

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARÍLIA RIBEIRO DE REZENDE SCARTON COUTINHO

**A APLICAÇÃO SEM CRITÉRIOS DA GUARDA
COMPARTILHADA EM DETRIMENTO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

VITÓRIA
2018

MARÍLIA RIBEIRO DE REZENDE SCARTON COUTINHO

**A APLICAÇÃO SEM CRITÉRIOS DA GUARDA
COMPARTILHADA EM DETRIMENTO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora Doutora Bruna Lyra Duque.

VITÓRIA

2018

MARÍLIA RIBEIRO DE REZENDE SCARTON COUTINHO

**A APLICAÇÃO SEM CRITÉRIOS DA GUARDA COMPARTILHADA
EM DETRIMENTO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Vitória-FDV, como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^o Doutora Bruna Lyra Duque
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof^o
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

A guarda de filhos é um instituto que consiste na responsabilidade de um dos ex-cônjuges ou de ambos, de zelar pelo melhor interesse da criança de modo a guiar sua vida, fazendo escolhas e tomando decisões do dia a dia, materializando, assim, o poder familiar na rotina do menor. Uma das modalidades de guarda é a custódia compartilhada, que ganhou força nos últimos anos por se tratar de um modelo em que ambos os genitores exercem de forma igualitária o poder de tomar decisões no que tange ao menor. Antes da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada era uma opção a se dar preferência, mas caso não se entendesse como adequada ao caso concreto, sua aplicação não era vista como uma obrigação. Entretanto, observou-se que os efeitos dissolutórios da relação afetiva entre os pais atingia também o menor, causando muitas vezes a alienação parental, que traz danos irreversíveis para a criança. Nesse sentido, com o objetivo de diminuir o determinado problema, estabeleceu-se a guarda compartilhada como regra. No momento em que a lei supramencionada incluiu o parágrafo 2º ao artigo 1584 do Código Civil, este tipo de custódia se tornou a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, só deixando de ser aplicada caso um dos genitores declare não possuir desejo em exercer a guarda da criança ou quando puder se observar algum impeditivo que desabone um dos genitores a exercer o poder familiar. Assim, é possível observar que a aplicação da guarda compartilhada como regra não traz critérios para que seja possível sua aplicação, fazendo com que sua passagem da teoria para a prática se torne um pouco mais complicada, uma vez que cada família funciona de uma forma diferente, não existindo uma fórmula perfeita que se aplique a todas.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Melhor Interesse do Menor; Ausência de Critérios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	07
1.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	08
1.2 PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL	10
1.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	11
2 GUARDA DE FILHOS	15
2.1 GUARDA UNILATERAL	18
2.2 GUARDA COMPARTILHADA	19
2.3 GUARDA ALTERNADA	22
3 GUARDA COMPARTILHADA E MELHOR INTERESSE DO MENOR ..	24
3.1 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	24
3.2 ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA	28
3.3 INTERVENÇÃO JUDICIAL	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos foi possível observar o aumento no número de divórcios e dissoluções de união estável, exigindo uma nova compreensão a respeito dos modelos de guarda, isso porque, a fixação da custódia deve atender ao princípio do melhor interesse do menor, o propiciando um convívio saudável com os pais.

A ruptura conjugal dos pais já é um momento difícil na vida da criança e ao estabelecer um modelo de guarda como regra que supostamente abrangeria todas as situações, pode propiciar maiores conflitos entre os ex-cônjuges, tornando essa dissolução ainda mais traumática para o menor.

O modelo de guarda a ser fixado influencia diretamente no princípio do melhor interesse do menor, devendo ser aplicado com cautela, objetivando atender verdadeiramente o princípio em questão.

Assim, no primeiro capítulo apontará os princípios constitucionais que devem ser necessariamente observados para melhorar a compreensão e aplicação da guarda compartilhada, tais como a afetividade, a paternidade responsável e a primazia do interesse do menor.

Já o segundo capítulo delineará o instituto da guarda de filhos, apontando suas principais modalidades em um panorama de entrelace destas com os princípios basilares para o seu melhor exercício.

Por fim, o terceiro capítulo discorrerá sobre aquela que é a modalidade mais promissora sob o olhar da primazia do interesse do menor, a guarda em sua modalidade compartilhada; abordar-se-á a sua preferência no ordenamento jurídico brasileiro e sua real eficácia diante do princípio mencionado, o imperioso melhor interesse das crianças e adolescentes.

A presente pesquisa utiliza o método dialético que tem a sua concepção moderna entendida através de Hegel que entende que a história da humanidade e a lógica

acompanham o trajeto da dialética, onde as contradições se superam, mas faz com que surja novas contradições que vão precisar ser solucionada.

Assim, com o auxílio do método dialético, o objetivo desta pesquisa é responder a seguinte indagação: a aplicação da guarda compartilhada sem critérios, como regra, atende efetivamente o princípio do melhor interesse do menor?

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

No último século, o Direito das Famílias sofreu muitas mudanças. No Brasil, tamanha alteração se iniciou na década de 60 com o Estatuto da Mulher Casada, que ajudou as mulheres a atingirem uma condição de igualdade em relação aos homens, alcançando uma posição de sujeito e não mais de subordinada (PEREIRA, 2012, p. 23).

Todas essas modificações, principalmente nos costumes, sofreram certa resistência do legislador, todavia, como leciona o jurista Luiz Edson Fachin (apud, PEREIRA, 2012, p. 24),

os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a “névoa da hipocrisia” que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço do afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum.

Outro marco importante foi a Constituição da República de 1988 que consagrou, no ordenamento jurídico deste país, princípios fundamentais, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fazendo com que o Direito da Família rompesse com velhas concepções.

Assim, apesar de estarmos atados ao positivismo jurídico, com a consagração de tais princípios, houve uma revolução paradigmática, na qual a simples interpretação da legislação não se faz suficiente, sendo necessário, para compreender plenamente o Direito de Família, interpretar a legislação com base nos princípios fundamentais, de modo a buscar uma aplicação mais justa da norma, isto é, de acordo com a ética e a moral (PEREIRA, 2012, p. 29).

Nem todos os princípios estão expressos no texto legal e não é indispensável que estejam, e é, de certo modo, dispensável que estejam

porque eles já são inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos (...). Sua inscrição advém de uma fundamentação ética, como um imperativo categórico para possibilitar a vida em sociedade e, atualmente,

está intrinsecamente ligado às noções de cidadania para viabilizar organizações sociais mais justas (PEREIRA, 2012, p. 45).

Dessa forma, resta clara a função dos princípios fundamentais, na medida em que, além de buscarem o mais próximo possível do ideal de justiça, também preenchem as lacunas presentes no ordenamento jurídico, deixadas por outras normas (PEREIRA, 2012, p. 58).

Devido a tamanha importância de tal fonte do Direito, passar-se-á à análise dos princípios que auxiliarão na melhor compreensão do tema tratado neste trabalho.

1.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O reconhecimento da afetividade no âmbito jurídico ainda é uma questão polêmica, muito discutida pela doutrina, visto que uma primeira corrente afirma que deve ser considerada um princípio, enquanto a segunda corrente reconhece a sua importância para o direito, mas alega ser apenas um valor relevante e, por fim, a terceira corrente alega que afeto é um sentimento e por isso não deve ser valorada juridicamente (CALDERÓN, 2013, p. 04).

Entretanto, as mudanças ocorridas na sociedade ao longo dos anos refletiram nas entidades familiares, que por sua vez passaram por uma considerável transição.

Antigamente, o escopo principal da família era econômico (PEREIRA, 2012, p. 210). Assim, a função das mulheres se baseava em, basicamente, cuidar da casa e dos filhos, enquanto a dos homens era a de desempenhar o papel de chefe de família, o provedor.

Com o movimento feminista e a entrada das mulheres no mercado de trabalho, a família sofreu grandes transformações (PEREIRA, 2012, p. 210), acarretando na despatriarcalização do Direito de Família. Isso porque, com a carreira profissional da mulher, foi necessário que os homens assumissem um papel de maior presença

dentro de casa, dividindo não só as contas, mas também as tarefas domésticas, em regime de companheirismo e não de hierarquia como antes.

A função econômica da família começou a adquirir menor importância em detrimento dos elos afetivos que unem os entes familiares e entendeu-se que para que se identifique um grupo de pessoas como entidade familiar é necessário estar presente o afeto entre elas, sendo este conjugal ou parental (PEREIRA, 2012, p. 211).

É imprescindível entender o que representa o afeto principalmente no âmbito familiar e, nesse contexto leciona o jurista Rolf Madaleno (2013, p. 98-99):

o afeto é a mola impulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre da convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

O Direito atribui à afetividade uma relevância a altura dos vínculos biológicos e registra, admitindo a constituição da paternidade no cotidiano familiar, baseando-se na consideração, respeito e identidade recíproca entre os entes (MADALENO, 2013, p. 99).

Nesse contexto, o princípio em questão possui duas faces,

a primeira delas é a face do dever jurídico, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou de conjugalidade (aqui incluídas não só as relações matrimoniais, mas todas as uniões estáveis de alguma forma reconhecida pelo sistema). Essa face do princípio vincula tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação. A segunda faceta do princípio é a face geradora de vínculo familiar, voltada para as pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema (seja de parentalidade, seja de conjugalidade), pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstanciará um vínculo familiar entre os envolvidos (CALDERÓN, p. 10-11).

O afeto é um direito fundamental dos menores que deve ser assegurado pelos progenitores no âmbito familiar. A ausência do cumprimento do dever de assegurar

o afeto de ambos ou um dos pais na vida do menor pode se observar na prática da alienação parental que causa efeitos prejudiciais certas vezes irreversíveis para ele (DUQUE; LEITE, 2015, p. 294).

Por meio da alienação parental, o menor sofre com a ausência do afeto de um dos genitores, na medida em que o alienado não consegue efetivar o seu dever plenamente, ficando prejudicado o direito do filho de receber o afeto de forma plena de ambos os genitores (DUQUE; LEITE, 2015, p. 294).

No presente trabalho, será tratada a primeira face da afetividade que já é reconhecida juridicamente em decisões dos tribunais pátrios, principalmente, naquelas que permitem a reparação por abandono afetivo, deflagrando, assim, a importância do afeto das relações parentais.

1.2 PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da parentalidade responsável está presente nos artigos 226, § 7º, e 229¹ da Carta Magna (BRASIL, 1988), no Código Civil e, também, no Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando expresso o dever de ambos os pais de cuidarem, assistirem e criarem seus filhos menores.

O impacto da responsabilidade parental na vida das pessoas é tão significativo que se faz necessário considerá-lo um princípio autônomo, mesmo que seja um desdobramento de outros princípios, como a afetividade, responsabilidade e dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2012, p. 245).

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 246),

¹ Art. 226, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

o princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o Direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. Afeição, segundo o Dicionário Aurélio, significa também instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura.

A assistência afetiva é um dever dos pais, podendo ser definida pelo Estado, mesmo que o sentimento não esteja presente (PEREIRA, 2012, p. 247). Além disso, a ausência dessa afeição pode ser caracterizada um ato ilícito, passível de indenização, pois a conduta afetiva não é uma mera faculdade.

Ao considerar o descumprimento da assistência afetiva um ato ilícito, a doutrina contemporânea não entende ser imprescindível a configuração do dano, nexos causal e conduta. Isso porque, o que se pretende atingir é o caráter pedagógico, buscando inibir tais condutas e visando que os pais cumpram seus deveres de proteção, cuidado e afeição perante seus filhos (PEREIRA, 2012, p. 248).

O dever de ambos os pais vai além da assistência material, pois é imprescindível para o crescimento saudável do menor a efetiva presença dos genitores em sua rotina, cercado de cuidado e afeto, num contexto em que ambos os pais estejam engajados em assegurar a proteção integral dessas crianças e adolescentes, consoante determinado no texto constitucional.

Diante disso, nada justifica eximir os pais das obrigações advindas do poder familiar desde a concepção da prole, de modo que a inobservância de tais deveres gera responsabilização nos mais diversos campos do direito, abarcando as esferas civil e criminal, com o fim de garantir o direito de respeito à integridade moral e psíquica do menor.

1.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A mudança que ocorreu nas entidades familiares, a qual relativizou sua função econômica em detrimento dos elos afetivos, também trouxe consigo o princípio do melhor interesse do menor (PEREIRA, 2012, p. 148).

A criança recebeu um destaque de maior relevância no cenário familiar, uma vez que está em situação de fragilidade, ainda não possuindo maturidade o suficiente para tomar as decisões corretas para sua própria vida (PEREIRA, 2012, p. 148). Assim, o direito começou a criar novas formas para garantir a efetiva proteção dos menores.

Sobre o assunto, é o que dispõe o Código de Direito internacional de Direitos Humanos Anotado, sob a coordenação de Flávia Piovezan (2008, p. 314):

Todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão como consideração primordial os interesses superiores das crianças.

O presente princípio é relativo, isso porque seu entendimento pode ser diversificado dependendo de certas posições culturais, sociais, etc., devendo ser analisado em cada caso concreto, para que se possa concluir qual será efetivamente o melhor para a criança ou o adolescente (PEREIRA, 2012, p. 150).

O princípio em questão está relacionado aos direitos e garantias fundamentais da criança que estão previstos no ordenamento jurídico pátrio (PEREIRA, 2012, p. 151).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), inclusive, visando garantir princípio do melhor interesse da criança, estabelece em seu art. 227 que:

é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente, 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.

É flagrante a importância da legislação brasileira ao trazer o princípio de forma tão evidente, pois, assim, serve de fonte para decisões judiciais que lidam com menores, fazendo com que prevaleça sempre o interesse do incapaz (PEREIRA, 2012, p. 151).

Além dos menores terem os direitos que são comuns a qualquer pessoa, estes são colocados em uma posição privilegiada, também sendo possuidores de direitos especiais, dedicados exclusivamente a eles, ou seja, recebem proteção mais ampla do ordenamento jurídico pátrio, consideravelmente maior do que aquela dispensada aos maiores.

A proteção integral dada pela doutrina às crianças e adolescentes pode ser justificada pela condição peculiar na qual os mesmos se encontram, uma vez que estão em desenvolvimento, isto é, em situação de vulnerabilidade e fragilidade, necessitando de proteção especial (PEREIRA, 2012, p. 154). A título de exemplo, uma ocasião em que principalmente deve prevalecer o melhor interesse do menor é na disputa judicial por guarda de filho.

Isso porque se observa que a litigância entre os pais, com os problemas advindos da separação conjugal, revela, constantemente, o desejo de vingança, momento em que, de forma irresponsável, muitas vezes usam o menor na tentativa de atingir o outro. Todavia, como sabido, é preciso distinguir a relação existente com o ex-cônjuge/companheiro da relação paterno-filial.

Antigamente, o interesse do menor se estabelecia com a fixação da guarda unilateral em favor da mãe, eis que a figura materna tinha atrelada à sua imagem a função de criação dos filhos (PEREIRA, 2012, p. 155).

Com a conquista de direitos das mulheres, a figura paterna passou a ter mais participação no âmbito familiar (PEREIRA, 2012, p. 155). Sendo assim, as responsabilidades inerentes à criança devem ser compartilhadas, atualmente, por ambos os pais, não havendo motivo para preferencia entre eles no momento de fixação de guarda do menor, razão pela qual, a guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico deste país.

Ao atribuir a guarda de filho deve-se considerar em primeiro lugar o melhor interesse do menor, zelando para que a criança conviva, de forma saudável, com ambos os genitores, isto é, que os pais participem efetivamente de sua criação e desenvolvimento.

Não há fórmula exata para que se predetermine a aplicação do princípio em voga, isso porque, para garantir que ele cumpra com o seu objetivo, é preciso que se analise as peculiaridades de cada caso, encarando-o, sobretudo, como limite ao poder familiar, ressaltando, que deve alcançar todas as crianças e adolescentes, em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento.

2 GUARDA DE FILHOS

A guarda de filhos exprime o significado de proteção e custódia que devem ser prestadas aos filhos por seus pais. Esse instituto consiste na responsabilidade de um dos ex-cônjuges ou de ambos, de zelar pelo melhor interesse da criança (SANTOS, 2018, p. 268-269) de modo a guiar sua vida, fazendo escolhas e tomando decisões do dia a dia, materializando, então, o poder familiar na rotina do menor.

Entretanto, a custódia do filho não deve ser confundida com o poder familiar, isso porque, apesar de a guarda ser um atributo deste, nem sempre o guardião do menor será quem detém tal poder, podendo ser observado, a título de exemplo, quando a guarda do menor é transferida para terceiros, como avós, sem que mude efetivamente a titularidade do poder familiar, uma vez que este nada mais é do que uma relação de pais e filhos (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 43).

No Código Civil de 1916 era possibilitada a discussão da culpa pelo fim do casamento, assim, ao decidir quem seria o guardião do menor era levado em consideração a idade da criança, o sexo e, ainda, se houve ou não um culpado pelo término do matrimônio (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 45).

Diante de um divórcio litigioso, com ausência de acordo entre as partes, bem como havendo um cônjuge inocente, este teria direito à guarda dos menores (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 45). Já nos casos em que não houvesse um culpado, a guarda das filhas ficaria com a mãe, enquanto a dos filhos, após os seis anos de idade, ficaria com o pai.

Outrossim, na presença de alguma razão tida como grave, o juiz poderia regular a guarda de uma maneira diferente, levando em consideração sempre o princípio do melhor interesse do menor (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 45).

Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), fatores como o sexo e a idade do menor não eram mais levados em consideração para definir quem teria o direito à guarda dos filhos (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 46). Dessa forma, em regra,

de acordo com o Código Civil vigente da época, em caso de cônjuge inocente, os menores ficariam com este e, em caso de culpa recíproca, os filhos ficariam com a mãe.

Posteriormente, com a Lei do Divórcio (Lei. 6.515/1977) ficou estabelecido a possibilidade dos genitores transigirem quanto à guarda do filho menor, todavia, em casos de ausência de acordo entre os genitores, os menores ficariam com o genitor que não fosse culpado pela ruptura do matrimônio (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 47). Já se ambos fossem responsáveis pelo fim do casamento, os filhos deveriam ficar em poder da genitora, caso não houvesse razão que a desabone.

Ademais, a impropriedade do termo “guarda” passava uma ideia retrógrada a respeito do tema, segundo Farias e Rosenvald (2016, p. 682), uma vez que

Revela um sentido de ato de vigilância, ligado à ideia dos amplos direitos de um proprietário fiscalizar a coisa que lhe pertence. A noção, portanto, é amesquinhada por uma perspectiva unilateral de apoderamento, na medida em que insinua que o guardião exerce a fiscalização de uma criança ou adolescente, com responsabilidades e autoridade. Ignora uma necessária perspectiva bilateral do instituto da efetiva participação infanto-juvenil na sua própria formação pessoal, psicológica e intelectual.

Sendo assim, durante muitos anos se impôs uma solução um pouco traumática para a convivência de pais e filhos, na qual, em regra, um genitor ficava com a guarda do menor, devendo tomar os devidos cuidados para com o mesmo, enquanto o outro se responsabilizava por pagar os alimentos, tendo direito à visitação (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 676).

Todavia, com a mudança no cenário dos arranjos familiares, houve a necessidade de se mudar a compreensão acerca da guarda, devendo esta atender verdadeiramente o melhor interesse do menor, representando muito mais do que dever de vigilância da criança ou o direito de ter seus filhos por perto.

O legislador, então, passou a compactuar com o entendimento da doutrina e da Psicologia, que o fim do casamento ou da união estável não deveria, necessariamente, afetar o poder familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 684), trazendo grandes mudanças para o convívio dos filhos com seus pais.

Nessa esteira, a guarda compartilhada passou a ter maior destaque, apesar de antes da Lei 13.058 (BRASIL, 2014), ser apenas uma opção a se dar preferência, mas caso não se entendesse como adequada ao caso concreto, sua aplicação não era vista como uma obrigação.

Entretanto, observou-se que os efeitos dissolutórios da relação afetiva entre os pais atingia também o menor, surgindo algumas vezes o problema da alienação parental ocasionada por um dos genitores, o que causava danos psicológicos ao menor, difíceis de se reparar (MASSENA; TOALDO, 2016, p. 36).

Então, a guarda compartilhada foi estabelecida como regra, com o objetivo de dirimir tais conflitos, garantindo aos menores

Seu melhor desenvolvimento físico, psicológico; a manutenção de relação socioafetivas; uma educação digna; crescimento em um ambiente estável e com as mínimas condições materiais e morais em conjunto com os pais. Garante, ainda, o direito de ambos os genitores exercerem o poder familiar e, juntos, decidirem sobre a criação e educação dos filhos, visando sempre ao melhor interesse do menor (MASSENA; TOALDO, 2016, p. 43).

No momento em que a lei supramencionada incluiu o parágrafo 2º ao artigo 1584 do Código Civil² (BRASIL, 2002), este tipo de custódia se tornou a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda (SANTOS, 2018, p. 269).

A guarda unilateral, então, que sempre foi a regra do ordenamento jurídico brasileiro, depois da Lei 13.058 (BRASIL, 2014) entrar em vigor, deixou de ser aplicada com prioridade, dando espaço para a guarda compartilhada.

Nesse contexto, importante entender o significado destes tipos de custódia, para melhor compreensão do tema em questão.

² Art. 1584, § 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.

2.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (*apud*, FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 683), é aquela “atribuída a um dos genitores ou a alguém que o substitua devendo ser concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto..., saúde, segurança e educação”.

Atualmente, quando um dos pais manifesta ausência de interesse em ter a guarda, será, então, fixada a modalidade unilateral, que abarca apenas um dos genitores, estabelecendo um regime de visitas para o outro. Destaca-se que isso ocorre quando ambos os pais optam por este tipo de custódia.

No entanto, caso haja alguma circunstância que desabone a manutenção da guarda com um dos genitores, ainda que não seja de forma consensual, poderá o juiz regulamentar a guarda em sua modalidade unilateral.

De acordo com os artigos 1.583, § 3º, e 1.589 do Código Civil (BRASIL, 2002), é dever do genitor que não obtém a guarda do menor, fiscalizar o interesse de seu filho, bem como supervisionar sua manutenção e educação.

Esse modelo de guarda foi aplicado durante muitos anos, quando se entendia que a ruptura da relação conjugal deveria trazer consigo a completa mudança da convivência dos filhos com os pais, fixando a guarda dos menores em favor de apenas um genitor, enquanto o outro terá apenas direito de visitação (MARX NETO; MAFRA, 2015, p. 231).

Segundo Maria Berenice Dias (2013, 458-459),

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.

A custódia unipessoal possui maiores chances de acarretar em uma insatisfação do genitor que não possui a guarda, uma vez que a convivência é sempre marcada com uma certa antecendência, como se fosse um compromisso com hora marcada, não havendo espontaneidade de ambas as partes (DIAS, 2013, p. 459).

Além disso, com a ruptura da sociedade conjugal e a fixação da guarda unilateral, notou-se que surgia o problema da alienação parental ocasionada por um dos genitores, o que causava danos psicológicos ao menor, difíceis de se reparar (MASSENA; TOALDO, 2016, p. 36).

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 684),

Em tempos mais recentes, porém, lastreado na necessária visão interdisciplinar do fenômeno familiar, o Direito das Famílias, contemporâneo vem (re)conhecendo uma nova compreensão da matéria, com o propósito de respeitar a tábua axiológica constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade) e a proteção integral infanto-juvenil, garantida constitucionalmente.

Assim, o legislador deixou de estabelecer a guarda unilateral como regra, alvorecendo a guarda compartilhada, modelo que será tratado no próximo tópico.

2.2 Guarda compartilhada

O sistema da guarda compartilhada, consoante disserta Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles (*apud*, FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 693), apesar da dissolução do vínculo matrimonial, mantém

O exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança. Quando se fala em guarda em conjunta, deseja-se, realmente, o exercício em comum da autoridade parental em sua totalidade. A noção de guarda compartilhada consiste no exercício comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas relativas e necessárias à pessoa da criança, fazendo os pais adaptarem-se a novas posições e/ou situações, até então não acordadas previamente.

Em que pese a convivência com ambos os pais, tal questão não pressupõe que o menor tenha duas residências, ao contrário, o menor terá como residência fixa

apenas um domicílio, podendo ser da mãe ou do pai, mas frequentará os dois lares estabelecendo laços de convivência com ambos os genitores.

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.698/2008, sendo definida pela “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam mais sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A Lei 13.058 (BRASIL, 2014), posteriormente, incluiu o parágrafo 2º ao art. 1.583 do Código Civil, estabelecendo que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Sendo assim, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece dois modelos de guarda compartilhada, uma regulada pela Lei 11.698 (BRASIL, 2008), que é a guarda compartilhada legal, na qual ambos os genitores exercem o poder familiar de forma igualitária, tomando decisões relevantes no que tange à vida do menor, de uma forma que isto não importe na divisão do tempo de convivência dos pais com o menor. Já o outro modelo é a guarda compartilhada física, da Lei 13.058 (BRASIL, 2014), que estabelece que o menor terá o tempo de convívio equilibrado entre os genitores, residindo com ambos (MADALENO, 2016, p. 173).

Existem doutrinadores que defendem que a guarda compartilhada física se tornou a regra geral do ordenamento jurídico, em caso que não houver acordo entre os pais e ausentes os requisitos capazes de desabonar um dos genitores do exercício da guarda do menor.

Todavia, ao analisar a Lei 13.058/2014, observa-se que esta

Não pormenorizou e certamente nem poderia estabelecer os diferentes modos de exercício do poder familiar, pois inviável ordenar em texto de lei as tarefas parentais a serem assumidas de parte de cada progenitor, assim como inimaginável pudesse o legislador organizar previamente a repartição equilibrada do tempo de convivência dos pais, e também pouco solucionar por decreto legal o domicílio do menor coma atribuição de uma residência primária ou de referência e muito menos regulamentar cortes automáticos

de alimentos em razão da divisão equilibrada do tempo dos filhos convivendo com seus pais (MADALENO, 2016, p. 174-175).

As leis são incapazes de tratar de todas as situações possíveis dos arranjos familiares, em razão da complexidade inerente ao próprio ambiente familiar, jamais alcançando sua efetiva atuação em cada caso concreto, isso porque, cada família tem suas necessidades específicas e merece uma análise exclusiva, levando em conta a singularidade de cada contexto.

Entretanto, não há como negar que as legislações buscam ampliar a atuação dos pais na guarda de seus filhos, objetivando uma melhor distribuição da convivência em que seja possível ambos os genitores participarem do desenvolvimento do menor em igualdade de condições.

A ampliação da convivência é a consolidação do princípio da solidariedade familiar, de matriz constitucional, bem como dos vetores axiológicos ligados à afetividade.

Consoante leciona Bruna Lyra Duque e Leticia Durval Leite (2015, p. 297),

As resoluções dos conflitos familiares pautadas na tentativa de reconstruir o convívio sadio entre as partes e preservar os interesses de todos os integrantes da família, principalmente os sujeitos vulneráveis, se colocam como alternativas efetivas ao lado da interpretação dos deveres fundamentais nas relações privadas para solucionar controvérsias de relações humanas, afetivas e continuadas.

Assim, ao analisar conjuntamente as duas legislações que tratam de diferentes modelos de guarda compartilhada, se enxergará uma infinidade de formas da custódia compartilhada, porém todas essas devem distribuir o tempo de convivência com os genitores atendendo o melhor interesse do menor, de forma que este tenha uma referência espacial, isto é, uma referência fixa (MADALENO, 2016, p. 173).

A aplicação da guarda compartilhada, então, deve ser maleável de uma forma que se adeque a cada caso concreto, fazendo com que sua passagem da teoria para a prática se torne um pouco menos complicada, uma vez que cada família funciona de uma forma diferente, não existindo uma fórmula perfeita que se aplique a todas.

2.3 Guarda alternada

A guarda alternada apesar de não estar estabelecida na legislação brasileira, é aceita pela jurisprudência pátria, apesar de sua aplicação ser de difícil acesso, visto que geralmente é aplicada por meio de acordo entabulado entre as partes.

Já está consolidado o entendimento de que o compartilhamento da guarda não pressupõe na alternância de convívio, assim, guarda compartilhada e alternada são modelos diferentes, uma vez que aquela não estabelece que o menor terá duas residências, alternando entre essas, e sim garante que o menor terá uma residência fixa e terá sua guarda exercida por ambos os genitores, que tomarão decisões referentes à vida do menor em conjunto (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 684).

De acordo com Conrado (*apud*, MADALENO, 2016, p. 101), a custódia alternada é caracterizada

Pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser de um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada do dia a dia e, conseqüentemente, durante este período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integral o poder parental.

Assim, nesse tipo de custódia há uma pluralidade de residências para o menor, uma vez que ambos os pais exercem a guarda por períodos de tempo alternado, sendo vista como se fosse exercida dois guardas unilaterais e exclusivas para um único filho.

Há na doutrina muitas críticas a este tipo de guarda, isso porque, de acordo com Fraçoise Dolto (*apud*, MADALENO, 2016, p. 102), a alternância obrigatória de residência estabelecida pela mesma é uma situação

Insuportável para as crianças que ainda não possuem maturidade suficiente e nem estrutura psicológico para compreender os fatos, sendo a reação mais comum o desenvolvimento da passividade no caráter da criança que perde o gosto pela iniciativa, tanto no ambiente escolar quanto do ponto de vista das brincadeiras. Outro ponto negativo da guarda alternada é que, quando presente uma animosidade entre eles, facilita o conflito dos genitores, pois, em função das rotineiras trocas de guarda, os genitores

acabam se encontrando com uma frequência maior, e neste verdadeiro vai-e-vem dos filhos, há também uma tendência naqueles casais conflituoso de culpar o ex-cônjuge por todo e qualquer acontecimento e fugir da própria responsabilidade, com mudanças no cronograma de última hora devido aos seus interesses particulares.

Nesse contexto, a guarda alternada acaba por atender os interesses dos pais, não estando em consonância com o princípio do melhor interesse do menor, uma vez que não atende efetivamente aos direitos do mesmo. Muito mais do que beneficiar o interesse de um genitor ou de outro, o que deve ser observado é o interesse e bem-estar das crianças e adolescentes, que não podem ser vítimas de um conflito conjugal dos pais e que acabam sendo prejudicados com a ausência da harmonia necessária para o seu saudável desenvolvimento.

É evidente, no entanto, que a melhor opção para o menor é a convivência amistosa dos genitores, sendo flagrante que a presente modalidade, consoante explanado por Levy (2008, p. 60), denota o "reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e de espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança".

Nessa toada, nota-se, ainda, que a guarda alternada vai de encontro ao princípio da afetividade, eis que ausência do equilíbrio consensual esperado no desempenho das atividades atinentes à criação dos filhos acaba por prejudicar o desenvolvimento deles. O egoísmo disfarçado de amor exclui a possibilidade de que a afetividade seja exercida em plenitude.

3 GUARDA COMPARTILHADA E MELHOR INTERESSE DO MENOR

A guarda compartilhada foi estabelecida como regra pelo Código Civil, objetivando atender o melhor interesse do menor, na medida em que busca maior convívio dos pais com o filho mesmo após a separação.

Entretanto, para que o seu escopo seja atendido, a situação fática deve estar propícia à aplicação de um modelo que exige o mínimo de diálogo entre os progenitores, o que na realidade não ocorre em alguns casos em que a separação é acompanhada de certas mágoas e ausência de maturidade de ambas as partes.

Alguns doutrinadores, inclusive, entendem que estabelecer a guarda compartilhada para menores cujos pais não estão preparados para lidar com a mesma, pode ocasionar o efeito reverso ao pretendido, causando tamanhos prejuízos psicológicos ao menor (SOLDÁ; MARTINS, 2010, p. 149).

Consoante entendimento de Maria Clara Sottomayor (apud, MADALENO; MADALENO, 2016, p. 214), deve-se levar em consideração os resultados de pesquisas científicas sobre cada caso e não considerações gerais ao fixar a guarda, pois estas não compreendem o verdadeiro interesse da criança ou adolescente.

Dessa forma, para que o tal modelo de custódia atenda o seu objetivo principal, isto é, a prevalência do melhor interesse do menor, devem ser analisadas as questões que serão tratadas a seguir, na esperança de uma resposta mais eficaz do judiciário quanto ao tema.

3.1 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada estabelecida pela Lei 13.058 (BRASIL, 2014) como regra do ordenamento jurídico pátrio, não está acompanhada de pressupostos a serem analisados no momento de sua aplicação, de forma que sua aplicação permite maior discricionariedade judicial.

Foi determinado que nos casos em que não houver acordo entre os genitores, bem como encontrando-se ambos aptos a exercer a guarda do menor, deve ser fixada a guarda compartilhada do filho (SANTOS, 2018, p. 268). Ou seja, a guarda compartilhada apenas não será fixada caso um dos genitores declare que não deseja a guarda do menor ou quando for possível constatar a impossibilidade de um dos pais exercer o poder familiar.

Assim, a lei supramencionada passa a impressão de que o modelo de guarda em questão deve ser aplicado independente da capacidade de diálogo dos pais, mesmo que a cooperação entre os mesmos seja essencial na guarda compartilhada, inclusive para se preservar o melhor interesse do menor.

Em que pese a ausência destes critérios na legislação, é sabido com a experiência e de acordo com a opinião de profissionais da psicologia que a guarda compartilhada requer a análise de certos critérios antes que a mesma seja estabelecida (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 187).

Ao falar dos pressupostos que devem ser observados ao fixar este modelo de custódia, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2016, p. 187) destacam que há valores que a guarda compartilhada não pode dispensar, sendo estes

os vínculos de afeto e de afinidade existentes entre os filhos e seus progenitores ou guardiães. Atitudes objetivas dos pais para garantir o bem-estar dos filhos em um saudável e protetivo ambiente familiar; atitudes de cooperação dos pais para assegurar a estabilidade emocional dos filhos; tempo disponível para dedicação; ser auscultada sempre a opinião do menor sobre a forma de convivência e de visitação; residências adequadas para acolhimento dos filhos e disposição de horários para atender a prole, são itens que servirão como um bom termômetro da garantia de êxito da função da guarda, assim como a existência anterior à dissolução da vida do casal, de colaboração entre os progenitores com relação aos seus filhos, a fim de que a custódia compartilhada não seja uma novidade difícil de assumir pelo ascendente que nunca havia participado diretamente das tarefas e cuidados dos seus filhos.

Nesse sentido, é possível identificar que entre os pressupostos encontra-se a afinidade e predisposição que os progenitores devem ter ao definir os cuidados diários com seus filhos, devendo também ser alcançada, de algum modo, afinidade

dos pais com o seu filho, de forma que sua dedicação diária ao menor não se torne uma tarefa árdua (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 187).

Deve ser observado, também, a maturidade com que os pais conduzem a relação entre si, eis que fundamental que haja diálogo e respeito para decidirem como melhor conduzir o desenvolvimento saudável do menor, de modo a exercer a guarda compartilhada atendendo ao melhor interesse da criança, uma vez que na custódia compartilhada as decisões concernentes aos menores devem ser tomadas conjunto (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 189).

Ademais, o tempo de permanência dos menores com cada genitor deve ser respeitado, bem como se espera que ambos os pais se apoiem no exercício do poder familiar, se respeitando e não tentando suprimir a autoridade do outro (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 189).

Para efeito prático da presente custódia é importante levar em consideração a proximidade geográfica, quando não for adotado o modelo com uma residência exclusiva para o menor, isso porque certas distâncias podem trazer certos prejuízos ao menor como a ausência de pontos de referência. Mais do que isso, distâncias muito longas podem ser cansativas e desgastantes (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 190).

Entretanto, não se afirma aqui que quando houver uma considerável distância entre as residências dos progenitores a guarda compartilhada não poderá ser fixada, o que se busca, na verdade, é que em casos com tal questão, haja maleabilidade na alternância de períodos, podendo ser mais extensos, a título de exemplo (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 190).

Outro ponto importante a ser analisado é a conciliação da vida profissional com a familiar que visa permitir que ambos os pais tenham iguais deveres perante os menores, mas que ao mesmo tempo também tenham direito a uma vida social, bem como exercerem efetivamente seus deveres profissionais, devendo buscar sempre um equilíbrio de responsabilidades (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 192).

Ao fixar a guarda compartilhada, a Lei 13.058/2014, apesar de esclarecer que o tempo dos pais com seu filho deverá ser repartido de forma equilibrada, não estabelece o tempo que o menor deverá ficar com cada genitor ou até mesmo onde será fixado o lugar físico que o menor terá como referência, se terá um genitor visto como principal.

Entretanto em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi fixada a guarda compartilhada, todavia,

sem divisão equilibrada de tempo de permanência do pai e da mãe com a prole, mas numa fórmula em que ambos os genitores se encarregam de maneira conjunta, periódica ou rotativa dos cuidados dos filhos, sem que eles pernoitem ou passem parte importante do dia na casa de cada um de seus pais, mas, acatando o acórdão um regime de finais de semana alternados e de um pernoite semanal, indicado no aresto o dia das quartas-feiras e compreendendo como compartilhamento da custódia a assunção em igualdade de condições, das responsabilidades no direcionamento da criação e educação do filho, detendo os mesmos direitos e deveres em relação ao filho, deixando o genitor de figurar apenas como um coadjuvante na sua criação, ideia que aparece claramente pelas condutas mantidas pelos pais, ficando ultrapassada a concepção de que um dos genitores “é mais pai/mãe que outro” (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 193).

O presente julgado tem sua importância reconhecida na medida em que se verifica que o compartilhamento da guarda vai além da distribuição igualitária do convívio dos pais com o menor, devendo ser projetada de uma forma que verdadeiramente atenda o melhor interesse da criança ou adolescente, possibilitando que as decisões do cotidiano sejam tomadas em conjunto sem a necessidade de uma contínua alternância de posse entre os pais.

Nessa esteira, ao estabelecer um fator físico, como uma residência principal para o menor, deve-se levar em consideração qual dos genitores dedica maior parte do seu tempo aos menores, bem como com qual deles a criança ou adolescente possui maior afetividade para que seja possível ter uma figura primária de referência com quem o menor residirá, sem que a participação do outro genitor seja prejudicada.

3.2 ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA

Um dos pontos mais polêmicos da guarda compartilhada é a sua imposição obrigatória realizada pelo legislador, uma vez que permite a sua aplicação até mesmo quando os pais não possuem maturidade para dialogar a respeito de decisões a serem tomadas quanto aos seus filhos.

Quando há a ruptura dos vínculos conjugais certos ex-casais não conseguem se relacionar de forma civilizada, uma vez que carregam as mágoas causadas com o fim do relacionamento, buscando, inclusive, algumas vezes usar o próprio filho para atingir o outro (GRISARD FILHO, 2011, p. 94).

Assim, com o rigoroso cumprimento da lei, isto é, estabelecendo a guarda compartilhada física mesmo em casos em que não há consenso entre os ex-cônjuges, pode ensejar sérios prejuízos psicológicos à criança e ao adolescente (TOALDO; MASSENA, 2016, p. 44).

De acordo com Toaldo e Massena (2016, p. 45),

Compartilhar a guarda entre os genitores que não possuem condições de lidar com seus conflitos pessoais sem envolver os filhos, sem que ambos estejam preparados para resolver isoladamente as questões referentes aos seus filhos e as questões referentes ao fim da relação conjugal é expor os filhos a novos conflitos e um ambiente desarmonioso, além de não atender a um dos principais objetivos da guarda compartilhada: preservar o melhor interesse do infante.

O objetivo da guarda compartilhada é justamente que o ex-casal consiga manter uma dinâmica de criação do menor parecida com a que já existia antes da separação, então por óbvio que diante da ausência de diálogo não há que se falar em guarda compartilhada (SANTOS, 2018, p. 287).

Apesar de tal instituto ser estabelecido como regra, deve ser analisado cada caso particularmente, observando qual é o modelo que se adapta melhor à realidade de cada família e ao melhor interesse do menor, isso porque, na medida em que nenhuma família funciona da mesma forma, não há que se impor um modelo que teoricamente se enquadra a todas.

Nesse sentido, o ideal é que cada caso seja estudado antes que se fixe qualquer tipo de custódia, devendo ser determinado pelo juiz a realização de Estudo Social a ser feito pela Equipe Multidisciplinar, a fim de que se entenda de uma maneira mais cristalina as verdadeiras particularidades da família.

Ademais, já está superado o entendimento de que a guarda compartilhada obrigatória é a física, isto é, aquela em que a divisão igualitária da convivência dos genitores com o menor, uma vez que restou comprovado que esta ocasiona contínuos litígios, além de se tornar um fardo para os menores que viverão em eterno trânsito de uma casa para outra.

Judith Wallerstein e Joan B. Kelly (*apud*, MADALENO; MADALENO, 2016, p. 227-228) concluíram por meio de seus estudos que é

Razoável considerar uma custódia conjunta como modo de compartilhar a responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos, vendo muitos, de forma equivocada, na custódia física conjunta uma exigência rígida de divisão do tempo da criança como uma base igual de cinquenta-cinquenta, quando de fato a custódia física pode assumir muitas formas e os pais podem negociar ou modificar uma divisão de tempo levando em conta as necessidades dos adultos e das crianças, conciliando as tarefas pessoais dos genitores, sua disponibilidade de tempo e de efetiva dedicação, tudo acordado com as expectativas dos filhos, que não podem ser pêndulos das obsessões desenfreadas dos seus pais.

Portanto, independente da forma de distribuição da convivência, quando se trata de custódia compartilhada devem ser analisados os critérios apresentados, especialmente a capacidade de cooperação e diálogo entre os genitores.

3.3 INTERVENÇÃO JUDICIAL

O magistrado ao observar que não há acordo entre os genitores e que ambos estão aptos a exercer a guarda do menor, deve fixar a guarda compartilhada, não cabendo nenhum outro modelo.

Entretanto, a intervenção do judiciário em questões familiares deve ser realizada com muito cautela, uma vez que afetará consideravelmente a vida dos genitores e principalmente do menor, que será o maior prejudicado no caso de aplicação de um modelo falho, que não atenda ao que se propõe (LEIRIA, 2012, p. 101).

Consoante o entendimento de Richard Gardner (*apud*, MADALENO; MADALENO, 2016, p. 204),

Uma decisão a respeito da guarda conjunta pode evitar aos juízes uma difícil e complexa tarefa de averiguação dos fatos e oferece ao julgador uma resolução judicial aparentemente benevolente, sendo certamente mais fácil para o magistrado oferecer a guarda compartilhada do que deliberar sobre todos os fatos que envolvem uma guarda conflituosa, e juízes que contornam estes desafios justificam frequentemente a sua ação considerando eles mesmos o seu pensamento moderno e avançado.

Tal aplicação automática da guarda compartilhada, sem muitas análises pode causar certos prejuízos aos menores, que sofrerão impactos diários provenientes de uma decisão supostamente irresponsável, podendo, inclusive, acarretar em um aumento da chance dos filhos serem usados como forma de afetar um ao outro, já que ambos têm igual poder de decisão sobre a prole.

Assim, a fim de que seja atendido o melhor interesse do menor é necessário um intenso trabalho das Varas de Família com a ajuda do Ministério Público e da Equipe Multidisciplinar, buscando a conscientização dos pais, bem como estudando particularmente cada caso para entender qual modelo de guarda se encaixa melhor.

Sem dúvida, a guarda compartilhada oferece inúmeras vantagens para o menor, possibilitando maior convívio com ambos os pais, todavia, para que as vantagens prevaleçam esta exige certo amadurecimento dos progenitores, capazes de manter um diálogo ao decidir questões concernentes ao filho.

Há uma tendência do Poder Judiciário em aplicar tal modelo de guarda até mesmo em casos conflituosos, sem analisar as particularidades de cada família, determinar que seja realizado um Estudo Social ou até mesmo buscar a conscientização dos pais.

Nesses casos em que o conflito entre os pais ainda existe, determinada situação pode buscar solução através de seguidas sessões de mediação a serem designadas pelo Juiz, objetivando, assim, que sejam trabalhados tais conflitos com profissionais treinados para tanto, até mesmo para que não sejam transferidas para o menor as angústias do ex-casal (SOLDÁ; MARTINS, 2010, P. 150-151).

O magistrado que lida com o Direito de Família deve estar sempre amparado dos profissionais supracitados para auxiliá-lo na decisão desta questão tão complexa, como a guarda do menor, não havendo razão para a atribuição de uma guarda compartilhada de forma obrigatória sem antes estudar profundamente as particularidades de cada família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou que a guarda compartilhada, regra do ordenamento jurídico brasileiro atual, vai muito além de apenas garantir ao filho o maior convívio com ambos os genitores, que, por sua vez, passarão a decidir em igualdade de condições as questões atinentes ao desenvolvimento daquele. A guarda compartilhada deverá ser fixada apenas quando os interesses do menor estiverem sendo observados, de modo que a imposição legal não seja, a depender do caso, um retrocesso ao que se propõe.

No primeiro capítulo foi abordado o contexto histórico do Direito de Família com as mudanças sofridas pela sociedade através do advento do Estatuto da Mulher Casada que proporcionou para as mulheres uma condição de igualdade perante aos homens e com a Constituição da República de 1988 que consagrou princípios fundamentais.

Os princípios trazidos pela Carta Magna são essenciais para o Direito de Família na medida em que proporcionam uma revolução paradigmática, qual seja, a interpretação das leis deve ser feita baseada nos princípios fundamentais para que essas possam ter uma aplicação mais justa.

Entretanto, apesar de muitos princípios constitucionais se relacionarem com o direito de família, o presente estudo se baseou em três basilares quando se trata de guarda de menor, sendo estes a afetividade, a parentalidade responsável e o melhor interesse do menor.

No segundo capítulo se fez necessário abordar sobre o conceito de guarda, que é dever de proteção e custódia que devem ser prestadas pelos pais aos seus, bem como a evolução desse conceito ao longo dos últimos anos com a mudança da sociedade e da legislação que buscou se adequar ao seu tempo.

Os principais modelos de guarda foram analisados, demonstrando-se que a compartilhada, atualmente, é a regra do ordenamento jurídico pátrio, buscando

diminuir os problemas observados na guarda unilateral, como a insatisfação do genitor que não detém a guarda e a alienação parental.

No último capítulo, a guarda compartilhada e o melhor interesse do menor foram analisados concomitantemente, desenvolvendo o entendimento de que para que tal modelo de guarda realmente atenda o melhor interesse da criança e do adolescente, deve se enquadrar na situação fática de cada família.

Cada família tem sua realidade, não havendo razoabilidade de se estabelecer um regime obrigatório que supostamente atenderia a todas as famílias. Mais do que isso, uma vez que a guarda compartilhada exige que questões relativas ao menor devam ser decididas por ambos os genitores em conjunto, por óbvio que ela não pode ser estabelecida num contexto em que os progenitores não conseguem chegar a um consenso.

Apesar de a legislação não trazer critérios para a aplicação desse modelo de custódia, devem ser analisados critérios essenciais trazidos por doutrinadores e estudiosos, como, especialmente, o consenso e a cooperação dos pais.

A guarda compartilhada apresenta também inúmeras vantagens, uma vez que possibilita maior contato entre o menor e ambos os genitores, não podendo ser tratada como de toda ruim, o que se sugere é que o magistrado competente seja mais cauteloso ao tratar de assuntos concernentes à custódia do menor.

Para que a guarda compartilhada atenda o seu real escopo, qual seja, o melhor interesse do menor, deve ser feito um trabalho em conjunto do Magistrado, com o Ministério Público e com a Equipe Multidisciplinar, conscientizando os pais da importância da cooperação entre eles, bem como realizando um Estudo Social para que se entenda melhor a realidade de cada família e então possa visualizar qual é o modelo de guarda que melhor se enquadra, destacando como deve se desenvolver no dia a dia do menor até que alcance sua maioridade.

Já nos casos em que haja conflito expresso entre os genitores, podem ser designadas sessões de mediação com profissionais (mediadores), para que tais

problemas sejam trabalhados e não transferidos para o menor, o que poderia causar tamanhos problemas psicológicos para o mesmo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 de jun. 2018.

_____. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 15 de out. 2018

_____. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**.

Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 28 de ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Bruna Lyra; LEITE, Leticia Durval. A alienação parental sob a perspectiva do dever fundamental de afeto a psicologia. **Revista de Artigos**: 1ª Jornada Científica do Fórum de Assistentes Sociais e Psicólogos do Poder Judiciário do Espírito Santo. p. 293-298

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. Aspectos polêmicos da guarda compartilhada. **Revista Síntese Direito de Família**. v. 12. n. 63. São Paulo: Síntese, dez./jan. 2011.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Guarda Compartilhada – A difícil passagem da teoria à prática: a realidade da Lei nº 11.698/2008. **Revista Síntese Direito de Família**. v. 13, n. 170. p. 91-106. São Paulo: Síntese, fev./mar. 2012.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARX NETO, Edgard Audomar; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Guarda compartilhada: entre o superior interesse da criança e as responsabilidades parentais. **Revista de Direito de Família e Sucessão**. v. 2. n. 1. p. 220-237. Minas Gerais: Organização Comitê Científico, jul./dez. 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MASSENA, Mariani Duarte; TOALDO, Adriani Medianeira. A preservação do melhor interesse da criança e do adolescente na guarda compartilhada: ineficácia de sua imposição obrigatória. **Revista Síntese Direito de Família**. v. 17. n. 97. p. 35-47. São Paulo: Síntese, ago./set. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, FLAVIA. **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008).

SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Crítica à estipulação da guarda compartilhada como regra: reflexão sobre o convívio equilibrado e a tutela do menor. **Revista dos Tribunais**. vol. 989. ano 107. p. 267-288. São Paulo: Ed. RT, março 2018.

SOLDÁ, Angela Maria; MARTINS, Paulo César Ribeiro. A nova lei da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança. **Revista Jurídica UNIGRAN** / Centro Universitário da Grande Dourados. v. 12. n. 23. Dourados: UNIGRAN, 2010.