

A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE À DESARMONIA ENTRE OS GENITORES UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

REVISTA DE
DIREITO 
DOM ALBERTO

Desde 2010

Coordenações de Pós-Graduação e Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto, de Santa Cruz do Sul/RS.

THE EFFECTIVENESS OF SHARED GUARD IN FRONT OF DISARMONY BETWEEN GENITORS: AN ANALYSIS FROM THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Cassiane de Barros Kersting

Formanda no Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto (FDA). Coordenadora no Programa de Prevenção à Violência Pacto Santa Cruz pela Paz. Assessora na Secretaria de Governança e Relações Institucionais do Município de Santa Cruz do Sul. Endereço eletrônico: cassianekersting@hotmail.com.br.

Caroline Cristiane Werle Junqueira

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa promovida pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Educação São Luís. Pós-graduada em Direito de Família pela Faculdade Dom Alberto. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora do curso de Direito da Faculdade Dom Alberto (FDA). Professora no preparatório para concursos públicos CEISC. Endereço eletrônico: ccwerle@yahoo.com.br.

Resumo:

Este trabalho tem como objetivo principal analisar, sob o princípio do melhor interesse da criança, se a guarda compartilhada, de fato, é a melhor opção nos casos em que houver litígio e animosidade entre os genitores. Diante disso, pretende-se responder ao seguinte problema: a guarda compartilhada possui eficácia quando aplicada nos casos em que há desarmonia entre os genitores? Assim, para responder ao problema o trabalho foi dividido em três itens. Em um primeiro ensejo o artigo abordará breves apontamentos sobre as espécies de guarda no direito de família. Na sequência, será analisado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, o trabalho irá verificar a guarda compartilhada, sua aplicabilidade, forma de exercício e a eficácia frente à desarmonia dos genitores. Sabe-se que a questão da guarda é algo bastante discutido quando há o término de um relacionamento que gerou filhos. No entanto, é sempre imprescindível abordar essa temática. Neste passo, considerando que o trabalho possui natureza bibliográfica, serão utilizados os métodos de abordagem dedutivo e histórico-crítico. Com relação à técnica de pesquisa, esta se valerá da documentação indireta.

Palavras-chave: Família. Guarda Compartilhada. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Abstract:

The main objective of this paper is to analyze, under the best interests of the child, whether shared custody is, in fact, the best option in cases where there is litigation and animosity between parents. Given this, it is intended to answer the following problem: Is shared custody effective against the disharmony of parents? Thus, in a first instance, the article will address brief notes on guard species in family law. Following, the principle of the best interests of children and adolescents in the Brazilian legal system will be analyzed. Finally, the work will verify the shared custody, its applicability, the form of exercise and the effectiveness against the disharmony of the parents. In this step, considering that the work has bibliographic nature, the methods of deductive approach and historical-critical will be used. Regarding the research technique, it will use indirect documentation.

Keywords: Family. Shared custody. Principle of the best interests of children and adolescents.

1 INTRODUÇÃO

O instituto familiar mudou. As relações conjugais transformam-se, tornam-se cada vez mais voláteis. As relações amorosas acontecem por meio de laços momentâneos e inconstantes e se tornam superficiais e pouco estáveis. Por mais que hoje o modelo de família tradicional já esteja sendo superado, o que não muda são as questões relativas a algum eventual rompimento. A partir daí surgem as questões relativas em como manter o importante convívio afetivo com os filhos sem que estes sofram os efeitos dos rompimentos traumáticos de suas relações fracassadas.

O vínculo entre pais e filhos não pode ser desfeito, deve-se observar o melhor interesse da criança e jamais o dos genitores. Desse modo, o ideal após a separação conjugal seria a boa relação entre os pais, fator determinante para que seja concedida uma guarda compartilhada dos filhos, que dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em tese, é a menos traumática para os infantes.

Frente a esses apontamentos, o trabalho tem como objetivo geral analisar, sob o princípio do melhor interesse da criança, se a guarda compartilhada, de fato, é a melhor opção nos casos em que houver litígio e animosidade entre os genitores. Tal situação é de extrema

relevância já que existem muitos casos em que os genitores não vivem em harmonia após o rompimento da relação.

Diante disso, o problema que se pretende responder é: levando-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança, a guarda compartilhada é, de fato, a melhor alternativa a ser escolhida nos casos em que houver litígio ou animosidade entre os pais da criança e/ou adolescente?

Assim para responder ao problema, o artigo foi dividido em três itens principais. O primeiro vai analisar o direito de família e as espécies de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, dando ênfase para a guarda compartilhada. No segundo, será estudado com maior profundidade o princípio do melhor interesse da criança, bem como suas principais diretrizes. Por fim, será verificada se a guarda compartilhada é a melhor opção para os casos em que houver litígio ou desarmonia entre os pais após o término do relacionamento.

Frente a essas questões, o método de abordagem a ser utilizado é o método dedutivo, que consistirá na pesquisa geral acerca do direito de família para, posteriormente, adentrar nas questões específicas de guarda e proteção da criança e do adolescente. Relativamente ao método de procedimento, utilizar-se-á o monográfico, que consistirá em levantamento doutrinário e legislativo para responder o problema apresentado no trabalho. Por fim, quanto à técnica de pesquisa, esta será a bibliográfica, cuja pesquisa será realizada em livros, artigos e demais documentos relacionados à temática ora abordada.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS ESPÉCIES DE GUARDA EXISTENTES NO BRASIL

Inicialmente, antes de se aprofundar nas espécies de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso compreender o conceito do direito de família. O direito de família, como parte do direito civil, acompanha a evolução da sociedade, a qual, por sua vez, sofreu ao longo dos anos, profundas e importantes alterações, especialmente no que diz respeito à proteção da família e entidades familiares, sejam elas advindas do casamento, união estável ou eventualmente de uma relação monoparental, por exemplo.

Além disso, inúmeras outras transformações ocorreram, tais como o reconhecimento dos filhos advindos de relações não matrimoniais; a situação dos cônjuges e dos companheiros; o poder familiar; a guarda dos filhos; o direito de visita dos pais; a adoção; o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso; a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial; dentre inúmeras outras.

O direito de família é singular, possui critérios, técnicas e princípios diferentes ou até mesmo inválidos aos demais ramos do direito civil. Beviláqua (1953 p. 6), conceitua:

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Logo, é o ramo do direito civil atinente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco. Ainda sobre o tema, o direito de família tem como parâmetro os seguintes princípios: o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III, da Constituição Federal de 1988), princípio da solidariedade familiar (artigo 3.º, I, da Constituição Federal de 1988), princípio da igualdade entre os filhos (artigo 227, § 6.º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 1.596 do Código Civil), princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (artigo 227, § 5.º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 1.511 do Código Civil), princípio da não intervenção ou da liberdade (artigo 1.513 do Código Civil), princípio da não intervenção ou da liberdade (artigo 1.513 do Código Civil), princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988 e artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil), princípio da afetividade, princípio da função social da família (artigo 226, caput, da Constituição Federal de 1988), e princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III, da Constituição Federal de 1988) é conhecido como o princípio máximo que norteia o ordenamento brasileiro. É ele quem dá o norte principiológico da aplicação do Direito pelo julgador. Em suma, a dignidade humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social.

O princípio da solidariedade familiar (artigo 3.º, I, da Constituição Federal de 1988), enfatiza a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo assim, repercute diretamente nas relações familiares, onde a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais. Além disso, tal princípio pode ser bastante percebido no âmbito da prestação alimentícia.

O princípio da afetividade provém da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. O afeto não consta na Constituição Federal como um direito fundamental, ainda que subjetivo. No entanto, a cada dia que passa a afetividade torna-se mais frequente no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988), com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de

julho de 2010, prevê que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Esse amparo é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 1990, que em seu artigo 3º determina que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Complementando a Constituição Federal de 1988 tem-se o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que afirma que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Analisados os primordiais princípios que se relacionam com o direito de família, passa-se, agora, a trabalhar as espécies de guarda no ordenamento jurídico, especificamente a guarda unilateral (artigo 1.583, § 1.º, do Código Civil) e a guarda compartilhada (artigo 1.583, § 2.º, do Código Civil).

Compreende-se por guarda unilateral aquela conferida a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Em regra, um dos cônjuges ou alguém que o substitua, detém a guarda, enquanto o outro tem a visitação regulamentada. Essa modalidade priva os filhos da convivência diária e contínua de um de seus pais. Além disto, a referida guarda unilateral, com previsão na Lei nº 11.698/2008, apresentava requisitos para a definição do genitor que possuía “melhores condições” para desempenhar essa modalidade de guarda, o que não deve em hipótese alguma confundir-se com mais recursos financeiros.

Apurava-se, assim, qual dos pais detinha mais aptidão para os seguintes fatores: “I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, II – saúde e segurança, III – educação” (Código Civil, artigo 1.583, § 2.º, incisos de I à III revogados pela Lei n. 13.058/2014). Na realidade, o juiz, quando existe animosidade entre as partes, deve considerar o melhor interesse da criança ou do adolescente, não descuidando de outros fatores, como a dignidade, o respeito, o lazer, o esporte, a alimentação, a cultura e outros

(Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, artigo 4.º).

É conveniente ressaltar que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não detenha essa espécie de guarda supervisionar os interesses dos filhos, assim estabelece o artigo 1.583, § 5.º do Código Civil. Tal previsão acaba evitando o abandono moral do infante.

No que tange à modalidade compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, e a cidade base de moradia dos menores será aquela que atender de melhor maneira aos interesses da criança. A guarda compartilhada possui como base a cooperação mútua entre os genitores, onde ambos se comprometem no cuidado aos filhos e juntos buscam as melhores soluções para os menores.

Quando não houver consenso necessário entre os genitores quanto à guarda do filho, estando ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, exceto se um dos pais declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor, tornando-se esta, uma modalidade obrigatória, ou ainda, compulsória.

Analisados os princípios relativos ao direito de família, bem como a guarda unilateral e a guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, passa-se, agora, para o próximo item, o qual irá trabalhar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio do melhor interesse coloca a criança e o adolescente como protagonistas na tomada de qualquer decisão. É necessário compreender este princípio norteador do ordenamento jurídico, afinal, ele está presente na Constituição Federal de 1988 e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo aos menores que seus interesses sejam tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e principalmente pela família.

Assim dispõe o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela emenda Constitucional 65, de julho de 2010:

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.

A proteção também está prevista na Lei n. 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º, o qual afirma que a criança e o adolescente têm assegurado todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, de modo que não haverá qualquer

prejuízo com relação a sua proteção integral. Além disso, eles têm asseguradas todas as oportunidades e facilidades para que possam se desenvolver fisicamente, mentalmente, moralmente e sempre em condições de liberdade e de dignidade.

Quanto aos direitos relativos à proteção das crianças e dos adolescentes, o Estado, bem como a família e a sociedade, devem oferecer todos os meios que possibilitem uma condição de vida digna, desde o nascimento até o momento em que o infante atingir a maioridade.

Sobre o princípio do melhor interesse da criança, Lôbo (2009, p. 53) o conceitua:

O princípio do melhor interesse significa que a criança - incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Em continuidade à referida proteção, a recente Lei n. 13.257 de 2016, que estabelece a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal e do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária (seis anos completos ou setenta e dois meses de vida da criança), visando garantir seu desenvolvimento integral.

Na ótica civil, percebe-se a proteção integral da criança e do adolescente no princípio do melhor interesse, o qual, inclusive, foi reconhecido pela Convenção Internacional de Haia. O Código Civil prevê, também, o princípio supracitado nos artigos 1.583 e 1.584, ao regular a guarda durante o poder familiar, porém ambos os dispositivos foram alterados. Tal mudança inicialmente ocorreu em virtude da Lei n. 11.698, de 2008, que passou a determinar como regra a guarda compartilhada. Contudo, mesmo que a referida lei trouxesse essa previsão, ainda assim a guarda unilateral (aquela que um genitor detém a guarda e o outro tem a regulamentação de visitas em seu favor) prevalecia frente à guarda compartilhada.

No entanto, o tempo passou e houve uma nova alteração no sistema de proteção anterior. Assim, visando justamente atender o melhor interesse da criança e do adolescente na fixação da guarda, o protagonismo passou a ser da guarda compartilhada (e não mais da guarda unilateral).

Ainda sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, Pereira (2004, p. 91) defende 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

infante:

Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto. Por isso, o conceito de “Melhor Interesse” pode sofrer variações no tempo e no espaço (PEREIRA, 2004, p. 91).

Diante das disputas judiciais, onde os genitores digladiam-se tornando os infantes “moeda de troca”, verificou-se a necessidade de separar a figura conjugal da parental. Logo, o critério que define a guarda é exclusivamente o bem-estar da criança e do adolescente, ou seja, o princípio do melhor interesse, conforme demonstra a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Não são inflexíveis as disposições legais sobre a guarda dos filhos, devendo o problema a ser solucionado, caso a caso, com prevalência dos interesses dos menores e de todo modo a minimizar as consequências da separação dos pais no que afeta à felicidade dos filhos. (TJMG, 4ª CC, AC 68.506, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior, J. 12/12/85.) Em caso de disputa entre cônjuges separados, não se atende à vontade dos pais, mas à conveniência e bem-estar dos filhos, de modo a deferir a guarda a quem, realmente, tenha melhores condições de exercê-la (TJMG, AC 68.891, Rel. Des. Vaz de Melo. J. 17/4/1986).

Garantir o melhor interesse da criança e do adolescente é, ainda que os genitores divorciem-se ou dissolvam a união, assegurar que eventuais filhos permaneçam vivendo em um ambiente harmonioso, o qual prime pelo seu bem-estar. A maternidade e a paternidade são irreversíveis e irrenunciáveis, para garantir a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental e, por sua vez, dever dos genitores.

Por fim, Pereira (2004, p. 100) evidencia a função deste princípio norteador:

Em se tratando de aplicação de princípio seria impróprio trazer soluções preconcebidas e predeterminadas do que seja o Princípio do Melhor Interesse do Menor. A função da matéria principiológica é exatamente poder pairar sobre interesses maiores, ainda que eles contrariem regras, já que eles são mandados de otimização do direito. São eles que vão autorizar que o direito seja justo acima do legal. É o intérprete, através de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantias fundamentais pelo menor.

Analisado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, passa-se, então, para o próximo capítulo, o qual irá trabalhar de forma específica a guarda compartilhada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como irá estudar se tal espécie de guarda é a mais adequada quando há a desarmonia entre os genitores do infante.

4 A GUARDA COMPARTILHADA: APLICABILIDADE, FORMA DE EXERCÍCIO E EFICÁCIA FRENTE À DESARMONIA DOS GENITORES

A aplicabilidade da guarda compartilhada se dá diante da responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sobre o mesmo teto, relativos ao poder familiar dos filhos comuns. Grisard Filho (2014, p.131) explica que essa modalidade é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

De acordo com Dias (2010. p.1), em um de seus artigos, descreve o modelo de corresponsabilidade, a guarda compartilhada:

O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse. Tem o juiz o dever informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada: mais prerrogativas a ambos, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A finalidade é consagrar o direito da criança. A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Dias (2010. p. 01) ainda esclarece que, ao contrário do que todos proclamam, esta não foi uma vitória dos genitores, mas sim uma grande conquista dos filhos, que não podem mais ser utilizados como instrumento de vingança. Para a autora, acabou a disputa pela posse da criança, que, tratada como um mero objeto, ficava sob a guarda da mãe que detinha o poder de permitir ou não as visitas do pai.

Assim, tem-se que enquanto os pais não conseguirem estabelecer um ínfimo diálogo e consenso para a tomada de decisões referentes ao filho, a imposição da guarda compartilhada, ao invés de representar um benefício à criança, tão somente evidenciará à ela os conflitos de um relacionamento onde os sentimentos ainda se sobrepõem à razão.

Nesse sentido se manifesta Tartuce (2015. p. 02), acerca do entendimento jurisprudencial e entraves sobre a efetivação da guarda compartilhada:

A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser devidamente motivado pelo genitor, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente. Sendo assim, mesmo havendo argumentos do genitor para declinar a suposta guarda compartilhada, o juiz pode entender pela sua

implementação compulsória, de acordo com o regramento citado. Apesar da expressa previsão legal anterior de prioridade, dos esforços interdisciplinares suscitados pela doutrina anterior e no entendimento jurisprudencial, sempre se acreditou na existência de certos entraves para a efetivação da guarda compartilhada. Isso porque, para que seja possível a concreção dessa modalidade de guarda, este autor acredita ser necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma convivência pacífica mínima. Ressalte-se, nesse contexto, a existência de prejuízos à formação do filho, pelo clima de guerra existente entre os pais.

Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os infantes deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, nunca o inverso. Akel (2008, p. 106) elucida que para a guarda compartilhada ser exercida em atenção aos interesses dos filhos é fundamental que os genitores consigam estabelecer uma relação onde seja possível compartilhar a criação e educação dos filhos. Quanto à cidade base, esta será, na guarda compartilhada, aquela que melhor atender ao interesse dos filhos.

Segundo o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, que atua junto à 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no que diz respeito à guarda compartilhada, existem relevantes restrições ao estabelecimento desta forma de exercício. Ocorre que tal modalidade somente se mostra exitosa quando há plena harmonia entre os genitores, de forma a tornar viável o entendimento acerca dos mínimos detalhes no trato diário com o filho.

Ainda, o supracitado desembargador, em voto proferido quando do julgamento de um agravo de instrumento no Rio Grande do Sul, caracteriza o instituto da seguinte forma:

Estou convencido de que a guarda compartilhada (artigo 1.583 do Código Civil) é de difícil sucesso na sua aplicação prática. Seu êxito – de prognóstico muito reservado – somente pode ter alguma chance de viabilidade quando resulta de consenso entre o par, jamais podendo ser imposto pelo Poder Judiciário. Se o for, estará certamente fadado ao insucesso. Ademais, não raro muito se confunde os institutos relacionados ao exercício do poder familiar (artigo 1.634 do Código Civil) com o exercício da guarda, figura jurídica referente à proteção da pessoa do filho. O poder familiar, que é o que de fato confere aos pais a obrigação de lhes dirigir a criação, educação, gestão dos interesses acerca da vida do filho, não se minimiza ou suprime em razão de não estar um dos genitores com o filho sob sua guarda. A guarda implica, tão só, o exercício diário da vigilância, dos cuidados hodiernos com alimentação, estudo, lazer, repouso, higiene, etc. LFBS Nº 70060973567 (Nº CNJ: 0289919-21.2014.8.21.7000) 2014/CÍVEL.

No mesmo sentido, o voto do Relator Ministro João Otávio de Noronha em um julgado do Superior Tribunal de Justiça, elucidando que a regra da guarda compartilhada é cedida quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, devido à imaturidade de ambos os genitores, bem como à atenção aos próprios interesses antes dos do infante, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (artigo 1.586 do Código

Civil de 2002).

Ainda sobre a aludida deliberação, o acórdão traz a importância das decisões maduras, refletidas e pensadas:

As decisões maduras, refletidas, pensadas, dirigidas para um fim único (o bem do filho) são inalcançáveis no atual momento de convivência entre pai e mãe, no qual prepondera a tendência para a consideração do próprio interesse. A oportunidade poderá surgir num momento posterior, não sendo visível no instante atual. STJ, REsp 1.417.868/MG, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.05.2016, DJe 10.06.2016.

Em se tratando do direito de família, deve-se levar em conta os aspectos que envolvem os sentimentos relacionados à desarmonia no núcleo familiar, os quais na maioria das vezes são intensos e profundos. Logo, pode não existir uma solução pronta e concreta, devendo-se apurar caso a caso, já que são questões que demandam muito cuidado por envolver uma pessoa que está passando pela crucial fase de desenvolvimento.

Nas famílias onde impera a desarmonia entre os genitores, a guarda compartilhada pode não ser o melhor modelo a ser aplicado, visto que por diversas vezes os danos psicológicos causados à criança são irreversíveis. Nestes casos, havendo motivos graves, o julgador deve decidir em prol dos filhos, ou seja, regular de maneira adequada no que diz respeito à guarda.

Importante destacar a decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em um agravo de instrumento, em que foi deferida a guarda de um infante à mãe, onde na ocasião foram opostos embargos declaratórios pelo genitor, desacolhidos com o seguinte fundamento, no que diz respeito à guarda compartilhada:

A Lei 13.058/2014 afasta a imperatividade da guarda compartilhada apenas (a) se um dos genitores expressamente declarar que não a deseja, ou (b) se ficar evidenciado que um dos genitores não tem absolutamente nenhuma condição de exercer a guarda. Só nessas duas hipóteses é que o julgador poderá deixar de aplicar a guarda compartilhada. O legislador na ânsia, talvez, de ceder ao “politicamente correto” esqueceu de referir uma terceira hipótese, que é justamente a do art. 227 do CF, que diz respeito ao melhor interesse da criança. Por isso, parece-me que essa lei precisa de uma interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, mas que a complemente com o princípio maior, que tem hierarquia constitucional. Vale assinalar que a guarda compartilhada é algo absolutamente despiendo dentro do nosso ordenamento jurídico. É uma cópia de sistemas alienígenas, que tem outra inspiração. Ou seja, sistemas em que o exercício do próprio poder familiar ou autoridade parental está vinculado ao exercício da guarda. LFBS Nº 70064561541 (Nº CNJ: 0141532-30.2015.8.21.7000) 2015/CÍVEL.

Sendo concedida a guarda unilateral nos casos mais gravosos, onde há o predomínio da animosidade entre as partes, um genitor exercerá esta modalidade, ao passo que ao outro será garantido o amplo direito de convivência, o que por ora, entende-se mais exitoso,

podendo ser alterado em curto, médio ou longo prazo, assim que a harmonia entre os pais seja reestabelecida.

A guarda compartilhada, sem sombra de dúvida é a mais indicada, eis que visa atender o melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, é preciso salientar que somente deverá ser fixada quando os pais acordarem com essa modalidade, pois o exercício conjunto somente terá sucesso quando ambos os genitores compreenderem seus benefícios.

Para a efetivação da guarda compartilhada, espera-se uma convivência pacífica entre os genitores. Caso houver desarmonia, esta será praticamente inviável, uma vez que pode causar aos infantes sentimentos de tristeza, revolta, e demais prejuízos – que poderão ser irreversíveis.

Lôbo (2011. p. 200), acerca da caracterização da modalidade compartilhada:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho.

Um dos problemas acerca da fixação de uma guarda é que a problemática é claramente deturpada. Quando não se verifica se há ou não desarmonia entre os genitores, acaba se ignorando o melhor interesse da criança e do adolescente, deixando-os em segundo plano.

Grisard Filho (2009. p. 205), afirma que não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas sim o interesse em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente para os genitores.

O convívio do infante com ambos os genitores é indispensável para o seu saudável desenvolvimento, tendo como intento de qualquer modalidade de guarda, o melhor interesse do filho e não a mera satisfação dos pais.

Madaleno (2011. p.435) em seu entendimento:

Talvez seja o momento de se recolher os bons exemplos de uma guarda compartilhada compulsória, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais, sob pena do descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuta em unilateral.

Neste passo, respondendo ao problema proposto tem-se o seguinte: o que deve nortear a aplicabilidade da guarda compartilhada é a análise de cada caso. Além disso, deve-se ter sempre em vista a plena proteção do interesse do infante e levar em consideração as condições psicológicas e emocionais dos genitores em manter uma convivência harmônica, feliz e estável com a prole. A guarda ora analisada somente será eficaz se for utilizada nos casos em que há harmonia e consenso entre os pais. Assim sendo, de acordo com os autores e jurisprudência estudada, conclui-se que a guarda compartilhada não será a melhor alternativa para os casos em que as brigas forem frequentes entre os pais do infante, visto que tal situação poderá gerar ao menor danos irreparáveis.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista a abordagem realizada no presente trabalho, pode-se concluir que o instituto da guarda compartilhada, embora represente um avanço no campo do Direito de Família, deve ter sua aplicabilidade ponderada, ou seja, o caso concreto é que deverá verificar se é o caso ou não de sua aplicação.

Com efeito, não se pode desconsiderar o fato de que o estabelecimento da guarda compartilhada implica, inevitavelmente, uma aproximação entre os genitores para tomada de decisão acerca das questões relacionadas ao filho comum.

Conforme analisado, muitas vezes a situação de desarmonia entre o casal, que inclusive pode ter sido a causa do término da relação conjugal, tende a se projetar na relação com os filhos, trazendo mais prejuízos do que benefícios, o que certamente não foi a intenção do legislador.

Assim, enquanto os genitores não conseguirem estabelecer um mínimo de diálogo e de consenso sobre as decisões acerca da vida do filho comum, a imposição pura e simples da guarda compartilhada, ao invés de representar um benefício ao infante, acabará por expô-lo aos conflitos de um relacionamento onde os sentimentos ainda se sobrepõem à razão.

Afora tais questões, o trabalho deixou bastante claro que o que deve prevalecer, sempre, é o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a sua proteção integral. Portanto, não deve prevalecer o interesse unilateral de qualquer um dos genitores, que muitas vezes disputam a guarda da criança como forma de atingir um ao outro. Não é demais lembrar que as relações humanas são complexas e, indubitavelmente, no campo do Direito de Família, isso se torna ainda mais evidente.

Diante disso, respondendo ao problema de pesquisa conclui-se que o que deve nortear a aplicabilidade da guarda compartilhada é a análise do caso concreto, a plena proteção do interesse do infante e as condições psicológicas dos genitores em manter uma convivência harmônica e estável com a criança e/ou adolescente. A referida guarda somente possui eficácia quando aplicada nos casos em que há harmonia e consenso entre os pais, ao contrário, esta modalidade não obterá êxito. Portanto, de acordo com a pesquisa realizada, a guarda compartilhada não é a melhor alternativa a ser escolhida nos casos em que as desavenças forem frequentes entre os pais do infante.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: 1954, v.2, p.6.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso: em 10 set. 2019.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em 10 set. 2019.
- BRASIL. **Lei 11.698**, de 13 de Junho de 2008. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso: em 10 set. 2019.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.417.868/MG**, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.05.2016, DJe 10.06.2016. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/78/STJ%20guarda%20compartilhada%20divergencias%20entre%20os%20pais.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada: uma novidade bem-vinda**. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_603\)1_guarda_compartilhada_um_a_novidade_bemvinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_603)1_guarda_compartilhada_um_a_novidade_bemvinda.pdf) Acesso em: 10 nov. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Filho da mãe**. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_602\)2_filho_da_mae.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_602)2_filho_da_mae.pdf) Acesso em: 10 nov. 2019.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/;jsessionid=25D6708BE29F555F12A4A845B3E6BA76?sequence=1>. Acesso em: 11 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória: análise crítica da lei n. 13.058/2014 - Segunda Parte**. 2015. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>. Acesso em: 10 nov. 2019.

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **LFBS Nº 70060973567 (Nº CNJ: 0289919-21.2014.8.21.7000)**, 8ª Câmara Cível. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. 2014.

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **LFBS Nº 70064561541 (Nº CNJ: 0141532-30.2015.8.21.7000)** 2015/CÍVEL, 8ª Câmara Cível. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. 2015.