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, norma que elenca deveres e obrigações dos genitores para com os pupilos, num momento de enorme necessidade da presença daqueles na vida cotidiana destes.

De certo que, o instituto da guarda compartilhada, traz como irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível a ação dos genitores em relação ao poder familiar, de forma a restabelecer e também a preservar este ante a dissolução do casal.

O presente estudo teve como objetivo geral pesquisar em que medida o instrumento jurídico da guarda compartilhada promove a construção da convivência familiar e como objetivos específicos estudar o processo de de consolidação da Doutrina da Proteção Integral, analisar a lei da guarda compartilhada, descrever aspectos relevantes sobre o instituto da guarda, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, identificar aspectos positivos da adoção da guarda compartilhada na construção da convivência familiar e estudar o posicionamento jurisprudencial sobre a aplicação deste instituto analisando qualitativamente o material de pesquisa catagolado.

A adoção da guarda compartilhada gera discussão entre os magistrados e polêmica na sociedade e nas próprias famílias. Os juízes se veem em situação conflituosa quando em uma audiência se deparam com casais que ignoram completamente o instituto da guarda compartilhada e por isso brigam tanto pela guarda unilateral. A sociedade, de modo geral, desconhece os atributos desta modalidade de guarda, quando muito, a confundem com uma espécie de guarda alternada. E nas famílias que se desfazem e buscam a decisão judicial também é evidente a falta de informação.

É nesse panorama de dúvidas, debates e falta de informação que a lei da guarda compartilhada surge e se faz imperiosa colocando a criança no centro das discussões buscando assegurar o desenvolvimento da criança e do adolescente sob a ótica da proteção integral, o que envolve a convivência familiar. Para entender o alcance deste instituto nas relações familiares é necessário conhecê-lo. Nesse sentido é a problemática deste estudo: O instrumento jurídico da guarda compartilhada trouxe avanços ou retrocessos dentro da convivência familiar?

A partir de uma pesquisa básica qualitativa exploratória foi realizado levantamento bibliográfico doutrinário e de estudos já publicados para analisar o problema em questão. Quanto à metodologia o trabalho em mãos faz a opção pelo método hipotético-dedutivo.

O segundo capítulo desse estudo traz uma contextualização da evolução histórica do poder familiar, perpassando pelo seu conceito, origem e evolução conceitual.

O terceiro capítulo traz o exercício do poder familiar, a dissolução do matrimônio e o exercício do poder familiar, as modalidades de guarda quais sejam a unilateral, alternada e compartilhada, bem como as vantagens e desvantagens da adoção desta última.

O capítulo quatro trata da adoção da guarda compartilhada como regra, as consequências da lei nº 12.058/2014 no instituto da guarda compartilhada, a análise dos efeitos gerados pelo REsp 1.626.495/SP sobre a decisão pela adoção da guarda

compartilhada nos casos de situação beligerância eentre os pais e por último trata da guarda compartilhada frente à onerosidade excessiva ao menor.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR

A sociedade é um organismo vivo, e como tal, evolui e muda constante e continuamente. Ao passo que o direito regula o comportamento que advém dessa sociedade.

Assim, ao longo dos anos, o direito vem se adaptando a essa nova realidade social. Dentro dessas adaptações pelas quais o direito percorre, o Direito de Família, é um excelente exemplo de evolução e transformação no sentido de acompanhar a sociedade atual e suas mazelas.

Em tempos passados a família era chefiada única e exclusivamente pelo homem, marido, que também detinha o pátrio poder sobre os entes, em especial os filhos.

O casamento era o instituto que idealizava a família que tinha a função de procriar, sendo os filhos, determinados pela consanguinidade. O fator biológico era o único a ser considerado para que os casais pudessem ter filhos.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reforçado pelo advento do Código Civil de 2002, houve um grande passo para que a família não fosse exclusivamente determinada pelo laço biológico, restando à paternidade ser reconhecida também, pelos laços culturais, sociais, indo além do matrimônio como a única forma de conformação da entidade familiar.

Nesse momento histórico temos que os princípios da afetividade, da solidariedade, passam a ter importância ímpar dando às relações socioafetivas condições de igualdade às demais, inexistindo hierarquia entre os modelos familiares, prestigiando e prezando pela dignidade humana, pela isonomia entre os sexos e ainda, o mais importante, que prevaleça o melhor interesse da criança e do adolescente.

Inspirado em valores patriarcais, o pátrio poder, era entendido como direitos que o pai, o marido, possuía sobre os filhos e família. Assim sendo, não faz mais sentido utilizar essa terminologia, uma vez que, atualmente, a sociedade conjugal tem paridade de direitos e deveres, onde ambos são responsáveis pela condução da criação dos filhos, originando a expressão “poder familiar”.

2.1 O Conceito de família e sua evolução histórica

Ao longo dos tempos, o instituto família passou por diversas transformações, sendo possível, através de estudos e análises antropológicas da sociedade esclarecer as razões que foram propulsoras para a linha evolutiva.

Para entendermos como a evolução da família se deu, necessário se faz acompanhar e estudar as diversas transformações sociais, religiosas, políticas e tecnológicas pelas quais a sociedade vem percorrendo ao longo de séculos.

Em tempos anteriores ao desenvolvimento da agricultura e a domesticação de animais, havia a condução matriarcal frente à família. As mulheres eram as “chefes” do agrupamento de pessoas tidas como família.

Ultrapassado esse momento, têm-se que a família passa ser considerada uma unidade política, religiosa, econômica e jurídica.

Na Roma antiga, o chefe da família era conhecido como “pater”. Assim como o imperador exercia o domínio sobre o Estado Romano, o “pater”, também exercia

seu *domino* sobre a família, de tal modo que, acreditava-se haver a representação Estatal pela unidade familiar.

Ao tempo da idade média, a instituição familiar era originada com o matrimônio, muito em função da influência do cristianismo. Dessa forma, o compromisso familiar era de procriar, gerar filhos, restando à comunidade onde habitavam, a responsabilidade de educar os descendentes. Não se fazia presente a afetividade no núcleo familiar.

Ao advento da revolução francesa e industrial, houve no conceito de família uma grande evolução. Nesse momento histórico, com a urbanização, mudanças no hábito de viver em sociedade, de trabalho, surge o casamento laico e muda-se o enfoque do íntimo da família, que passa a se organizar em torno da criança.

Atualmente temos que o conceito de família firma-se no tripé entre a afetividade, a solidariedade e a igualdade. Aquele determinismo biológico para a composição familiar ficou no passado.

O jurista italiano, Pietro Perlingieri (2002), assim pensa acerca do conceito de família, como está expresso no parágrafo anterior:

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas efetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida. (PERLINGIERI, 2002, p. 165).

A adoção e a inseminação artificial, institutos presentes na Constituição vigente, trouxeram para o conceito contemporâneo de família a socio-afetividade, sendo esta figura central na formação do seio familiar. Tal figura, corrobora no sentido de dar à união estável e a família monoparental, status de entidade familiar comportada nas linhas do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Desta feita, supera-se o conceito familiar autoritário, do pátrio poder, passando ao poder familiar, onde é de responsabilidade dos pais a formação do filho, de forma que possa ser entendida como um dever homogêneo.

2.2 Do Poder Familiar

Como visto anteriormente, a evolução percorrida pelo instituto familiar, alterando a concepção, a conformação e a forma de se viver em família, implicou diretamente no comportamento dos membros patriarcais no tocante ao poder familiar.

O poder que o chefe da família possuía e utilizava em seu próprio proveito, foi sendo substituído pelo poder familiar, entendido como um poder-dever, sendo ambos os pais responsáveis pela condução dos filhos, pautando essa condução no melhor interesse destes.

Concomitante ao império romano, a figura do pater era assemelhada ao do próprio Estado, onde tudo lhe pertencia, desde a propriedade em si mesmo até os súditos. O *pater* controlava os membros da família como chefe absoluto. De bens aos direitos destes membros, tudo era regido pelo chefe, que detinha poderes para vendê-los, puni-los e até matá-los.

Ao passar dos tempos, os poderes do *pater* foram se restringindo e se figurando como simples direito de correção. Assim, os membros da família (filhos,

mulher), foram aos poucos ganhando mais autonomia muito em função da orientação vinda do direito germânico, pautado na condução da criação dos filhos por ambos os genitores.

Com essa mudança no âmbito familiar, onde filhos e a mulher/esposa passam a gozar de certa autonomia, vemos uma reformulação de valores sociais trazidos pela revolução industrial, pela urbanização e pelo próprio feminismo, onde o pátrio poder se esvai e passa a dar lugar ao chamado poder familiar.

O brilhante jurista e civilista brasileiro Silvio de Salvo Venosa (2005), sobre a evolução do pátrio poder para poder familiar, em sua obra intitulada “Direito Civil”:

[...] direito de família, expõe: De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história. Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento. (VENOSA, 2005, p. 367).

2.2.1 Origens do Poder Familiar

Durante longos períodos, Igreja e família possuíram uma relação muito próxima lastreada na religião que balizava a configuração da família, apontando o homem como sendo o chefe único desta.

A religião regulava as questões familiares a exemplo do casamento, da adoção, divórcio e tantas outras, e, para que isso fosse possível, concedia ao pai, chefe da família, a responsabilidade de cuidar dos seus membros, colocando-o em uma posição de superioridade frente aos demais entes, sobretudo à mulher. O homem, era visto como sendo uma espécie de chefe supremo da religião doméstica.

O Código Civil de 1916, seguia a tradição patriarcal, concedendo o pátrio poder somente ao genitor. Com a criação da Lei nº 4.121 em 1962, houve um início de mudança onde a referida norma passou a oferecer condições para que a mãe participasse junto ao pai do exercício do pátrio poder, mas, apenas na condição de colaboradora. Desta maneira, o Código Civil de 1916 foi sendo desafiado a se manter eficaz frente às mudanças que vinham se sucedendo.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 colaborou para que novos valores sociais fossem inseridos de forma normativa em meio à sociedade. Inovações como direitos iguais entre homens e mulheres, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, a família que não mais advém somente do casamento, foram exemplos de evoluções que abriram a discussão em torno do modelo de família, onde a afetividade passa a contrapor em pé de igualdade ao determinismo biológico, surgindo o embrião do poder familiar.

A partir do momento em que a mulher, em virtude das mudanças culturais, conquista espaços antes somente destinados aos homens, como ambiente de trabalho, ela se coloca mais tempo fora de casa, do lar. Com esse “afastamento”, os filhos tendem a ser educados em creches e escolas em tempo integral, fazendo com que haja uma certa distância entre mãe e filho no tocante ao cuidado com os menores.

Dado esse momento de transição social na vida da família, a Igreja, mesmo tardiamente, sente que a entidade familiar está ameaçada necessitando de atenção com relação às políticas de proteção principalmente em relação aos filhos, os mais atingidos e prejudicados por essa fase.

Percebendo a necessidade de um apoio e orientação familiar, a Igreja implanta a Pastoral da Família com o objetivo principal de fortalecer a entidade familiar. Com a implantação da Pastoral da Família, elaborou-se a Carta dos Direitos da Família destinada aos organismos e autoridades interessadas no tema. O Governo foi o principal alvo da Pastoral no tocante a criação de uma consciência comum dos direitos essenciais da família para o bem da sociedade.

Com o olhar da Igreja focado na entidade familiar, frente às mudanças no cenário social vivenciado, principalmente pelas mulheres, e, também com os avanços que a Constituição trouxe no sentido de dar ênfase ao ser humano, à pessoa, o Estado se vê na obrigação de instituir normas visando dar proteção e sustentabilidade ao seio familiar.

Princípios como afetividade, tolerância, solidariedade, compreensão, respeito ao próximo, vão se firmando e se materializam em normas estatais visando a proteção do instituto familiar com foco nos filhos. Destaca-se aqui, com enorme relevância o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, ao eleger os pais como destinatários do poder familiar enfatizando nestes, a finalidade protetiva dos filhos.

Nesse contexto acontece a transição evolutiva do pátrio poder ao poder familiar, onde o melhor interesse da criança e do adolescente é o objetivo.

2.2.2 Evolução conceitual: Do Pátrio Poder ao Poder Familiar

Família é espaço de encontros. Desta premissa, retomamos o caminho pelo qual a família percorreu por décadas até chegar aos dias atuais e se fazer representar pelo poder familiar que, hoje, rege o entorno dos filhos.

O casal ao caminhar junto, precisa transformar o lar em um lugar de encontro de pessoas para o bem comum dos entes, visando a proteção, preparação e amparo dos filhos para a vida e não somente contra o sol, chuva, animais e todos os tipos de perigo do cotidiano.

Os vínculos de sustentação que caracterizavam a família patriarcal foram superados pelo amor materno, restando à afetividade - laço de união -, substituir a proteção física, social e econômica que historicamente sustentou um modelo familiar.

Tal entendimento, atualmente é consolidado tanto pela Igreja quanto pelo Estado, se apresentando de forma normativa que todos têm direito à convivência familiar, pautada na afetividade, na tolerância, na solidariedade, na compreensão, no respeito ao próximo, no amor incondicional, construindo a integridade da família, dos seus membros.

O poder familiar pautado em princípios que trazem a dignidade humana à frente, trazem uma série de aspectos positivos aos entes. Destaca-se aqui, a liberalização das relações dentro da família no tocante a horários, escolha de amigos; a democratização na tomada de decisões, onde há a participação de todos, etc.

O que se observa com a passagem do poder familiar a nortear as relações paternas, é que a família passa a existir para o indivíduo e não o contrário. Surge

uma relação firme e consolidada entre gerações, onde o amor predomina sobre o temor, a liberdade sobre a imposição e o diálogo sobre o autoritarismo.

Desta evolução havida entre gerações familiares para que se chegasse ao regime do poder familiar como se vê na atualidade, temos que respeito, felicidade, democracia, união, afeto, solidariedade, dignidade, são princípios dos quais os entes familiares passaram a comungar em pé de igualdade visando o melhor interesse dos filhos e por consequência, atingindo-se também, o bem-estar social da entidade familiar.

3 EXERCÍCIO DO PODER DEVER NA DISSOLUÇÃO FAMILIAR

3.1 Conceito

O poder familiar é o instituto jurídico que vincula pais e filhos menores não emenapados como sujeitos de uma relação jurídica cujo objeto é um conjunto de direitos e deveres, em âmbito pessoal e patrimonial. Essa relação pode se constituir por vínculo natural, biológico ou adotivo.

A terminologia “Poder Familiar” é relativamente nova, vez que foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002, sendo anteriormente tal instituto intitulado “Pátrio Poder”, conforme previsão do Código Civil de 1916, que previa o exercício pelo pai, com auxílio da mãe e havendo conflito ou divergência em relação a esse exercício, prevaleceria a vontade paterna.

O Código Civil de 1916 concedia exclusivamente ao marido o pátrio poder, de modo que o seu exercício seria assumido pela mulher apenas na falta ou impedimento do marido. Inclusive, se a viúva viesse a se casar novamente, pedia o pátrio poder dos filhos independente da idade destes, só recuperando esse poder caso viesse a ficar viúva novamente (DIAS, 2017).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso I, concede, ao homem e à mulher, tratamento isonômico e ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres na sociedade conjugal em seu art. 226, § 5º, outorga a ambos o exercício do poder familiar (BRASIL, 1988).

A partir do acompanhamento da evolução das relações familiares, o Estatuto da Criança e do Adolescente mudou substancialmente o instituto, deixando de ter o poder familiar um sentido de dominação para se transformar em sinônimo de proteção, estabelecendo para os pais mais deveres e obrigações para com os filhos do que direitos em relação a eles.

Consolida-se então o Princípio da Proteção Integral estabelecendo nova configuração do poder familiar, que representa uma revolução para o direito infantojuvenil, ao estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção da infância atrelada à nova noção de cidadania estabelecida na Constituição Federal de 1988.

Nesse raciocínio, Joana Ribeiro (2020) preleciona, de modo esclarecedor:

[...] ao comentarem o artigo primeiro do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da proteção integral à criança, reforçam o ineditismo de, pela primeira vez na história brasileira, ser abordada a prioridade absoluta e sua proteção como dever da família, da sociedade e do Estado, sendo o artigo primeiro do Estatuto “a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que “os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. (RIBEIRO, 2020, p. 96).

Segundo Ribeiro (2020) a Constituição Federal de 1988 abandonou a velha doutrina da situação do menor irregular para integrar a Doutrina da Proteção Integral, reconhecendo-o como cidadão e sujeito de direitos, ao prever expressamente a prioridade absoluta, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, a obrigação tripartite entre família, sociedade e Estado na garantia desses direitos a obrigação compartilhada de segurança da criança e do adolescente, como previsto no art. 227 do diploma:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

A título de esclarecimento, o jovem só foi incluído no rol protetivo do art. 227 a partir da Emenda Constitucional de 2010.

Segundo a doutrina de Proteção Integral, toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão da sua condição específica de pessoa em desenvolvimento, necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral. Formando um paradigma, que se sustenta do tripé da fundamentalidade, para construir um novo modelo para a área do Direito. Sendo que o primeiro fundamento do tripé é garantia legal, já que a Doutrina da Proteção integral está amparada na CF/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente; o segundo é própria condição da doutrina como objeto de análise científica, de forma interdisciplinar; e o último pilar do tripé é o fomento de ações e políticas concretas, baseadas na Doutrina da Proteção Integral, tanto pelo Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, como pelas famílias, escolas e práticas com crianças e adolescentes.

O interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho e não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela legislação aos pais. Desta forma, o poder é exercido pelos genitores, mas serve ao interesse do filho (VENOSA, 2015).

O Estado fixa limites de atuação para os titulares do poder familiar. Deve-se atentar para par o ponto de equilíbrio entre a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção da família, partindo-se do pressuposto que a autonomia da família não é absoluta (DIAS, 2017).

A autoridade parental prevê deveres tanto no campo material como no campo existencial, sendo necessário assim suprir além das demandas financeiras, aquelas de ordem afetiva. Os genitores devem assim exercer a afetividade responsável, propiciada pelo encontro, pela convivência familiar, de modo que por descumprir este dever de conviver com o filho, será reconhecida responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo. Diferentemente do delito de abandono material que ocorre quando o genitor deixa, imotivadamente, de prestar os alimentos aos quais é obrigado.

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele decorrem são personalíssimas, decorrendo tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. Como irrenunciável que é, os genitores podem tão somente delegar seu exercício a outrem, preferencialmente a um ente familiar.

Os filhos de zero a dezoito anos estão sujeitos ao poder familiar, que será originalmente exercido pelos pais, sendo estes desconhecidos, no caso de falecimento ou de perda ou suspensão do poder familiar, os filhos ficam sob tutela, conforme previsão do art. 1728 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA trata do poder familiar quando fala da convivência familiar e comunitária e da perda ou suspensão do poder familiar.

O ECA chama de criança aquele que tem menos de 12 anos e desta idade até os 18 anos, denomina como adolescente. Já o Código Civil classifica como absolutamente incapazes aqueles que tem até 16 anos e aqueles que têm entre 16 e 18 anos como relativamente incapazes. E será sobre todos esses exercido o poder familiar, em igualdade de condições, pelos genitores.

3.2 Dissolução entre famílias

A autoridade parental cabe a ambos os genitores, tanto a titularidade, quanto o exercício do poder familiar se divide igualmente entre os pais na constância do casamento ou da união estável. Quando o vínculo entre o casal é rompido os filhos continuam sob a guarda compartilhada dos genitores e aquele que gozar de melhor condição econômica deverá prestar alimentos ao filho.

O fim da sociedade conjugal pode trazer sofrimento para as crianças, que pode ser minimizado com a manutenção das relações afetivas, longe de comportamentos hostis e da lógica de ganhador e perdedor, como se tivessem que disputar tudo relacionado à vida dos filhos (MACEDO; ROCHA, 2020).

A convivência dos pais não é requisito para a titularidade do poder familiar, sendo de ambos o dever de dirigir a criação e educação dos filhos, conceder ou negar consentimento para casar, viajar para o exterior, mudar de residência. Cabe aos genitores igualmente o dever de representar e/ou assitir os filhos judicial ou extrajudicialmente. Nas situações que exigem o consentimento de ambos genitores não basta manifestação isolada de um dos genitores, ainda que seja o detentor unilateral da guarda do filho, assim será necessário o suprimento judicial do consentimento, a suspensão ou a extinção do poder familiar do outro genitor (DIAS, 2017).

Ainda que deferida a guarda unilateral a um dos genitores, mantém-se o direito de convivência e o exercício exclusivo da guarda não retira nem limita o poder familiar do genitor não guardião. Conforme previsão do Código Civil de 2002, apenas na ou impedimento do de um dos genitores é que o outro exercerá o poder familiar exclusivamente (BRASIL, 2002).

Quando a guarda é deferida a terceiros, sendo o filho colocado em família substituta ou ainda há suspensão ou extinção do poder familiar, persiste a obrigação alimentar.

3.3 Modos de guarda

Dias (2017) afirma que falar em guarda pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto, porém, o fim do vínculo conjugal não pode comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos, de igual forma não pode-se permitir que tal fato faça com que as crianças sintam-se objeto de vingança em face dos ressentimentos dos genitores.

Segundo a mesma autora, Dias (2017):

A “**posse do filho**” não decorre da simples presença física no domicílio de um dos pais. O fato de o filho residir com não significa que o outro “**perdeu a guarda**”, expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo. A palavra **guarda** significa verdadeira **coisificação** do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de **sujeito de direito**.
[...] Atualmente, de modo muito mais adequado, fala-se em **convivência familiar**. (DIAS, 2017, p. 546-547, grifo do autor).

O ECA não dispõe expressamente sobre um conceito de guarda, poré em seu art. 33 refere-se à colocação do infante em família substituta, dizendo que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional, à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (BRASIL, 1989).

3.3.1 *Guarda Unilateral*

O Código Civil Brasileiro define a guarda unilateral em seu artigo 1.583, § 1º como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Nos casos de dissolução do vínculo conjugal entre os genitores, a guarda é concedida de forma exclusiva a um deles se houver a declaração de um deles ao magistrado de que não deseja a guarda do filho.

Quando a criança é reconhecida por apenas um dos genitores, em geral a mãe, esta exercerá a guarda unilateral, consituinto uma família monoparental (DIAS, 2017).

A cessação do vínculo conjugal não altera a relação dos pais com os filhos, permanecendo ambos responsáveis pelo exercício do poder familiar. Portanto, ainda que seja estabelecida a guarda unilateral, o genitor não guardião poderá ter os filhos em sua companhia em períodos previamente fixados.

Além do direito de convivência, o genitor não guardião tem o dever de supervisionar os interesses dos filhos, tendo legitimidade para solicitar informações, prestação de contas objetivas ou subjetivas em assuntos que guardem relação com a saúde física e psicológica e com educação de seus filhos (BRASIL, 2014).

A guarda unilateral pode afastar bastante o laço de parentalidade da criança aquele não guardião, pois a ele é estipulado, em regra, o dia de visita que não comumente é imposto pelo guardião, que não se preocupa em verificar se é o dia mais propício. Esse fato prejudica o genitor não guardião, que sentido-se insatisfeito tende a queixar-se na presença dos filhos (DIAS, 2017).

3.3.2 *Guarda Alternada*

A guarda alternada implica a divisão da guarda unilateral dos filhos, sendo de praxe a alternância de residências. O filho estando na casa do pai, caberá a este exercer a guarda exclusiva. É como se a guarda unilateral fosse exercida de forma alternada, ora pelo pai, ora pela mãe.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2017) ensina:

[...] modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predefinido, anual, semestral, mensal ou semanal. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e não se confunde com a guarda compartilhada [...] (DIAS, 2017, p. 553).

É comum a confusão entre guarda alternada e guarda compartilhada, embora as duas não possuam nada em comum, uma vez que nesta os genitores compartilham o exercício do poder familiar e naquela revezam-se nele.

De acordo com Carvalho (2017), a doutrina minoritária apresenta vantagens para essa modalidade de guarda, em situações como na hipótese de filhos havidos fora do casamento, quando pode propiciar que a convivência familiar torne-se uma realidade.

Pode a guarda alternada proporcionar uma relação mais estreita do filho com cada genitor, desde que as residências de ambos proporcionem as mesmas condições de ambiente familiar, para que os os filhos não façam distinções entre eles.

Depende dos genitores o bom proveito dessa modalidade de guarda, cuidando para que suas possíveis desavenças não respinguem nos filhos, fazendo com que se sintam jogados de um lado para o outro em meio aos conflitos dos pais.

Diante da alternância de casas e dos diferentes modos de educar, surge uma grande desafio para essa modalidade de guarda, qual seja a estabilidade dos filhos.

Quando não há constância das atitudes dos genitores em relação ao filho, a formação de hábitos deixa a desejar, pois a criança fica confusa sobre qual orientação deve seguir. Desta forma há um desrespeito ao princípio da continuidade prejudicando o desenvolvimento e o bem estar da criança.

A imposição de diferentes regras e limites de acordo com a residência que a criança está em determinado período é prejudicial ela que está buscando consolidar valores e padrões. Quando os genitores porpõem regras opostas provocam um desequilíbrio na criança, por exemplo quando um proíbe de jogar vídeo game e o outro libera, em uma casa tem que sentar-se à mesa para fazer refeições e tem horário para dormir, na outra pode comer em qualquer lugar e não tem horário para ir para a cama. Sem levar em conta o próprio ir e vir constante que pode gerar ansiedade e medos.

3.3.3 *Guarda Compartilhada*

A guarda compartilhada é uma modalidade em que a autoridade parental é exercida de forma igualitária pelos genitores, almejando assegurar o melhor interesse das crianças e adolescentes, a fim de protegê-los e proporcionar-lhes estabilidade emocional necessária para a formação equilibrada de suas personalidades.

Quando se fala do exercício de forma igualitária do poder familiar, não implica, necessariamente na divisão do tempo, mas das responsabilidades atinentes aos filhos, consituindo assim para os genitores deveres e direitos legais e jurídicos na condução de todas as áreas da vida de seus filhos.

Essa modalidade de guarda abre caminho para relações mais ricas, numerosas e flexíveis, sem imposição de exclusividades como a guarda unilateral. Embora seja a flexibilidade do seu exercício uma das principais características da guarda compartilhada, não significa que não existam regras, várias questões devem ser discutidas e delimitadas, pressupostos devem ser fixados, pois a estabilidade emocional do menor exige essa organização. A exemplo disso é estabelecido o lar de referência, fixada pensão alimentícia, plano de educação entre outros (ALBUQUERQUE; NASCIMENTO, 2021).

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.583, conceitua guarda compartilhada como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres

do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar da prole comum (BRASIL, 2008).

Por força da imposição legislativa, a guarda compartilhada tornou-se a regra geral quando da dissolução da sociedade conjugal e passou a produzir efeitos revelantes na configuração de famílias cujos genitores dissolveram sua união, sendo então entendida como meio de efetivação de direitos de crianças e adolescentes sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral (ALBUQUERQUE; NASCIMENTO, 2021).

Quando da dissolução do vínculo conjugal, há um processo de transição no qual os pais precisam aprender a compartilhar as responsabilidades relacionadas aos filhos, ainda que não mais residam sob o mesmo teto. Superada esta etapa, a convivência tende a fruir.

Nesse cenário, os genitores separados são induzidos a modificarem suas rotinas, adaptando-se aos hábitos de seus filhos com o intuito de amenizar os efeitos negativos que uma separação pode causar na vida da criança e do adolescente.

De acordo com (MOTTA, 2006 *apud* DIAS, 2017), a guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade, justamente por isso deve-se preservar essas relações com o intuito de garantir que ocorra o adequado desenvolvimento fisiopsíquico desses filhos.

A aplicabilidade da guarda compartilhada exige dos pais um desarmamento total, superando mágoas e frustrações que inclusive tenham levado ao fim do vínculo conjugal, porque mesmo que persistam ressentimentos a modalidade de guarda compartilhada será adotada por ser a melhor forma de convívio da criança com ambos genitores.

Ainda que a criança ou adolescente não esteja sob a guarda dos genitores é possível estabelecer a guarda compartilhada, como *aduz* Maria Berenice Dias (2017):

Como existe a possibilidade de crianças e adolescentes estarem sob a guarda de outras pessoas que não os genitores, o que ocorre de forma bastante frequente com relação aos avós, nada impede que seja estabelecida a guarda compartilhada entre os avós e os genitores, ou entre um dos genitores e os avós. (DIAS, 2017, p. 552).

Conforme o Enunciado 607 do Conselho da Justiça Federal, ainda que haja alternância de residência, não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia, portanto, a concessão da guarda compartilhada não subtrai a obrigação alimentar do genitor que tem melhor situação financeira. Afinal a criança deve desfrutar de condição de vida semelhante na convivência com ambos os genitores.

3.3.3.1 Vantagens e desvantagens da Guarda Compartilhada

3.3.3.1.1 Vantagens

As considerações feitas no decorrer desse estudo, por si só, apontam a guarda compartilhada como uma forma de evolução para o exercício pleno do poder familiar pelos responsáveis pelas crianças, ainda que estes não residam sob o mesmo teto.

A guarda compartilhada busca, além do exercício da paternidade/maternidade e do poder familiar, o efetivo direito da criança e do adolescente de manter uma rotina e de conviver com ambos genitores, colocando os interesses desses menores no centro da família, garantindo assim sua proteção integral (ALBUQUERQUE; NASCIMENTO, 2021).

Essa modalidade de guarda possibilita que os genitores expressem o amor que têm pelos filhos participando de forma ativa e constante da vida deles, exercendo uma guarda que não diz respeito somente à vigilância, mas uma presença que ouve, acompanha e trata com carinho. Desta forma, os genitores não permitem que se formem lacunas de presença afetiva efetiva.

No aspecto prático da guarda dos filhos, possibilita que sintam-se seguros quando percebem que ambos genitores lhes oferecem estrutura para enfrentarem momentos diversos da vida. A partir do compartilhamento de informações escolares, médicas, sobre viagens ou sobre a vida social dos filhos, ambos genitores conseguem garantir sua presença e participam da vida dos filhos conferindo-lhes a segurança de que a ruptura do laço não implica no afastamento parental. Assim os filhos entendem que a família segue existindo (CARVALHO, 2017).

De acordo com Madaleno (2015), uma das vantagens da guarda compartilhada que não se pode ignorar é que os pais que alternam sua presença ao lado dos filhos costumam reduzir as tentações da alienação parental.

No que tange o aspecto financeiro, a guarda compartilhada garante que ambos os genitores desenvolvam os mesmos papéis, podendo promover momentos de lazer e também impor limites e regras, de maneira que nenhum deles seja visto pelos filhos como único provedor financeiro e o outro como aquela rígido e disciplinador (MADALENO, 2015).

Para Grisard Filho (2014), compartilhar a guarda dos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas atividades pessoais e profissionais, fomenta uma espécie de liberdade para as mães. Levando-se em conta que, em um cenário recente, a guarda unilateral era atribuída em grande parte à mãe, o autor sugere que desta forma as mães podem buscar outros objetivos de vida além das responsabilidades do cuidado parental. Completa Carvalho (2017), afirmando que além da guarda compartilhada ser benéfica aos filhos, oportuniza aos adultos reconstruírem suas vidas e superarem o luto simbólico decorrente de uma separação.

Igualmente importante é o efeito positivo da guarda compartilhada no tocante ao aspecto psicológico, onde, de acordo com Neiva (2002), a guarda compartilhada oportuniza uma completa e ficiente formação psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional da criança e do adolescente, ampliando sobremaneira o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção social.

A presença dos genitores no cotidiano dos filhos tem efeitos relevantes na fase de desenvolvimento de sua personalidade, a partir da convivência efetiva/participativa torna-se possível aos responsáveis exercerem essa influência sobre a vida de seus pupilos.

Macedo e Rocha (2020), relatam que pesquisas empíricas no campo da psicologia apresentam melhores resultados para os envolvidos nos modelo de guarda compartilhada do que aqueles em guarda unilateral, sob o ponto de vista cognitivo, acadêmico, emocional, comportamental e de saúde. Mostrando assim que o compartilhamento dos cuidados e das decisões em relação aos filhos favorecem o desenvolvimento desses.

O estudo de Nielsen (2011; 2015) apud Macedo e Rocha (2020) aponta que as crianças e adolescentes sob regime de guarda compartilhada são menos deprimidas, apresentam menos problemas de saúde bem como doenças relacionadas ao estresse, além de ficarem mais satisfeitas com o estilo de vida do que aqueles sob guarda unilateral. Apresentam alguns dados:

As crianças e adolescentes que participaram do estudo e estavam sob o regime de parentalidade compartilhada, tinham 30% (trinta por cento) menos probabilidade de terem sido deixados com babás ou na creche. Quase 90% (noventa por cento) de seus pais participaram de eventos escolares, em comparação com apenas 60% (sessenta por cento) dos pais em regime de guarda unilateral e quase 60% (sessenta por cento) das mães disseram que os pais estavam muito envolvidos nas decisões cotidianas sobre a vida de seus filhos, no regime de guarda compartilhada. (MACEDO; ROCHA, 2020, p. 19).

Outro resultado, igualmente apresentado por Macedo e Rocha (2020), diz respeito a uma revisão integrativa de literatura realizada por Ana Cristina Pontello Staudt e Adriana Wagner (2020). Na oportunidade as autoras analisaram publicações entre 1990 e 2016 e evidenciaram que no tocante às relações familiares, autoestima, ajuste emocional e comportamental, as crianças em regime de guarda compartilhada se encontram mais bem estruturadas em relação àquelas sob guarda unilateral. O estudo sugere que manter um relacionamento mais próximo com ambos os pais é um fator de proteção para as crianças, garantindo-lhes maior bem-estar.

Conforme os estudos apresentados pode-se inferir que a convivência da prole com os pais é importante forma de preservação do bem-estar emocional das crianças, como fator de estabilização psicológica, garantindo a integridade psíquica das crianças.

3.3.3.1.2 Desvantagens

A guarda compartilhada não é uma solução pronta e acabada, pois nenhuma família está livre de erros, dificuldades ou limitações, logo, o referido instituto não está livre de problemas e dúvidas, que serão elencadas a seguir.

A legislação atual, qual seja, o Código Civil alterado pela lei que regulamentou a adoção da guarda compartilhada como primeira opção do magistrado, não agrada a todos do meio jurídico posto que mesmo diante de litígio entre os pais, em situações muitas vezes de ausência e incapacidade de diálogo ou cooperação no trato de situações que envolvam os filhos comuns, ainda assim será adotada.

Outro ponto importante é a minoração das responsabilidades do genitor visitante diante das demandas inerentes à vida cotidiana dos filhos simplesmente pela formação de uma falsa ideia sobre o esquema de visitas, que deve funcionar apenas como um arranjo necessário à garantia da rotina da criança (CARVALHO, 2017).

Na situação de abuso praticado por um dos genitores contra os filhos, circunstância que demanda afastamento para superação de eventuais traumas ou para que não volte a ocorrer, é questionada a funcionalidade da guarda compartilhada.

Quando há mudança de domicílio por um dos genitores, dificultando o exercício do poder familiar de forma conjunta, há que se enxergar um problema. Ou ainda a diferença financeira, de ideologia e de crenças educativas entre os

genitores, pode representar problemas para o desenvolvimento da guarda compartilhada.

Outro fator que pode ser considerado uma desvantagem para adoção da guarda compartilhada é a ausência de afinidade entre filhos e um dos genitores, notoriamente quando pai ou mãe não se envolveram no crescimento da criança e não desenvolveram qualquer relação afetiva. Para Payueta (2012) *apud* Carvalho (2017), em tal situação, a guarda compartilhada pode ser inadequada uma vez que permitirá que aquele genitor que sequer construiu uma relação com o infante, poderá exercer o poder de veto sobre as decisões tomadas pelo genitor guardião.

Não menos importante, existe ainda a confusão conceitual entre guarda compartilhada e guarda alternada, quando os genitores pensam que compartilhar a guarda implica alternância da residência dos filhos, o que acaba os induzindo a lutar pela guarda unilateral com o intuito de evitar que a criança fique indo e vindo do lar de referência.

4 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA

4.1 Consequências da lei nº 12.058/2014 no Instituto da Guarda Compartilhada

No ordenamento jurídico nacional, o conceito de guarda compartilhada, surgiu com a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil para instruir e disciplinar a guarda compartilhada e foi aperfeiçoado com a Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 Código Civil de 2002, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Qual seja sua definição:

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. (BRASIL, 2002).

A família, na contemporaneidade, é caracterizada cada vez mais por laços simbólicos e afetivos do que por laços de consanguinidade. As transformações legais, além de oportunizar a reconfiguração familiar por meio da separação e do recasamento, também possibilitou a união homoafetiva, bem como a guarda compartilhada dos/as filhos/as e a mono parentalidade. Essas transformações repercutiram continuamente no ordenamento jurídico nacional orientando todo o processo de elaboração de legislação e sistemas de garantias e direitos.

A guarda compartilhada é apresentada como reflexo da modificação do lugar de crianças e adolescentes na família, saindo da parte periférica desta e caminhando ao centro, além de ser entendida como um instrumento de efetivação de garantias fundamentais para o infante.

A redação do art. 227 do texto constitucional versa que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir, a crianças, adolescentes e jovens, uma série de direitos, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em concordância ao disposto no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002, em alteração inovadora dada pela Lei nº 11.698 de 2008, reserva o capítulo XI para tratar da proteção dos filhos e estabelece

que a guarda será unilateral ou compartilhada. Segundo a norma, a guarda compartilhada é exercida por meio da responsabilização conjunta e do exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Introduz-se, assim, no ordenamento jurídico pátrio, a modalidade da guarda compartilhada, objetivando assegurar a convivência familiar e comunitária, com base no melhor interesse do infante. O mesmo Código determina que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (BRASIL, 2002). Destaca-se que o poder familiar deve ser exercido de forma igualitária por ambos os genitores, privilegiando não os pais, mas a criança, que possui a necessidade legal e afetiva de ter acesso a tal convivência.

É na perspectiva de tais transformações da realidade que foi promulgada a chamada “Lei da Guarda Compartilhada” ou “Lei da Igualdade Parental” (Lei 13.058 de 2014), que nada mais é do que um reflexo significativo da mudança de percepção que o Estado e a própria família têm da criança. Esta norma, que passou a vigorar em 22 de dezembro de 2014, realizou modificações relevantes no Código Civil de 2002, no que se refere à guarda e à proteção dos filhos, impondo como regra a adoção do referido instituto.

A partir desta mudança, ainda que haja discordância entre os cônjuges sobre tal modalidade de guarda ou que os cônjuges não tenham boa relação após a dissolução do matrimônio ou que não tenham capacidade mínima de diálogo, não será esse estado de beligerância que impedirá a determinação do juiz em estabelecer a guarda compartilhada. Exegese da atual redação do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, dada pela lei 13.058/2014:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2014).

Dessa forma, a regra é aplicar a guarda compartilhada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando em caso de inaptidão de um dos genitores ao exercício do poder familiar ou se um deles expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda.

4.2 Análise dos efeitos gerados pelo REsp 1.626.495/SP

Esta é a redação da ementa do REsp. 1.626.495/SP:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

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

II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

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

declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC).

IV. Recurso conhecido e provido.

Em 15 de setembro de 2016, a relatora Ministra Nancy Andrighi, acompanhada pelos ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro, deram provimento ao recurso especial nº 1.626.495/SP modificando a decisão do acórdão proferido pelo TJ de São Paulo.

O acórdão da decisão da apelação ratificou a decisão da sentença concedendo guarda unilateral em favor da mãe e o direito de visita ao pai.

O genitor interpôs recurso especial sustentando que a decisão proferida violava o art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil ao ignorar os elementos dos autos que apontavam o recorrente como pessoa responsável e apta a cuidar do filho em guarda compartilhada e ainda destoante a decisão dos julgados que apontam para a imposição da fixação da guarda compartilhada.

Em seu voto, a relatora fez menção a algumas decisões proferidas pela própria turma, à qual integra, em julgamentos anteriores que foram em uma escala crescente relativizando a aplicação da guarda compartilhada como aquela ideal a ser aplicada pós-divórcio.

Nos idos de 2011, a turma foi pioneira ao se posicionar a favor da guarda compartilhada, vencendo a ideia de que os filhos deveriam ficar com as mães. Nesta altura, o sistema adotado pela jurisprudência predominante, espelhava a ultrapassada sociedade patriarcal e seus padrões, em descompasso com a nova postura social, trazida pela constituição de 1988 que já previa a paternidade responsável, igualdade entre gêneros, entre outros. O pensamento jurídico evoluiu e com ele a percepção de que o bem jurídico a ser tutelado quando da decisão pelo regime de guarda deveria ser o melhor interesse do menor.

Essa visão, de defender o melhor interesse do menor começou a receber reflexos da legislação e da jurisprudência, até que em 2008 o art. 1.584 do Código Civil passou a acolher a possibilidade da guarda compartilhada, possibilitando aos pais que desejavam o efetivo cuidado da prole após o divórcio, ainda que os filhos tivessem como lar de referência o da mãe. Foi desta forma que a decisão de 2011 teve reflexo nacional quando tornou regra o disposto no art. 1.584, § 2º do Código Civil, adotando a guarda compartilhada, possibilitando assim um convívio centrado na criança e não nas dificuldades dos pais.

Em decisões posteriores a essa de 2011, o posicionamento da Terceira Turma não teve como único ponto decisivo o interesse do menor, como nesta parte da ementa do REsp 1417868/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 10/06/2016:

[...] Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um.

Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento [...].

Assim sendo, a decisão não era pela guarda compartilhada devido à falta de consenso, que poderia impactar no desenvolvimento da criança. A falsa percepção de que a guarda unilateral proporcionaria à criança um desenvolvimento tranquilo,

ignora que esse seria incompleto social e psicologicamente por suprimir do menor o direito de conviver com ambos os genitores.

Segundo a relatora, há de se observar que há a probabilidade do genitor que detenha guarda unilateral ainda que provisória potencializar uma situação de desavença para conduzir para essa decisão que porporcione o falso desenvolvimento tranquilo.

Após essa avaliação das decisões da Terceira Turma do STJ, até aquela data, a relatora conclui seu voto, desta vez estabelecendo que o art. 1.584, § 2º do CC seja obedecido à risca, aplicando-se a guarda compartilhada quando não houver consenso entre os genitores, afastando esse possibilidade apenas a inaptidão para o exercício da guarda por um deles, pleito que deverá ser pedido e comprovado previamente ou incidentalmente no curso da ação.

A decisão neste recurso, não se esconde na impossibilidade de dilação probatória nesta instância de julgamento, mas decide pela guarda compartilhada e delega ao juízo de piso, baseado em criteriosa avaliação psicossocial dos genitores e da criança, estabelecer os termos desta.

Com essa decisão, firma-se a aplicação da guarda compartilhada como regra e que ainda que não disponha dos instrumentos para estabelecer os termos da guarda, o STJ decidirá por ela e o juízo de piso fará a regulamentação após análise da equipe multidisciplinar. Desta forma, aquele pai ou mãe que tentar de alguma forma criar contenda, apenas como meio de impedir a implementação da guarda compartilhada, colocando seus interesses a frente dos interesses dos filhos, terá suas expectativas frustradas, pois não será o suficiente para estabelecer guarda unilateral.

4.3 A Guarda Compartilhada frente à onerosidade excessiva ao Menor

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente possui como embasamento jurídico o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, onde estes são reconhecidos como pessoas de direito. Em razão da vulnerabilidade que decorre da ausência de capacidade plena de crianças e adolescentes, adquirida somente com a maioridade, resta ao Estado tutelar, prioritariamente, o direito destes frente aos demais junto à sociedade.

O julgador, ao apreciar demandas relativas aos direitos das crianças e adolescentes, fixação de guarda por exemplo, deve priorizar o interesse destas, de tal maneira que possam ser tratados como sujeitos de direitos, possuindo uma identidade que lhes seja própria além de uma identificação perante a sociedade.

Visando resguardar os direitos das crianças e adolescentes e dar-lhes prioridade, o legislador alterou o Código Civil para tornar a guarda compartilhada a regra adotada pelo Código Civil. Torna-se assim, com a guarda compartilhada, efetiva a participação do segundo genitor na criação do filho.

Assevera Rodrigo da Cunha Pereira (2021) que:

[...] sabe-se hoje que uma boa mãe ou um bom pai pode não ser um bom marido ou boa esposa. Em outras palavras, as funções conjugais são diferentes das funções parentais, e devem ser diferenciadas para que se faça um julgamento justo sobre guarda e convivência de filhos. ... E foi exatamente atendendo a este interesse maior que a ideia de guarda única perdeu lugar para a guarda compartilhada (também denominada de guarda conjunta) como regra geral (Lei nº 11.698/08). É também em atendimento ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente, que surgiram novas concepções e institutos jurídicos. (PEREIRA, 2021, p. 178-179).

Segundo a doutrina, a guarda compartilhada é a modalidade que melhor se encaixa ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, pois que está ligada ao princípio infanto-juvenil, visando manter a convivência do menor em questão com ambos os genitores.

O direito de conviver com os pais em um ambiente harmônico, pautado em condições mínimas de dignidade, é assegurado ao menor através de dispositivo constitucional, como dito alhures. A harmonia mútua e a diminuição da alienação parental, são plenamente possíveis de serem alcançados com a aplicação da guarda compartilhada.

O Código Civil, expressamente, determina a fixação da guarda compartilhada mesmo quando os pais não estão em comum acordo, desde que, ambos possuam condições de serem tutores dos seus filhos.

Neste tocante, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou entendimento de que, em regra, a ausência de consenso entre pais não obsta a determinação da guarda compartilhada, visto ser a busca do melhor interesse do menor, o objetivo desta. Vejamos:

A guarda compartilhada é obrigatória, independentemente da concordância dos pais separados, sempre que houver conflito entre estes. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos. (LOBO, 2021, p. 88).

Como é comum no mundo jurídico, nem tudo são flores. E em relação ao Direito de Família, esta máxima se acentua ainda mais, como se verá.

A imposição da guarda compartilhada não é absoluta, nem unanime o entendimento de que esta modalidade seja a que melhor atenda ao interesse do menor. Diz-se isto, pois que, a implantação de tal medida deve considerar o contexto no qual a criança está inserida e o caso concreto no tocante ao mínimo de convívio entre os genitores após o fim do relacionamento conjugal.

Há que se ponderar quando da instituição da guarda compartilhada, um limite em relação aos conflitos e animosidades presentes no dissenso conjugal, visando observar as condições de compartilhar a guarda do menor.

A criança ou o adolescente necessita de uma convivência harmoniosa, como relatado. Assim sendo, o julgador, necessariamente, precisa verificar se as desavenças havidas entre os genitores não irão impedir aqueles da almejada instrução familiar. Nestes casos, também é pacificado junto aos ministros do STJ, a fixação de outra modalidade de guarda, a unilateral.

Nos casos em que não seja aplicada a guarda compartilhada em função de situações como vislumbradas no parágrafo anterior, a implantação da modalidade unilateral se fará necessária, cabendo a esta resguardar o objetivo daquela: preservação do melhor interesse do menor.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Como visto no transcorrer do trabalho apresentado, percorremos a evolução pela qual passou a entidade familiar, o pátrio poder, vindo a chegar à guarda compartilhada e suas nuances.

Estudando o instituto da guarda compartilhada, percebemos que o arranjo familiar é o que menos importa ao aludido instituto. Dizemos isto, pois que, a forma

pela qual a família se encontra construída, ocupa posição de importância secundária frente ao objetivo maior do instituto, qual seja: atender ao melhor interesse dos filhos, garantindo-lhes o direito à convivência familiar digna proporcionada pelo convívio com ambos genitores.

Percebemos que os atenuantes que o aludido instituto proporciona na e para a criação dos filhos, no tocante ao convívio com ambos pais quando de uma separação conjugal, supera em larga escala os agravantes que por ventura se fizerem presentes.

Aduzimos tal sentido, vez que, a ampla convivência familiar permitida pela guarda compartilhada, proporciona às crianças e adolescentes desenvolvimento sociopsicológico em um ambiente seguro, agradável e familiar, fortalecendo os laços parentais.

Neste raciocínio, mesmo que existam atritos entre os ex-cônjuges/companheiros e que não ofereça risco ao ambiente que o menor irá frequentar, deve-se considerar a capacidade de ambos de prover a criação dos filhos menores, e desta forma, buscar a implantação da guarda compartilhada por ser a modalidade que mais se amolda ao interesse dos descendentes menores que, necessitam nesta fase de vida, de todos os cuidados, atenção, carinho e proteção que somente os pais/genitores podem desprender.

Como relatado nas linhas anteriores, chegamos à conclusão, frente aos estudos analisados, que o instituto da guarda compartilhada deve ser, sim, sempre pensado como principal modalidade de guarda a ser imposta pela justiça quando da separação de casais onde há a presença de filhos menores.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de; NASCIMENTO, Letícia Queiroz. **Da periferia ao centro**: reflexões sobre o lugar da criança e do adolescente na família e a guarda compartilhada. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1227/877>. Acesso em: 29 out. 2022.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2018.

BECKER, Tiago Ciola. Guarda compartilhada: aspectos positivos e negativos. **Revista Âmbito Jurídico**, nº 191, dez. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/guarda-compartilhada-aspectos-positivos-e-negativos/>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

CARVALHO, Hildemar Meneguzzi de. Guarda Compartilhada no Direito de Família: notas sobre o compartilhamento do amor. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, dez. 2017. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/222>. Acesso em: 26 out. 2022.

CONANDA. **Resolução 113, de 19 de abril de 2006**. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=104402>. Acesso em: 16 nov. 2021.

COSTA, Vanuza Pires da; LANDIN, Débora Milhomem Paes. Guarda compartilhada: a busca pelo interesse do menor e o dissenso entre os genitores. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6752, 26 dez. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90637>. Acesso em: 29 out. 2022.

FERREIRA, Adriana do Vale *et al.* Tempo de convivência entre pais e filhos: reflexões sobre a parentalidade residencial compartilhada. **Pensando Famílias**, v. 22, n. 2, p. 88-104, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v22n2/v22n2a07.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOBO, Paulo. **Direito civil, v. 5: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NEIVA, Deirdre de. Guarda compartilhada e alternada. **Pai Legal**, jan. 2002. Disponível em: <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/68-aguardacompartilhada-ealternada>. Acesso em: 29 out. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Joana. **Guarda Compartilhada com a família extensa**: estudo de caso sobre as experiências aplicadas na 1ª Vara da Comarca de Tijucas – SC. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2020.

ROCHA, Maria Vital da; MACEDO, Larissa de Alencar Pinheiro. O plano de parentalidade como instrumento de salvaguarda da integridade psíquica da criança e do adolescente. **Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito**, v. 12, n. 28, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1423>. Acesso em: 10 out. 2022.

SIMIONI, Faciane. **Práticas em direito de família**: estudo de caso sobre guarda compartilhada. Rio Grande: Ed. da FURG, 2020. (Coleção Direito e Justiça).

STAUDT, Ana Cristina Pontello; WAGNER, Adriana. A experiência da guarda compartilhada dos filhos: uma revisão integrativa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 64, n. 3, p. 107-132, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/65531>. Acesso em: 28 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Método, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A família conjugal. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.