

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE SERRA**

WESLEY COSINE TEIXEIRA

**A (IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA NOS
CASOS EM QUE OS PAIS VIVEM EM CONFLITOS**

**SERRA
2019**

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE SERRA**

WESLEY COSINE TEIXEIRA

**A (IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA NOS
CASOS EM QUE OS PAIS VIVEM EM CONFLITOS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Serra, como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Civil
Professor Orientador: Antônio Augusto
Bona Alves.**

**SERRA
2019**



**REDE DOCTUM DE ENSINO
UNIDADE SERRA**

FOLHA DE APROVAÇÃO

O trabalho de conclusão de curso intitulado: **A (IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA NOS CASOS EM QUE OS PAIS VIVEM EM CONFLITOS**, elaborado pelo aluno **WESLEY COSINE TEIXEIRA** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de **DIREITO** das Faculdades **REDE DOCTUM DE ENSINO UNIDADE SERRA/ES**, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

SERRA, ____ de _____ 20__

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse do menor, chegando a conclusão se de fato tal modalidade de guarda é a que atende de forma mais ampla o princípio do melhor interesse do menor nos casos em que os genitores se encontram em constantes conflitos. Com a criação da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada passou a ter um caráter de obrigatoriedade, acalorando ainda mais os debates entre os doutrinadores, até mesmo acarretando divergências entre os julgados.

Para realizar a pesquisa em questão foi utilizado o método dialético, no qual buscou-se elucidar questões a respeito do poder familiar, das modalidades de guarda e do princípio do melhor interesse do menor.

Palavras-Chave: Poder familiar, Guarda compartilhada, Melhor interesse do menor.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the shared custody and the principle of the best interest of the minor, reaching the conclusion if such modality of custody is the one that most broadly meets the principle of the best interest of the minor in cases where parents are in constant conflict. With the creation of Law 13.058/2014, the shared custody became obligatory, further heated the debates between the indoctrinators, even causing differences between the judged.

To carry out the research in question was used the dialectical method, which sought to elucidate questions about family power, the modalities of custody and the principle of best interest of the minor.

Keywords: Family power, Shared custody, Best interest of the minor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 PODER FAMILIAR	6
3 MODALIDADES DE GUARDA	8
3.1 Guarda Unilateral	9
3.2 Guarda Compartilhada	10
3.3 Guarda Alternada	11
3.4 Nidação	12
4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	13
5 GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA E O MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	15
CONCLUSÃO	20
REFERÊNCIAS.....	21

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o instituto da guarda compartilhada, que é fixado pela Lei 13.058/2014, sendo aplicado como regra após a separação do casal, onde expõe algumas discussões a respeito do melhor interesse da criança, do dever de criação dos pais, envolvendo a questão educacional, a psicológica e a dignidade da criança. O instituto da guarda compartilhada, visa preestabelecer as participações dos genitores na vida da criança, para suprir a falta que um dos genitores possa fazer caso fosse definido uma visita quinzenal, ou visitas em finais de semana.

Embora a guarda compartilhada seja estabelecida como regra, cabe ao magistrado analisar o caso concreto, pois a própria Lei 13.058/2014 proporciona que sua aplicação seja questionada, visando sempre o melhor interesse da criança, e se baseando nos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal, buscando a igualdade de direitos e deveres entre os genitores, pois são estes que devem proporcionar o direito à saúde, à alimentação, à educação e à convivência familiar.

Um dos questionamentos, é a respeito da aplicação do instituto da guarda compartilhada mesmo quando não há consenso entre os genitores, previsto na Lei 13.058/2014, onde busca a proteção da criança, independente da vontade dos genitores. O presente estudo visa analisar esse quesito, observando as jurisprudências, doutrinas e o melhor interesse da criança, levando em consideração a realidade dos casos jurídicos, onde também é notado um fato a ser superado que é a alienação parental.

Na modalidade de guarda compartilhada as responsabilidades são conjuntas, sendo assim, os genitores devem ter capacidade de diálogo, onde facilitaria a aplicação deste instituto. Sendo assim o poder judiciário deveria solicitar um estudo social, psicossocial dos envolvidos e através de mediações, chegarem a um consenso e restabelecendo o mínimo de diálogo, preservando o melhor interesse dos filhos, não devendo o magistrado aplicar friamente a lei, pois cada família tem sua estrutura.

O método utilizado para a realização do presente estudo foi o método dialético, pois alcançou um melhor entendimento a respeito do tema.

2 PODER FAMILIAR

Um breve resumo histórico referente ao poder familiar é válido para sanar qualquer tipo de dúvida que possa haver. O poder familiar era conhecido como pátrio poder, onde esse poder era concentrado nas mãos do pai, sendo assim qualquer tipo de benefício era reunido na pessoa do pai¹.

Em 1916, com a promulgação do primeiro Código Civil, essa questão se manteve, onde a mulher era considerada relativamente incapaz, sendo submissa ao marido, assim o pátrio poder continuava concentrado na figura do pai. Com a publicação do Estatuto da Mulher Casada² (Lei Nº 4.121/62), algumas mudanças refletiram no Código Civil de 1916, onde o pátrio poder foi designado aos pais, sendo o pai competente de exercê-lo e a mãe cabia auxiliá-lo.

Ana Carolina Brochado Teixeira³ expõe sobre o pátrio poder:

O antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial.

Com a Constituição Federal de 1988⁴, o cenário mudou. Ambos os genitores alcançam patamar de igualdade perante a lei conforme expõe o artigo 5º, I da CF: “*I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;*”, nota-se que agora o âmbito familiar é pautado pelo companheirismo e igualdade dos genitores no que se refere o pátrio poder. O Estatuto da Criança e do Adolescente⁵ (Lei Nº 8.069/1990), também prevê essa igualdade, conforme exposto em seu artigo 21º: “*O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo*

¹ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13ª Edição rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9.

² BRASIL. **Lei 4.121, Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Promulgada em 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 128.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

⁵ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**, Lei 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

pai e pela mãe, na forma 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.” Em 2002 com o Código Civil⁶ (Lei Nº 10.406/2002), alterou-se o pátrio poder pela expressão poder familiar, pois até então o pátrio poder remetia uma superioridade do pai.

Os pais necessitam entender a importante função que possuem na formação da criança, desta forma, exercerá o poder familiar, que consiste na reunião de direitos e deveres perante o menor, ou seja, participam da educação, saúde e os demais cuidados que a criança necessita. O poder familiar não decorre de casamento ou união estável, é resultado direto da paternidade, adoção ou filiação socioafetiva, sendo exercido de forma igualitária entre os genitores.

Maria Helena Diniz⁷ define o poder familiar como:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

O instituto da guarda é um atributo dentro do poder familiar, sendo previsto no artigo 1.634, II do Código Civil⁸:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...]
[...] II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1584;
[...]

Conforme exposto no artigo supracitado, a guarda é um dos requisitos do poder familiar, sendo que hoje é previsto no ordenamento jurídico apenas duas modalidades de guarda, a compartilhada e a unilateral, porém segundo a doutrina, existem mais duas modalidades, sendo elas, a guarda alternada e a nidação (aninhamento), restando definir qual modalidade de fato atende o melhor interesse do menor, sendo essa uma das conclusões que o presente estudo tem como objetivo.

⁶ BRASIL. **Lei 10.406, Código Civil de 2002**, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família**. V. 5. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 564.

⁸ BRASIL. **Lei 10.406, Código Civil de 2002**, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

3 MODALIDADES DE GUARDA

Como previsto no dicionário, a palavra “guarda” tem como significado o ato de proteger, cuidar, vigiar trazendo segurança, e é neste sentido que o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente traz algumas normas para que a guarda seja efetivamente realizada de maneira correta, não acarretando nenhum dano ao menor.

Como visto em tópico anterior, a guarda está inclusa no poder familiar, sendo que seu objetivo principal é a convivência do menor com seus genitores, atendendo sempre o melhor interesse da criança/adolescente, porém com ruptura dos vínculos conjugais, o que na maioria das vezes terminam através de desavenças e mágoas profundas, a guarda do menor acaba se tornando uma forma de disputa entre os genitores.

Na mesma linha de raciocínio Rolf Madaleno⁹ expõe que *“a guarda é atributo do poder familiar, e se refere à convivência propriamente dita, constituído do direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho”*.

Diante de tal situação, a convivência familiar e o poder familiar, que deveria ser exercido de forma conjunta, ficam prejudicados, sendo então escolhido um guardião para o menor e determinando a regulamentação de visitas para o outro genitor, sendo que essas visitas são vistas como uma tarefa pelos genitores e não como um momento de convivência com o menor, acarretando assim prejuízos para este menor envolvido, onde deveria haver a proteção integral e sempre o melhor interesse do menor, que tem por direito a convivência com ambos os genitores.

Maria Berenice Dias¹⁰ dispõe a respeito de tal assunto:

Escassa, para não dizer inexistente, é a regulamentação do direito de convivência no Código Civil – que todos insistem em chamar de direito de visitas, expressão de todo inadequada, pois os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. A locução de visitas evoca uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização.

⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8ª Edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.428.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 10ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p.532.

No ordenamento jurídico brasileiro são previstos dois institutos de guarda, sendo elas a unilateral e a compartilhada, porém na doutrina é possível perceber a existência de mais duas modalidades que são a alternada e a nidação.

3.1 Guarda Unilateral

A guarda unilateral é uma das modalidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tem como desvantagem o fato de não ter a presença dos genitores de forma igualitária e conjunta perante os filhos.

Coêlho¹¹ menciona de forma objetiva o conceito da guarda unilateral como “*modalidade em que um dos pais possui exclusivamente a guarda, cabendo ao outro o direito de visita*”, ou seja, esta modalidade de guarda consiste em um dos genitores exercer a guarda de maneira direta, tendo esta como exclusiva, e o outro genitor tem o direito de visitas, sendo considerado guardião o genitor que detém a guarda e cabe a este decidir em relação a vida dos filhos menores, de forma exclusiva, porém o outro genitor, que ficou com o direito de visitas, poderá supervisionar a criação dos filhos, a lei assegura o acompanhamento de todas as atividades da criança para que a mesma possa ter um crescimento sadio.

Conforme exposto no artigo 1.583, §§1º e 5º do Código Civil de 2002¹²:

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.1584,§5º)[...]

[...]§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sendo assim, não poderá os estabelecimentos, em que o menor frequente, negar informações ao genitor que detém o direito de visitas, conforme previsto no artigo 1.584, §6º do Código Civil de 2002¹³:

¹¹ COÊLHO, Gleisson Roger de Paula. **Guarda e o direito à convivência familiar**. In: Anais do VI Congresso Nacional da FEPODI – Mackenzie, São Paulo. 2019, p.846.

¹² BRASIL. **Lei 10.406, Código Civil de 2002**, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

¹³ BRASIL. **Lei 10.406, Código Civil de 2002**, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

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

Nota-se que apesar de aparentemente o genitor não guardião ter uma posição inferiorizada, nada impede que exerça o direito de convivência familiar, que é fixado de maneira consensual entre os genitores ou, nos casos de litígios e quando necessário, de maneira judicial.

3.2 Guarda Compartilhada

Esta modalidade é tida hoje como regra no ordenamento jurídico, sendo assim tem um caráter obrigatório a sua aplicação, trazendo assim diversas discussões envolvendo a guarda compartilhada e o melhor interesse da criança/adolescente.

Coêlho¹⁴ conceitua a guarda compartilhada como “*modalidade preterida em nosso sistema jurídico, não havendo exclusividade para nenhum genitor, ambos são responsáveis pela condução da vida dos descendentes*”, sendo assim, na guarda compartilhada os genitores têm uma reponsabilidade conjunta diante do menor, ou seja, as decisões devem ser tomadas em conjunto pelos pais, sempre através do diálogo e do consenso, mantendo assim uma convivência harmoniosa, nesta modalidade o que se compartilha é a guarda jurídica do menor, as responsabilidades. A guarda física é designada a um dos genitores, onde a criança terá uma residência fixa, sendo compartilhado a convivência familiar (pais e filhos).

A guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico através da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, onde foi pautada pelos princípios da igualdade, solidariedade e pelo melhor interesse da criança/adolescente, tendo a legislação preferência por sua aplicação, conforme exposto nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, redação da Lei 11.698/2008¹⁵:

Art.1.583: A guarda será unilateral ou compartilhada. [...]

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

¹⁴ COÊLHO, Gleisson Roger de Paula. **Guarda e o direito à convivência familiar**. In: Anais do VI Congresso Nacional da FEPODI – Mackenzie, São Paulo. 2019, p.846.

¹⁵ BRASIL. **Lei 11.698, que altera os artigos 1.583 e 1584 da Lei 10.406/2002**, promulgada em 13 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. [...] (Redação da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008)

Embora a legislação tivesse preferência por sua aplicação, em casos em que não houvesse o consenso entre os genitores, esta modalidade ficava inviável. Porém, com a Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada se tornou obrigatória, uma imposição legal, tendo como exceção os casos em que um dos genitores declare que não quer exercer a guarda compartilhada, ou casos em que há doença grave, prisão, algum incidente comprovado do genitor contra o menor, entre outros, sempre devendo ser analisados durante o processo. Conforme artigo 1.584, §2º do CC expõe:

Art. 1.584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] §2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontra-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.[...] (Redação dada pela Lei 13.058/2014)¹⁶

De fato, a guarda compartilhada pode ser a modalidade mais indicada para convivência dos genitores com o menor, onde proporciona assim uma maior participação na vida dos filhos, mas deverá analisar se nos casos em que os genitores vivem em conflitos é possível a aplicação de tal modalidade e se assim estará preservando o melhor interesse do menor.

3.3 Guarda Alternada

Já a guarda alternada não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta tratada através de doutrina, muito se confunde com a guarda compartilhada, porém o presente estudo busca diferenciar de forma clara neste tópico.

Essa modalidade é uma espécie de guarda dividida, ou seja, os genitores se revezam no direito exclusivo da guarda (guarda unilateral), sendo assim cada genitor irá deter a guarda unilateral por um tempo, e de maneira rotativa, estabelecendo o tempo desta rotatividade. Vale ressaltar que a responsabilidade e as decisões serão

¹⁶ BRASIL. **Lei 13.058, que altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406/2002**, promulgada em 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

tomadas pelo guardião, onde ocorre também o revezamento desta posição de guardião.¹⁷

Ocorre a divisão igualitária do tempo de convívio entre a mãe e o pai, sendo que o menor fica por um certo tempo na residência da mãe e o mesmo tempo na residência do pai, onde envolve a divisão a respeito das decisões também, pois no momento em que o menor estiver com a mãe, caberá a ela decidir o que é mais benéfico ao menor, e quando estiver com o pai, caberá a este também a decisão do que é melhor para o menor.

Flávio Tartuce¹⁸ expõe resumidamente sobre a guarda alternada:

Guarda alternada: o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com o tom didático, pode-se dizer que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna.

Ou seja, a alternância que a guarda alternada estabelece é prejudicial aos filhos, pois impede que os filhos tenham uma base em sua formação, não tendo um ponto de referência.

3.4 Nidação

Tal modalidade também não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, apenas é encontrada em doutrinas, e Coêlho¹⁹ define de maneira clara o que é nidação, “*ou aninhamento, coma finalidade de evitar a mudança de ambiente, da casa do pai para a da mãe, a criança permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, os genitores que revezam a permanência na residência*”, ou seja, os pais se revezam

¹⁷ COÊLHO, Gleisson Roger de Paula. **Guarda e o direito à convivência familiar**. In: Anais do VI Congresso Nacional da FEPODI – Mackenzie, São Paulo. 2019, p.846.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Volume 5. Direito de Família. 13ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 286.

¹⁹ COÊLHO, Gleisson Roger de Paula. **Guarda e o direito à convivência familiar**. In: Anais do VI Congresso Nacional da FEPODI – Mackenzie, São Paulo. 2019, p.846.

para acompanhar a criação do menor na antiga residência em que viviam, denominada uma espécie de “ninho”.

4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Em um primeiro contato é importante saber a origem da expressão “Melhor interesse do menor (criança)”, e sua origem vem do instituto inglês onde é definido como princípio do “*best interest of child*”, conforme Camila Colucci²⁰ expõe:

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 e no Estatuto da criança e do adolescente em seu artigo 4º, prevê a proteção do menor em diversas vertentes, tendo como finalidade promover a formação moral, social e psíquica do menor, corroborando com o princípio do melhor interesse do menor.

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.²¹

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à convivência familiar e comunitária.²²

É de suma importância este princípio, pois nele objetiva o amparo daqueles que detêm a situação de vulnerabilidade, porém em relação ao seu conceito não é exposto de forma objetiva, não relacionando um rol de quais situações podem ser aplicadas, o que de certa forma é benéfica esta imprevisão, pois não teria como prever todas as

²⁰ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. USP, São Paulo: 2014, p.9.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019

²² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**, Lei 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

situações que necessitaria invocar tal princípio, sendo fundamental a análise do caso concreto, conforme expõe Camila Colucci²³:

Por um lado, essa definição é vantajosa, já que seria impossível haver previsão de todas as situações em que o melhor interesse poderia vir a ser aplicado, por envolver variada gama de relações familiares, que não são objetivas. Com isso, embora a pesquisa estivesse buscando determinar critérios puramente objetivos para a aplicação do melhor interesse, ficou claro que tal intento não é possível. Todos os fatores envolvidos em cada caso concreto devem ser criteriosamente analisados, de preferência com o auxílio de equipe multidisciplinar, para que se determine, naquela situação específica, qual é o melhor interesse para aquela determinada criança ou adolescente.

Conforme leciona Andréa Rodrigues Amin²⁴, o princípio do melhor interesse do menor é uma base para os legisladores e juízes, onde tem o alcance de pleitear todas as necessidades da criança e do adolescente.

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de futuras regras.

Mas é importante que se tenha consciência que o princípio é para resguardar os direitos fundamentais do menor, pelo menos o maior número de direitos possíveis quando ocorrer conflitos entre eles, e não pelo que o julgador achar que é o melhor para a criança, conforme conclui Andréa Rodrigues Amin²⁵:

[...] Melhor interesse não é o que o julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito à liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível.

²³ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. USP, São Paulo: 2014, p.8 - 9.

²⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

²⁵ Idem

5 GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Ao ocorrer uma dissolução da sociedade conjugal, deve ser levado em consideração o melhor meio de garantir os interesses dos filhos. Sendo assim, surgiu como alternativa o instituto da guarda compartilhada, que propõe uma participação conjunta em relação as responsabilidades dos filhos, proporcionando um maior convívio por ambos os genitores, acarretando assim, direitos e deveres a serem cumpridos. Conforme o tema proposto, inicia-se uma discussão sobre a necessidade ou não, da existência do consenso entre os pais, para a aplicação da guarda compartilhada, haja vista que a responsabilidade é conjunta, em condições de igualdade, sendo levado em consideração a proteção integral e o melhor interesse dos filhos.

O artigo 1.584 do Código Civil Brasileiro²⁶, trata o instituto da guarda compartilhada como obrigatória, conforme exposto:

Art. 1.584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
[...]§ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Surge assim, divergências jurídicas no que se trata do melhor interesse da criança, sendo questionado até que ponto poderá beneficiar ou não os envolvidos. O que poderia ser considerado ideal é o convívio de uma criança com seu pai e sua mãe, onde o ajudaria em seu desenvolvimento de maneira geral, e para que isso ocorra, é necessário que haja um mínimo de diálogo entre os genitores, pois caso contrário, poderia gerar um ambiente de conflito com a imposição da guarda compartilhada.

Há quem defenda a aplicação da regra da guarda compartilhada como obrigatória, por acreditar que tal modalidade é a ideal para o desenvolvimento do menor, propondo que haja adequações diversas para proporcionar este instituto,

²⁶ BRASIL. **Lei 13.058, que altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406/2002**, promulgada em 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

aplicando o texto legal, para que não torne letra morta, ademais não consideram a ausência de consenso dos genitores como motivo relevante capaz de impedir o compartilhamento da guarda, tal pensamento pode ser notado no julgado da Ministra Nancy Andrighi²⁷:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (STJ – REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014).

Porém, tal entendimento não é absoluto, pois alguns julgados se atentam para a existência de um consenso entre os genitores, uma forma pacífica de convivência, onde haja um mínimo de diálogo entre os genitores, para que seja aplicada a guarda compartilhada, não sendo de acordo com a imposição prevista no artigo 1584 do Código Civil Brasileiro, por acreditar que o conflito poderá trazer prejuízos à formação do menor, onde supostamente viveria em um clima de brigas criado pelos seus genitores, como demonstra o julgado do Ministro João Otávio de Noronha²⁸:

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial de número 1428596/RS. Rio Grande do Sul, 2014. Relator Ministra Nancy Andrighi.** Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj/inteiro-teor-25178210> >. Acesso em 12 de outubro de 2019.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial de número 1417868/MG. Minas Gerais, 2016. Relator Ministro João Otávio de Noronha.** Disponível em: < <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2983> >. Acesso em 12 de outubro de 2019.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. (STJ - REsp 1.417.868 / MG 2013/0376914-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123), Data do Julgamento: 10/05/2016, Data da Publicação: 10/06/2016, T3 - TERCEIRA TURMA)

Conforme exposto neste julgado, foi levado em consideração o interesse do menor, garantindo que a criança não passe a infância sendo objeto de disputa entre os pais e assim não absolve estes conflitos, o que prejudicaria o seu desenvolvimento psicossocial, haja vista que no caso, os genitores não possuíam o mínimo de diálogo necessário para exercer a guarda compartilhada. Por acreditar que a guarda compartilhada acarretaria graves consequências ao menor pelo conflito existente entre seus genitores, o Ministro João Otávio de Noronha baseou-se no artigo 1.586 do Código Civil de 2002²⁹: *“Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação dele para com os pais”*, não aplicando a modalidade de guarda compartilhada.

Embora as decisões sejam distintas, é notório que ambos estejam buscando o melhor interesse do menor e acreditam estar cumprindo esse requisito, e realmente é

²⁹ BRASIL. **Lei 10.406, Código Civil de 2002**, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

o que se deve levar em consideração neste momento, conforme expõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama³⁰:

O melhor interesse da criança e do adolescente se relaciona à dimensão afetivo-antropológica do cuidado, atuando simultaneamente como atitude de preocupação e inquietação pela criança e do adolescente (forma de preocupação), mas também como atitude de desvelo, solicitude, afeição e amor (forma de enternecimento e afeto pela criança). Assim, o vetor a ser observado em matéria de atribuição da guarda jurídica (unilateral ou compartilhada) tem como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Visando buscar uma solução coerente para essa divergência jurisprudencial, é interessante que se apliquem formas para aproximar os genitores, através de estudo social, mediação e orientação psicológica por exemplo, mesmo que não vise um acordo, mas que possa alcançar os interesses e necessidades dos envolvidos, caso seja decidido seguir a linha da guarda compartilhada obrigatória, porém, é de maior eficácia a análise de caso a caso, como leciona Rodrigo da Cunha Pereira³¹:

O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por essa razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. (...) Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética.

Corroborando com este pensamento, também defendendo que a análise tem que ser feita do caso concreto, e não somente da legislação para satisfazer o melhor interesse do menor, Silvana Maria Carbonera³² dispõe:

Visando buscar atender o melhor interesse da criança, tal critério foi consolidado como uma cláusula geral e como um princípio protetivo do menor, que deve se adequar a cada caso concreto. Para sua real efetivação, não é suficiente a análise apenas do que dispõe a legislação, mas sim uma análise apurada da situação fática dela decorrente, o qual o magistrado deverá avaliar metodicamente os interesses da criança, sejam eles materiais ou morais, respeitando a particularidade da situação e das partes envolvidas.

³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p 248.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamenta Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p 128.

³² CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos: na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p 124.

Essa questão deverá ser pacificada, trazendo uma solução de forma definitiva para tal fato, enquanto isso não ocorrer, e a guarda compartilhada for utilizada como obrigatória, é bem provável que ocasionará mais problemas do que benefícios, mas segundo José Fernando Simão³³, essa obrigatoriedade não existirá, seguindo a linha de pensamento do Ministro João Otávio de Noronha:

No caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, assistiremos às seguintes decisões: em que pese a determinação do Código Civil de que a guarda deverá ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do Código Civil que cede diante do princípio constitucional. A lei não é, por si, a solução do problema como parecem preconizar os defensores do PL 117/03. A mudança real é que o Magistrado, a partir da nova redação de lei, precisará invocar o preceito constitucional para não segui-la. Nada mais.

Portanto, o judiciário deve buscar sempre a proteção integral e o melhor interesse do menor, definindo qual instituto deverá aplicar após serem realizadas mediações e estudos sociais, levando em consideração cada caso.

³³ SIMÃO, José Fernando. ***Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013.*** Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

CONCLUSÃO

O instituto da guarda compartilhada passou a ter previsão legal no Brasil a partir de 2008, através da Lei 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro de 2002, em que trazia como texto a possibilidade ao magistrado a aplicação do instituto sempre que possível, analisando cada caso. No ano de 2014, criou-se a Lei 13.058, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil Brasileiro de 2002, tornando a modalidade de guarda compartilhada obrigatória, mesmo não havendo consenso entre os genitores. Esta obrigatoriedade provocou divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois para exercer a guarda compartilhada é necessário que os genitores vivam em harmonia, tendo ao menos o mínimo de diálogo e respeito mútuo para que possam compartilhar as decisões em conjunto.

Nota-se que a Lei 11.698/2008 traz uma redação mais coerente com a atualidade, tendo em vista que possibilita ao magistrado a escolha da modalidade de guarda a ser aplicada, analisando o caso concreto, respeitando sempre o princípio do melhor interesse do menor.

Deste modo, a aplicação da guarda compartilhada como obrigatória, nem sempre será a melhor opção para o menor, principalmente nos casos em que os genitores vivam em conflito, acarretando graves consequências ao menor diante da possibilidade da exposição a disputas entre os pais.

Visando a busca de uma solução coerente, é válido que se apliquem formas de aproximação dos genitores, para que possam alcançar os interesses e necessidades do menor, através de estudo social, mediação e orientação psicológica, entre outros, sendo analisado caso a caso, proporcionando assim o cumprimento do princípio do melhor interesse do menor, pois a aplicação friamente da lei poderá acarretar consequências irreparáveis.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei 10.406**, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**, Lei 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei 4.121, Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Promulgada em 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei 11.698, que altera os artigos 1.583 e 1584 da Lei 10.406/2002**, promulgada em 13 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei 13.058, que altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406/2002**, promulgada em 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial de número 1428596/RS. Rio Grande do Sul, 2014. Relator Ministra Nancy Andrighi**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj/inteiro-teor-25178210> >. Acesso em 12 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial de número 1417868/MG. Minas Gerais, 2016. Relator Ministro João Otávio de Noronha**. Disponível em: < <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2983> >. Acesso em 12 de outubro de 2019.

CARBONERA, Silvana Maria. ***Guarda de Filhos: na família constitucionalizada.*** Porto Alegre: Fabris, 2000.

COÊLHO, Gleisson Roger de Paula. ***Guarda e o direito à convivência familiar.*** In: Anais do VI Congresso Nacional da FEPODI – Mackenzie, São Paulo. 2019.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. ***Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro.*** USP, São Paulo: 2014.

DIAS, Maria Berenice. ***Manual do direito das famílias.*** 10ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. ***Curso de direito civil brasileiro. Direito de família.*** V. 5. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. ***Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.*** São Paulo: Atlas, 2008.

MADALENO, Rolf. ***Direito de família.*** 8ª Edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. ***Princípios Fundamenta Nortecedores do Direito de Família.*** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SIMÃO, José Fernando. ***Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013.*** Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

TARTUCE, Flávio. ***Direito Civil.*** Volume 5. Direito de Família. 13ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ***Família, guarda e autoridade parental.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WALD, Arnaldo. ***O novo direito de família.*** 13ª Edição rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2000.