

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ
CURSO DE DIREITO

JÉSSICA SENA DE SOUZA

**GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE À LUZ DO
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

SANTA RITA

2017

JÉSSICA SENA DE SOUZA

**GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE À LUZ DO
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba - UFPB, como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Robson Antônio de
Medeiros

SANTA RITA

2017

Souza, Jéssica Sena de.

S719g Guarda Compartilhada: análise de sua aplicabilidade à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente / Jéssica Sena de Souza – Santa Rita, 2017.
54f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.
Orientador: Prof^o. Dr. Robson Antão de Medeiros.

1. Poder Familiar. 2. Guarda Compartilhada. 3. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. 4. Convívio Familiar. 5. Aplicabilidade. I. Medeiros, Robson Antão. II. Título.

JÉSSICA SENA DE SOUZA

**GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE À LUZ DO
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 16/05/2017

Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros
(Orientador)

Prof. Esp. Adriana dos Santos Ormond

Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Tereza Maria de Sena e Jerônimo de Souza, que são o maior exemplo de vitória que tenho nessa vida, por todo amor, apoio e incentivo durante todos esses anos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por se fazer constantemente presente em minha vida com seu infinito amor, sempre renovando minhas forças e me dando discernimento para enfrentar as dificuldades.

Dedico especial agradecimento aos meus pais, Jerônimo de Souza e Tereza Maria de Sena, pelo amor incondicional, por nunca medirem esforços para me dar o melhor, sempre me orientando e mostrando o melhor caminho a seguir. Mesmo quando distantes, vocês estão presentes em minha vida. Todas as minhas conquistas sempre serão dedicadas a vocês!

Agradeço imensamente à minha avó paterna, Francisca Sabino de Souza, que também é minha segunda mãe, por todo cuidado e dedicação desde o meu nascimento. Apesar de não ter tido oportunidade de estudar, sempre fez o possível e o impossível para dar esta oportunidade aos seus filhos e netos.

Aos meus irmãos, Alysson Jerônimo Sena de Souza, João Vitor Fernandes de Souza e Jerônimo de Souza Filho, que tanto me ensinam e fazem com que meus dias sejam mais felizes. Amo vocês!

Ao meu tio, Paulo Ribeiro da Silva, por ser meu amigo, intercessor e responsável também pela minha formação cristã, por todo amor, apoio e carinho, sempre estendendo as mãos nos momentos em que preciso.

À minha amiga Bianca Stella Matias de Araújo, que está comigo desde o ensino médio, sou grata por cada momento compartilhado durante todos esses anos e pelo apoio constante.

A Sandro Jurema de Lima, pela paciência, amor e companheirismo demonstrados diariamente, por nunca medir esforços para fazer parte de todos os momentos da minha vida, vibrando com minhas conquistas e me ajudando a atravessar cada momento difícil.

Aos amigos “queridinhos”, que estiveram comigo durante esta jornada, sou grata pela amizade e pelos momentos de descontração e aprendizado compartilhados. Aos amigos do “qual a boa?”, por cada momento de alegria proporcionado e pelo carinho demonstrado das mais variadas formas. Aos irmãos e amigos da Comunidade Doce Mãe de Deus por todas as orações e aconselhamentos.

Agradeço ainda ao professor Dr. Robson Antão, exemplo de pessoa e profissional, por aceitar participar da construção desse trabalho, se mostrando sempre solícito para sanar todas as minhas dúvidas e transmitindo tranquilidade nos momentos em que as coisas não saíam conforme o planejado.

Carrego comigo a certeza de que sem vocês tudo teria sido mais difícil.

RESUMO

O exercício do Poder familiar é previsto constitucionalmente e atribuí a ambos os genitores o dever de desempenhá-lo em igualdade de condições, independentemente da situação conjugal que se encontrem, pois esta competência decorre da paternidade e não do casamento. A guarda compartilhada surge especialmente com o objetivo de garantir que os pais continuem exercendo conjuntamente o poder familiar sobre seus filhos, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, e que os filhos permaneçam usufruindo do convívio e cuidados de seus genitores, fatores imprescindíveis para sua formação e desenvolvimento saudável. A partir da doutrina da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu alguns princípios responsáveis por orientar o julgador acerca de conflitos que envolvam crianças e adolescentes, instituindo a necessidade deste analisar o caso concreto procurando decidir da melhor forma possível para atender os direitos desses indivíduos. Pretende-se, portanto, analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada como instituto garantidor do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, demonstrando sua importância e como vem sendo aplicada, através da técnica de coleta de dados tanto bibliográfica quanto exploratória, de modo a verificar sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Poder familiar. Guarda compartilhada. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Convívio familiar. Aplicabilidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
atual.	Atualizada
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CRAS	Centro de Referência de Assistência Social
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ed.	Edição
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MP	Ministério Público
nº	Número
p.	Página
RESP	Recurso Especial
rev.	Revisada
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
v.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO	10
2.1 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA.....	10
2.2 ASPECTOS GERAIS E NATUREZA JURÍDICA	12
2.3 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	16
3 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS NO DIREITO BRASILEIRO.....	21
3.1 CONCEITO	21
3.2 ORIGEM E REGULAMENTAÇÃO.....	24
3.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	30
4 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	33
4.1 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	33
4.2 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proporcionou consideráveis mudanças de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro, alcançando, conseqüentemente, a legislação das crianças e adolescentes, que até então, não eram considerados sujeitos de direitos.

Ao estabelecer a doutrina da proteção integral, foram assegurados os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, dentre eles, o direito à convivência familiar. Com o surgimento do Estatuto da criança e do adolescente, houve a regulamentação e a ampliação dos direitos infanto-juvenis, dando ênfase à importância que a família possui na formação desses indivíduos, bem como destacando a primordialidade do melhor interesse destes prevalecerem sobre quaisquer outros diante de um conflito, tendo em vista a vulnerabilidade de sua condição de indivíduo em desenvolvimento.

A guarda compartilhada surgiu a partir da preocupação do legislador em regulamentar a modalidade de guarda que melhor garantisse a permanência da convivência familiar, prerrogativa fundamental para a formação do indivíduo. Inicialmente não era obrigatória, podendo ser requerida por um dos genitores quando houvesse consenso ou estabelecida pelo juiz. No entanto, o advento da Lei 13.058/2014 proporcionou algumas alterações na legislação, dentre elas, estabeleceu que o tempo de convívio com os filhos será proporcional, visando sempre atender os interesses da criança ou adolescente, além de garantir a igualdade entre homens e mulheres no tocante ao exercício e responsabilidades advindas do poder familiar.

Ocorre que, após as alterações trazidas pela nova lei da guarda compartilhada, momento em que esta modalidade se tornou uma determinação jurídica, houve a necessidade de analisar se realmente deve ser estabelecida em toda e qualquer situação, bastando, para tanto, que os seus genitores ou responsáveis desejem a guarda da criança ou adolescente e estejam aptos a exercer o poder familiar.

Outra discussão gira em torno da concessão da guarda compartilhada independentemente de haver consenso entre os genitores, pois alguns doutrinadores se apresentam contrários a esta possibilidade, por entenderem que na impossibilidade de acordo quanto à guarda dos filhos, esta modalidade não seria a ideal.

A motivação jurídico-social deste trabalho reside na importância da busca pela efetivação das garantias e dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, de modo a verificar, através das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, como o ordenamento jurídico

brasileiro tem se posicionado ao conceder a modalidade de guarda compartilhada e se estas decisões atendem, de fato, ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Como o instituto da guarda compartilhada abrange uma série de complexidades, pois as relações familiares não são entendidas isoladamente, o presente estudo será abordado através do método dialético, na medida em que será realizada uma interpretação dinâmica, bem como a análise dos conflitos e contradições que envolvem o tema, visando à obtenção de resultados contextualizados.

Para tanto, serão utilizados, concomitantemente, os métodos de procedimento interpretativo e comparativo, diante da necessidade de interpretação de teses doutrinárias, legislação pertinente, e o seu estudo comparativo.

Quanto à técnica de pesquisa empregada, será a documental indireta, que envolve a pesquisa tanto bibliográfica quanto documental, utilizando artigos científicos, dissertações, teses, entre outros, bem como a exploratória, por meio da qual buscará a análise de dados e o estudo de caso.

Dentro do quadro proposto, o estudo será dividido em três capítulos, com o intuito de proporcionar maior compreensão do tema abordado.

No primeiro capítulo, serão abordadas as diversas transformações pelas quais o poder familiar passou até chegar ao que atualmente se encontra previsto na Constituição Federal/88. Ademais, será realizada a análise dos aspectos gerais e natureza jurídica, bem como as hipóteses de suspensão, perda e extinção do poder familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo se propõe a estudar o instituto da guarda compartilhada partindo da análise de sua conceituação, origem e regulamentação, com a finalidade de verificar a importância que esta modalidade de guarda possui na garantia do direito à permanência do convívio familiar, na igualdade de gênero quanto às responsabilidades para com os filhos, visando sempre o melhor interesse destes, além de diferenciá-la da guarda alternada, para que não parem dúvidas sobre aquela modalidade. Também serão apresentados os requisitos legais necessários para a sua concessão, debate fundamental para a pesquisa.

Por fim, no terceiro capítulo será constatada a importância da efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na concessão da guarda compartilhada. Além disso, a análise dos posicionamentos adotados pelos Tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça serão de grande valia para compreender como, diante de um caso concreto, o instituto da guarda compartilhada vem sendo aplicado de modo a assegurar a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que atua como orientador.

2 O PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

Com o passar dos tempos, a concepção de poder familiar passou por diversas transformações até que os pais se tornassem paritariamente responsáveis por tudo que envolve a vida de seus filhos.

Conforme será analisado, diferentemente da forma que foi concebido, o exercício do poder familiar é previsto na Constituição Federal e preocupa-se essencialmente em garantir que os filhos possam usufruir do convívio, cuidados e proteção de ambos os genitores, fatores primordiais para seu bom desenvolvimento.

Apesar do poder familiar ser considerado intransferível, vez que nasce com a maternidade e a paternidade, caso um ou ambos os genitores utilizem desta atribuição e atuem de forma que destoem do seu real sentido, o poder familiar poderá ser destituído por meio das modalidades de perda, extinção ou suspensão, que serão aplicadas a depender dos atos praticados, como forma de proteger as crianças e os adolescentes de possíveis abusos. O poder familiar encontra-se delineado nesse capítulo, debate fundamental para compreender a importância do instituto da guarda compartilhada.

2.1 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA

A família foi um dos principais institutos que se alteraram no decorrer da história. As modificações estão diretamente relacionadas a fatores de ordem cultural, religiosa, econômica e até mesmo política, experimentadas pelas mais diversas sociedades.

O Pátrio Poder, atualmente denominado poder familiar ou pátrio dever, nasceu no *patria potestas* do Direito Romano e visava apenas o interesse do chefe da família, de modo que a lei concebia ao pai o direito sobre a vida e morte do filho.

Dessa forma, Ana Carolina Silveira explica que além de conduzir a religião perante todo o grupo familiar, estabelecendo a disciplina e a ordem que deveria sempre ser obedecida, ao pater era permitido, inclusive, punir, vender e matar os membros de seu clã, embora a história não noticie que chegasse a este extremo.¹

Quanto ao poder familiar exercido sobre a esposa, Maria Quintas afirma que o *pater familias* exercia o *manus*, ou *potestas maritalis*, que era análogo ao *patria potestas*, não

¹AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: Um avanço para a família. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.4.

permitindo à mulher nenhum poder sobre seus filhos, vez que, estaria sobre a tutela de seus filhos homens quando da morte de seu marido².

Com o passar dos tempos, em virtude da intervenção dos povos estrangeiros, esta concepção romana de pátrio poder foi se exaurindo, concedendo, conseqüentemente, maior autonomia tanto para a mulher quanto para os filhos.

Na Idade Média, com o advento do Cristianismo, houve um entendimento mais brando sobre a autoridade paterna. Contudo, é importante notar que, apesar de não mais se permitir que o pai tivesse o direito sobre a vida e morte do filho, a autoridade paterna se manteve, no entanto, sem a dependência total por parte dos filhos e das mulheres.

Com a influência do cristianismo o poder familiar assumiu características de direito protetivo, tornando-se uma imposição de ordem pública, no sentido de os pais zelarem pela formação integral dos filhos³.

A ideia de poder patriarcal também foi se enfraquecendo após os movimentos pela emancipação social da mulher, ocorridos na Revolução Industrial, ocasionando importantes alterações nas relações familiares. Em 1948, a partir da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, o patriarcado foi substituído pelo princípio da dignidade e da igualdade entre homens e mulheres.

Ainda, cumpre ressaltar que o poder patriarcal também chegou a apresentar seus resquícios na modernidade. No Brasil, através do Direito Português, foi difundido por meio dos senhores de engenho e barões do café.

Após estes fatos históricos, principalmente com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, os deveres domésticos, seja com a casa e/ou com a educação dos filhos, deixaram de ser obrigação exclusiva da mulher.

Em detrimento disso, o pátrio poder deixou de receber essa nomenclatura e passou a ser denominado de poder familiar a fim de que homens e mulheres exercessem igualmente a criação e educação dos filhos⁴

²QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2004. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 18. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 fev. 2017.

³MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p 676.

⁴GRISARD apud MOREIRA, Maria Camila Silva. **A imposição do instituto da Guarda Compartilhada em contraposição ao Princípio do Superior Interesse da Criança**. 2014. 109 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Brasília. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6051/1/21010355.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

É indiscutível a influência que o poder patriarcal exerceu nas relações familiares. Nota-se, contudo, que no decorrer dos anos o instituto foi sendo visto de forma mais moderada, alcançando o sentido de proteção do menor, que passou a ser tratado como um sujeito de direitos, como bem explica Ana Carolina Silveira⁵:

Nos tempos modernos, o poder familiar despiu-se do caráter egoístico que o impregnava, apresentando um conceito profundamente diverso daquele que lhe deu origem, constituindo, hoje, um conjunto de deveres dos pais em relação aos filhos. Isto nos leva a concluir que o pátrio poder, denominado pela nova legislação civil de poder familiar, não é apenas um poder, mas, sim, muito mais dever, uma vez que os pais têm obrigações inerentes da sua condição sob a sua prole.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves entende que o poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos.⁶

Percebe-se, portanto, que o pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever vem se apresentando de forma diversa daquela inicialmente instituída, tendo em vista que o olhar passou a ser voltado para a proteção dos filhos e tudo aquilo que os envolve, não apenas para quem o detém.

2.2 ASPECTOS GERAIS E NATUREZA JURÍDICA

Em face das mudanças de paradigmas pelas quais tem passado o Direito de Família no Brasil, alguns aspectos referentes ao poder familiar também vêm se moldando de acordo com as alterações sociológicas.

Inicialmente, é oportuno destacar que o poder familiar é a denominação adotada pelo atual Código Civil para substituir a expressão “pátrio poder”, tratada no estatuto civil de 1916.⁷

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”,

5 AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.5-6.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

7 LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos Polêmicos da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2017.

mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o Código Civil⁸.

No que se refere à natureza jurídica do poder familiar, Rolf Madaleno defende que⁹:

A origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da potestade dos pais quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, ou através da sua emancipação pelos pais ou pelo juiz no caso de tutela e para tanto ouvido o tutor.

Neste sentido, o poder familiar representa os direitos e deveres confiados aos pais, para que exerçam os cuidados e proteção quanto a tudo que esteja associado aos seus filhos, seja no âmbito pessoal ou patrimonial.

Dessa forma, Giselle Câmara Groeninga afirma que¹⁰:

o conceito de Poder Familiar implica a complementariedade das funções familiares, materna, paterna e filial, uma vez que as relações são, de alguma forma, sempre relações de poder, no sentido que lhe é original. O conceito implica o poder enquanto potência na realização das funções que lhe compõem a personalidade, de acordo com a finalidade da família, que deve ser a de realizar mudanças para melhor.

Assim, como afirma João Andrades Carvalho, o poder familiar representa um conjunto de direitos concedidos ao pai, ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida¹¹.

Desse modo, de acordo com Luis da Cunha Gonçalves, o poder paternal faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido. Qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abdicuem desse poder, será nula¹².

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 678.

¹⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*. 2011. 260 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. p.75. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

¹¹ CARVALHO apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 676.

¹² GONÇALVES apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa atribuição se encontra disposta tanto na Carta Magna de 1988¹³, que regulamenta o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos¹⁴, bem como no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵, que ordena: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Quanto à titularidade do poder familiar, de antemão, é fundamental esclarecer que ao tempo do Código Civil de 1916 o exercício do poder familiar era atribuído exclusivamente ao pai, chefe da sociedade conjugal.

Com o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a redação do art. 380 do Código Civil de 1916 foi alterada, passando a dispor:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Nota-se, contudo, que apesar do exercício do poder familiar ter sido estendido também à mulher, ainda era a decisão do pai que prevalecia. Como bem explica Madaleno¹⁶:

ainda persistia a supremacia da decisão paterna, fazendo coro com a denominação legal do instituto do pátrio poder, esse entendido como um poder do pai, de decidir sobre a criação e formação dos filhos, tendo a mulher um papel subalterno de mera colaboradora, conferindo-lhe a lei o direito de reclamar judicialmente, em caso de divergência, fato raro de acontecer diante de todo o contexto legal e cultural de absoluta prevalência da chefia marital do casamento.

Com a promulgação do art. 226, §5º na Constituição Federal de 1988 foi consagrada a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges na sociedade conjugal.

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que inicialmente trouxe a expressão “pátrio poder” (substituída pela Lei nº 12.010/2009), determinou que o pai e a mãe devem exercer o poder familiar em igualdade de condições, cabendo a ambas as partes, em caso de divergência, recorrer ao poder judiciário para solucioná-la.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

¹⁴ Art.229, CF: 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.

¹⁵ BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

¹⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 678 – 679.

No Código Civil de 2002¹⁷, esta previsão se encontra no art. 1.631, ao estabelecer que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. Acrescentando o parágrafo único que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Além disso, não pode deixar de lado o fato de que o exercício do poder familiar não cessa com a destituição da sociedade conjugal, conforme bem preceituam os artigos 1.632 e 1.636 do Código Civil de 2002. Assim, quando da separação do casal, o genitor destituído da guarda física dos filhos continuará detendo o poder familiar sobre estes, ainda que contraia novas núpcias ou união estável.

Ainda no que concerne ao exercício do poder familiar, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que¹⁸:

Embora o Código silencie quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas elas. Assim, o poder familiar compete também aos que se identifiquem como pai ou mãe do menor, na família monoparental.

Ressalta-se, contudo, que somente nos casos em que o pai não reconheça o filho é que o poder familiar será exercido apenas pela mãe, e quando a mãe não o reconheça ou não possa exercer o poder familiar, ao menor será dado um tutor, conforme preconiza o art. 1.633 do Código Civil vigente.

Ademais, o art. 1.634 do Código civil aduz que o pleno exercício do poder familiar consiste em:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁷BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.

¹⁸ LÔBO *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363.

Pode-se perceber que mais uma vez nosso ordenamento jurídico destaca a competência não apenas de um, mas de ambos os genitores para o exercício do poder familiar, independentemente da situação conjugal que se encontrem.

Logo, é indispensável que além do sustento, os pais se preocupem com a educação, para que seus filhos possam se qualificar e posteriormente alcançar a independência pessoal, que se façam presentes diariamente, de modo a proporcionar orientação, troca de experiências, bem como a construção do sentimento de afeto, fatores imprescindíveis para a formação dos menores.

Como bem explica Venosa, o pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável.¹⁹

Todavia, ocorre que com a dissolução do casamento ou da união estável, o genitor que detém a guarda acaba sendo o responsável por tomar as decisões corriqueiras da vida dos filhos, ficando para ambos decidirem apenas as questões que requerem uma maior análise em razão da sua importância, o que não deveria acontecer.

Deste modo, a guarda compartilhada surge justamente com este propósito, qual seja, de manter, mesmo após a separação dos pais, o exercício do poder familiar por ambos os genitores, conforme constará no capítulo seguinte.

Após todo exposto, percebe-se que tanto o conceito como o próprio exercício do poder familiar vem se moldando de acordo com as mudanças de paradigmas da sociedade. Atualmente é nítida a preocupação em garantir que os pais participem e sejam corresponsáveis por tudo que abranja a vida dos seus filhos, visto que estes necessitam de cuidado, proteção e da presença dos seus genitores, fatores primordiais para a formação.

2.3 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Como o poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode intervir nessa relação, que, em síntese, afeta a célula familiar.²⁰

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2014, p. 321-322.

²⁰ *Ibidem*, p. 334.

O Código Civil prevê situações que impossibilitam os pais de continuarem exercendo o poder familiar sobre os seus filhos, sendo estas, portanto, as causas de suspensão, perda e extinção do poder familiar.

De acordo com Silvio Rodrigues, estas sanções²¹:

têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles. Tanto assim é que, cessadas as causas que conduziram à suspensão ou à destituição do poder familiar e transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder paternal ser devolvido aos antigos titulares.

Inicialmente, o art. 1.635 do Código Civil dispõe que o poder familiar será extinto pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade e por decisão judicial.

Nesta perspectiva, como as relações jurídicas das quais os genitores eram titulares cessam com a morte, com o poder familiar não é diferente. Assim, falecendo um dos genitores, o outro passará a ser titular exclusivo do poder familiar, contudo, caso os dois sejam acometidos pela morte, será nomeado um tutor, que passará a partir de então a responder por tudo que envolva a vida dos menores.

Ademais, é importante ressaltar que o Poder Familiar e também a Autoridade Parental têm como característica a temporalidade – até a maioridade dos filhos.²² Por conseguinte, tanto a emancipação do filho, que é um instituto jurídico irrevogável, quanto à maioridade, momento em que o filho torna-se competente para exercer todos os atos da vida civil, ensejam a cessação do poder familiar.

Destaca-se, contudo, que o fato do menor de 18 anos contrair casamento é causa de extinção do poder familiar, vez que a partir deste momento ele passa a adquirir a emancipação. Do mesmo modo, como afirma Madaleno²³:

o exercício de emprego público efetivo também é causa de emancipação; a colação de grau em curso de ensino superior; e pelo estabelecimento de atividade civil e comercial, indicando a casa ou o lugar onde a pessoa se estabelece, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A adoção também é causa de extinção do poder familiar, tendo em vista que o menor é retirado do convívio e dos cuidados de ambos os genitores. Entretanto, a criança ou

²¹ RODRIGUES apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 371.

²² GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. 2011. 260 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. p.74. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

²³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 692.

Adolescente não fica destituída do poder familiar, uma vez que este é repassado para o adotante.

A previsão de estabelecida pelo art.1.635, V do Código Civil trata-se da perda familiar por decisão judicial, que ocorre nas hipóteses trazidas pelo art. 1.638 CC/2002.

Assim, perderá o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, ou seja, que empregar uma correção física de forma brutal, em que o castigar ultrapassa e muito a noção que se tem educação, ferindo, dessa forma, a garantia constitucional presente no art. 227 da CF/88²⁴.

Do mesmo modo perderá o poder familiar o genitor que deixar seu filho em situação de abandono, qual seja, fora do resguardo e orientação que convívio familiar proporciona. O abandono priva o filho desse direito, além de prejudicá-lo em diversos sentidos. A falta de assistência material coloca em risco a sua saúde e sobrevivência²⁵. O abandono aqui mencionado não é apenas o material, visto que nele também estão compreendidos os abandonos de incapaz, intelectual, moral e de recém-nascido, estando o(s) genitor(es) que o(s) cometer(em) sujeitos a responder no âmbito penal por estes crimes.

Ademais, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes também ocasionará a perda do poder familiar. Não se sabe ao certo se esta foi a melhor expressão para se utilizar, considerando que no mundo com grande diversidade em que se vive, onde a religião, profissão, ou seja, tudo o que cerca o indivíduo, influenciando diretamente naquilo que é e nos valores que possui, existem ações que são consideradas aceitáveis para alguns e para outros não.

De todo modo, Carlos Roberto Gonçalves defende que este dispositivo visa evitar que a criança e o adolescente convivam com ações que prejudiquem sua formação moral. Dessa forma, afirma que²⁶:

Visa o legislador evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes. O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles.

²⁴ Art. 227, CF: 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372-373

Por fim, o Código Civil inova ao estabelecer que as práticas reiteradas nas faltas previstas para suspensão do poder familiar ensejarão a sua perda. Para tanto, é preciso analisar quais são os atos que cominarão na suspensão do poder familiar.

Além das causas de perda e extinção do poder familiar, o art. 1.637 do Código Civil estipula as hipóteses de suspensão do poder familiar. Veja-se:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

E, o parágrafo único acrescenta: “Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

Outrossim, verifica-se que o poder familiar poderá ser suspenso em razão do abuso de autoridade, consagrado pelo descumprimento dos deveres de competência dos pais, por estes arruinarem os bens dos filhos ou os manterem em situação que ocasione risco à segurança.

Os deveres de que fala o artigo mencionado são todos aqueles estabelecidos pela nossa Legislação, seja na Constituição Federal, Código Civil ou Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, todos aqueles que dizem respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária²⁷.

Do mesmo modo, quanto aos deveres de preservar os bens e proporcionar segurança aos filhos, Carlos Roberto Gonçalves preconiza que não é necessário que o atentado contra o bem físico ou moral do filho seja permanente ou reiterado, pois um só acontecimento pode constituir perigo para o menor²⁸.

No que concerne à suspensão do poder familiar por condenação em sentença irrecorrível, o legislador observou a impossibilidade do(s) genitor(es) exercer(em) o poder familiar sobre seus filhos enquanto permanecer(em) em dívida com a sociedade, como forma de garantir o melhor interesse do menor, que, apesar da possibilidade de visita, não poderá conviver diariamente com seu pai ou sua mãe.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 374.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375.

Rolf Madaleno se posiciona contrariamente ao disposto no parágrafo único do art. 1.637 do Código Civil e defende²⁹:

Se bem examinada a pena acessória imposta pela legislação civil, afigura-se no mais das vezes completamente injusta, especialmente quando o crime não guarda qualquer correlação com a vinculação parenta!, indo de encontro aos superiores interesses dos menores, os quais ficarão privados da presença deste genitor na condução de sua vida, que ao contrário do temor da lei pode ser segura e prenhe de aptidão, porque não há razão alguma para o legislador presumir, aleatoriamente, a incapacidade. Sequer o fato da prisão é capaz de inibir o sadio exercício do poder familiar, muito mais quando existem penas a serem cumpridas em regime aberto e viabilizando satisfatoriamente a prática da função parental.

Contudo, é indispensável esclarecer que a suspensão não é a medida finalística do dispositivo sob exame, mas tão somente uma das soluções judiciais, porque ao julgador é facultado tomar a decisão que melhor entender pela segurança do menor e de seus bens.³⁰

Diferentemente da perda do poder familiar, que tem caráter permanente, a sua suspensão é temporária, ou seja, perdura enquanto durar a causa que cominou a aplicação, e facultativa, podendo-se, inclusive, ser determinada apenas com relação a um único filho.

Em face do exposto, percebe-se que a detenção do poder familiar abrange muito mais do que a concessão de alimentos, mas tudo aquilo que envolva a vida pessoal, intelectual, material e psicológica das crianças e dos adolescentes, cabendo aos pais o dever de zelar, orientar e protegê-los, independentemente da situação conjugal que se encontrem, sob pena de terem seu poder familiar cessado, ainda que provisoriamente.

²⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 696.

³⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 695.

3 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS NO DIREITO BRASILEIRO

Na atual conjuntura que a sociedade se encontra, diariamente têm-se buscado a igualdade entre homens e mulheres quanto aos direitos e deveres. Em se tratando de matéria conjugal e parental não é diferente, pois a Constituição Federal passou a atribuir a ambos os genitores a competência para criar e educar os filhos.

Em razão da dissolução da sociedade conjugal, os filhos ficavam sob a responsabilidade de apenas um dos genitores, cabendo ao outro apenas o direito de visita.

Assim, a igualdade de gênero e o melhor interesse dos filhos foram essenciais para que o legislador regulamentasse a guarda compartilhada, como forma de garantir a continuidade das relações da criança com ambos os genitores, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, bem como que estes continuassem tomando as decisões acerca da vida dos filhos de forma conjunta.

3.1 CONCEITO

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o direito à convivência familiar, ou seja, reconhecem a necessidade que as crianças e os adolescentes possuem de serem educados e cuidados pela sua família natural, fator indispensável para o seu desenvolvimento.

Primeiramente, vale ressaltar que a preocupação em proteger as crianças e adolescentes não é um privilégio, mas sim uma necessidade, pois advém da fragilidade que estas possuem para aprender e serem nutridas, por exemplo, fatores impossíveis de serem realizados longe de um ambiente que lhes proporcionem isto.

Como bem afirma Cenise Monte Vicente³¹:

O vínculo familiar é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivência, estar junto. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim vital.

³¹ VICENTE *apud* QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada. 2004. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 14. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Dessa forma, a guarda é para com o bem estar do menor, que deve ser educado, sustentado e protegido³².

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se várias conceituações para a guarda, dentre elas, cita-se a de Waldir Grisard Filho, que a define como³³:

[...] locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia os filhos ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

No mesmo sentido, Monteiro defende que a guarda é um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, cuidando de sua alimentação, saúde, educação, moradia, etc.³⁴

A guarda, portanto, é um direito e dever que os pais possuem para resguardar o menor, visando à garantia de um crescimento saudável. Deste modo, compete aos pais, cuidar, vigiar e dirigir tudo que envolva a vida de seus filhos, além de conceder sentimentos de afeto.

Ocorre que este direito e dever que os pais possuem deve permanecer independentemente de como se encontre a sociedade conjugal, pois como visto no capítulo anterior, o poder familiar não cessa com a dissolução do casamento ou união estável.

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro não havia a previsão de um tipo de Guarda que garantisse aos pais a participação e a possibilidade de decidir conjuntamente sobre tudo que envolvesse a vida do filho após a separação conjugal.

Normalmente o menor ficava sob a guarda de apenas um dos genitores, na maioria das vezes da mãe, responsável pela educação e cuidados, cabendo ao outro basicamente o direito de visita.

Em face disso, a guarda compartilhada surge para proporcionar aos pais a garantia da igualdade de responsabilidades quanto às questões importantes da vida dos filhos. Nessa

³² LIMA, Débora Fernanda V; FERREIRA, Francisco Rafael. **A nova sistemática da Guarda Compartilhada** – Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. p. 2. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

³³ GRISARD FILHO apud MARTINS, Francisco de Oliveira. **Alienação Parental e a Guarda Compartilhada**. 2012. 96 fls. Monografia – Universidade Católica de Brasília, Brasília. p. 28. Disponível em: <<http://twingo.ucb.br/jspui/bitstream/10869/1967/1/Francisco%20de%20Oliveira%20Martins.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

³⁴ LIMA, Débora Fernanda V; FERREIRA, Francisco Rafael. **A nova sistemática da Guarda Compartilhada** – Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. p. 2. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

modalidade de guarda todas as decisões no tocante aos filhos são tomadas conjuntamente por ambos os genitores, fazendo com que eles participem ativamente da vida de sua prole³⁵.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas defende³⁶:

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.

É importante verificar que os sentimentos de frustração causados pela ausência de participação na vida dos filhos são consideravelmente diminuídos, em razão da adoção desse instituto, eis que, existe tratamento isonômico entre os genitores na formação dos filhos³⁷.

Assim, percebe-se que o intuito legal é definir os pais como iguais detentores da autoridade familiar, consagrando o direito da criança, pois procura, incansavelmente, abrandar os efeitos da separação dos genitores³⁸.

Desta forma, esta modalidade de Guarda atua de forma benéfica para todos envolvidos, visto que garante a permanência dos laços afetivos e familiares, preservando tanto o direito do filho à convivência frequente com o pai, possibilitando-lhe o completo desenvolvimento mental, moral e social, quanto o direito do pai de participar assiduamente da vida do filho, transmitindo-lhe seu patrimônio familiar, cultural, entre outros.

Para melhor compreender o instituto da guarda compartilhada, é imprescindível diferenciá-la da guarda alternada.

³⁵ MOREIRA, Camila Maria Silva. **A imposição do instituto da Guarda Compartilhada em contraposição ao princípio do superior interesse da criança**. 2014. 109 fl. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, p. 54. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6051/1/21010355.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

³⁶ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2004. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 39. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 mar.2017.

³⁷ SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogério Mendes. **A viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. p.8. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5%20A%20VIABILIDADE%20DA%20APLICA%C3%87%C3%83O%20COERCITIVA%20DA%20GUARDA%20COMPARTEILHADA%20NOS%20PROCESSOS%20LITIGIOSOS.PDF>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

³⁸ SIMON, Arthur da Silva. **A guarda compartilhada após a Lei nº 13.058/2014: aspectos, teóricos, práticos e análise da jurisprudência catarinense**. 2015. 96 f. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. p. 24. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157121/TCC%20VERS%C3%83O%20FINAL%20PARA%20REPOSIT%C3%93RIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Conforme exposto acima, na guarda compartilhada os genitores participam de forma igualitária, tomando as decisões que envolvam os filhos de forma conjunta. Por outro lado, na guarda alternada, há uma rotatividade dos pais nos cuidados dos filhos e quando um dos genitores estiver exercendo a guarda no período em que lhe foi reservado, ao outro genitor cabe somente o direito de visita do filho³⁹.

Ana Carolina Silveira Akel explica que⁴⁰:

Tempos atrás, era praticamente impossível encontrar, em nossos Tribunais, decisões que tratavam da guarda compartilhada, principalmente, porque seu verdadeiro significado e conteúdo eram desconhecidos pela comunidade, referindo-se, sempre, à utilização da guarda alternada, que, como já dito, nada tem a ver com o exercício compartilhado pelos genitores.

O fato é que na atualidade constata-se que cada vez mais cresce o aumento de separação conjugal, fator preponderante para que o legislador trouxesse soluções que visassem à efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ao ser prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada realizou grandes alterações nas relações familiares, proporcionando principalmente maior estabilidade emocional para os filhos, que passavam por grandes dificuldades para se adequarem à nova realidade. Portanto, a inserção desse novo modelo de guarda no direito brasileiro apenas se adaptou a sociedade moderna em que se vive onde as transformações ocorrem diariamente⁴¹.

3.2 ORIGEM E REGULAMENTAÇÃO

A ideia de guarda compartilhada surgiu no Direito Inglês (*Common Law*), nos anos sessenta, momento em que os tribunais verificaram a latente desigualdade de tratamento para os genitores e seus filhos quando era concedida a guarda unilateral. Houve, portanto, a compreensão de que a educação e os cuidados aos filhos pertenciam a ambos os genitores e que estes poderiam continuar realizando-os mesmo após a separação conjugal.

Essa modalidade de guarda surge a partir do momento em que a mulher ingressa no mercado de trabalho, fazendo com que o homem também se tornasse responsável pelas

39 GRISARD FILHO apud MOREIRA, Camila Maria Silva. **A imposição do instituto da Guarda Compartilhada em contraposição ao princípio do superior interesse da criança**. 2014. 109 fl. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, p. 54. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6051/1/21010355.pdf>>. Acesso em: 03 mar.2017.

⁴⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121.

⁴¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121.

atividades domésticas e acompanhasse mais próximo a criação dos filhos. Então, a jurisprudência internacional começou a averiguar que o melhor interesse para a criança nem sempre seria ficar somente com a guarda de sua mãe quando ocorresse uma separação entre seus pais⁴².

Assim, chegou-se ao entendimento de que a guarda compartilhada era a modalidade mais adequado para garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, visto que proporciona a responsabilidade dos pais sobre os filhos de forma igualitária.

Em virtude disso, a guarda compartilhada passou a ser instituída em outros países, como por exemplo, Alemanha, Estados Unidos, Portugal e Canadá.

No Brasil, a guarda compartilhada foi implantada a partir do advento da Lei nº 11.698/2008⁴³, responsável pelas alterações nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, sendo o legislador taxativo ao estabelecer que a guarda será unilateral ou compartilhada.

A regulamentação desta modalidade de guarda foi realizada em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal, que dispõe:

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

Percebe-se que o legislador preocupou-se em regulamentar a modalidade de guarda que permitisse a continuidade da convivência familiar, prerrogativa fundamental para a formação do indivíduo, conforme estabelecido na Carta Magna de 1988.

No entanto, apesar das grandes benesses proporcionadas à relação familiar, ocorre que a implementação da guarda compartilhada não era obrigatória. A lei trazia a possibilidade de esta modalidade ser requerida por consenso pelo pai e/ou pela mãe em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, podendo também ser decretada pelo juiz, ao analisar as necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com seus genitores.

⁴² MOREIRA, Camila Maria Silva. **A imposição do instituto da Guarda Compartilhada em contraposição ao princípio do superior interesse da criança**. 2014. 109 fl. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, p. 56. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6051/1/21010355.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

⁴³ BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

Com relação à determinação da guarda compartilhada por parte do Juiz, Ana Carolina Silveira Akel faz algumas ponderações⁴⁴:

Acreditamos que essa atribuição conferida pela lei ao magistrado quanto à aplicação da guarda compartilhada deve ser encarada de forma extremamente cuidadosa, zelosa e com muita cautela, cabendo ao juiz a difícil tarefa de analisar o caso em concreto e verificar a viabilidade ou não da utilização da guarda conjunta. Assim, nos posicionamos no sentido de que a guarda compartilhada não pode ser vista como regra e aplicada de forma indiscriminada. Não podemos esquecer que estamos diante de relações interpessoais em que o interesse maior que deve sempre prevalecer é do menor.

Diante disso, constata-se a necessidade do magistrado analisar o caso concreto e averiguar se existem condições para implantar a guarda compartilhada, sob pena de não ser garantido o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, o parágrafo 1º da Lei previa que na audiência de conciliação o juiz informará a ambos os genitores a respeito do significado da guarda compartilhada, da importância que esta possui, bem como acerca dos direitos e deveres atribuídos aos pais e as sanções em caso de descumprimento das cláusulas estabelecidas.

Em seguida, o parágrafo 2º determinava que na ausência de acordo entre o pai e a mãe quanto à guarda do filho, a guarda compartilhada seria aplicada sempre que possível. E, o parágrafo 3º previa que quando o Magistrado fosse estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência, poderia se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar.

Além disso, a Lei nº 11.698/2008, em seu parágrafo 4º, trazia a possibilidade de redução das prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho, em caso de alteração não autorizada ou descumprimento imotivado das cláusulas impostas, bem como a viabilidade do juiz deferir a guarda à outra pessoa quando verificado que o filho não deve permanecer sob a guarda dos genitores, observando, contudo, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade existentes entre o menor e o terceiro.

Posteriormente, com o surgimento da Lei nº 13.058/2014, alguns destes dispositivos analisado foram modificados, conforme analisa-se daqui por diante, mais especificamente àqueles que disponham sobre o instituto da guarda compartilhada.

⁴⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122.

O parágrafo 2.º, do artigo 1.583, passou a dispor que na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deverá ser dividida de forma proporcional entre o pai e a mãe, sempre visando as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Para Ana Paula Kannink a alteração foi correta, eis que após a ruptura do vínculo conjugal, a convivência da criança com ambos os genitores se mostra imprescindível para o seu desenvolvimento saudável⁴⁵.

No mesmo sentido, a respeito da importância da garantia do convívio familiar com ambos os genitores, Débora Fernanda Lima e Francisco Rafael Ferreira destacam⁴⁶:

De acordo com a mudança legislativa a guarda compartilhada passa a ser um direito garantido à criança, sendo que através dela o casal parental continuará existindo e o menor estará mantendo contato permanente com seus genitores ainda que em lares separados, porem a convivência será de ambos.

Como forma de atender o melhor interesse da criança e do adolescente, a Lei nº 13.058, em seu parágrafo 3º, determinou que a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses destes.

Este dispositivo é indispensável para evitar que haja mudanças desnecessárias no cotidiano do filho após a dissolução da sociedade conjugal. Assim, é preferível que os pais residam dentro da mesma área escolar, ou razoavelmente perto, ou que ambos dispunham de meios para levar e trazer os filhos às respectivas escolas, não atrapalhando assim no ordenamento escolar⁴⁷.

E, neste sentido, Grisard Filho explica⁴⁸:

Essa nova modalidade de guarda deve ser compreendido, então, como aquela forma de custódia em que o menor tem uma residência fixa (na casa do pai, na casa da mãe ou de terceiros) – única e não alternada [...] próxima ao seu colégio, aos vizinhos, ao clube, à pracinha, onde desenvolve suas atividades habituais e onde, é lógico presumir, tem seus amigos e companheiros de jogos.

⁴⁵ KANNINK, Ana Paula. **O instituto da Guarda Compartilhada na Lei nº 13.058/2014**. 2015. 51 fl. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Faculdade Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, p. 27. Disponível em: < <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/03/O-INSTITUTO-DA-GUARDA-COMPARTILHADA-NA-LEI-N-13-058-2014.pdf> >. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁴⁶ LIMA, Débora Fernanda V; FERREIRA, Francisco Rafael. **A nova sistemática da Guarda Compartilhada – Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014**. p. 9. Disponível em:<http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em 10 mar. 2017.

⁴⁷ MILANO apud LIMA, Débora Fernanda V; FERREIRA, Francisco Rafael. **A nova sistemática da Guarda Compartilhada – Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014**. p. 11. Disponível em:<http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

⁴⁸ GRISARD apud LIMA, Débora Fernanda V; FERREIRA, Francisco Rafael. **A nova sistemática da Guarda Compartilhada – Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014**. p. 11. Disponível em:<http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

Além do mais, o art. 1.584 do Código Civil também passou por várias alterações. A primeira diz respeito ao parágrafo 2º, que dispõe:

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.

Diante dessa modificação, alguns doutrinadores se apresentam contrários por entenderem que na ausência de acordo entre os genitores quanto à guarda dos filhos, a modalidade de guarda compartilhada não seria a ideal.

Gagliano e Pamplona Filho defendem⁴⁹:

[...] quando não se afigura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente poderá o juiz “impor” o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos.

Já no que diz respeito ao § 3º do art. 1.584, este foi mantido quanto à possibilidade do magistrado, ao estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. Trouxe, contudo, a ressalva de que tal orientação deve visar à divisão do tempo que o filho passará com o pai ou com a mãe de forma igualitária.

Ainda, o § 4º da lei anterior estabelecia que “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”. O parágrafo foi mantido em parte pela Lei nº 13.058/2014, deixando, todavia, de estabelecer como sanção pelo descumprimento das cláusulas impostas, à redução do número de horas de convivência com o filho.

Ademais, a lei assegura a possibilidade da guarda ser concedida a um terceiro nas hipóteses em que for constatada a impossibilidade de ambos os genitores exercerem o poder familiar. A guarda será deferida à pessoa que demonstre compatibilidade com a natureza da medida, levando-se em consideração o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade existentes.

Deste modo, poderá ser concedida de forma provisória, como, por exemplo, nos casos em que os pais ainda não tenham entrado em consenso sobre quem será o guardião da criança, ou de forma definitiva, quando de fato os genitores não possam exercer este dever.

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de família. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p 529.

Em seguida, mais precisamente no §6º, o legislador incluiu a obrigatoriedade dos estabelecimentos, sejam eles públicos ou privados, a prestarem informações acerca dos filhos a qualquer um de seus genitores, sob pena de multa diária.

O art. 1.585 também sofreu alterações com o advento da Lei nº 13.058/2014, passando a estabelecer que a guarda do filho, ainda que provisória, deverá ser concedida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, exceto nos casos em que para garantir a proteção aos interesses dos filhos exija a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte.

Por fim, no que concerne ao exercício do poder familiar, a nova lei da guarda compartilhada, alterando o artigo 1.634 do Código Civil, passou a estabelecer que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
 I - dirigir-lhes a criação e a educação;
 II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
 V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
 VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
 VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Verifica-se que o inciso I traz como dever dos pais a criação e a educação dos filhos, conforme estabelecido pelo artigo 229 da Constituição Federal⁵⁰ e artigo 33, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵¹.

Ressalta-se, contudo, que tanto esta atribuição constante no inciso I, quanto as seguintes, devem ser realizadas de forma cooperada pelos pais, visto que esta modalidade de guarda define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um dele conservar seus direitos e obrigações em relação a eles.⁵²

⁵⁰ Art. 229, CF: Os pais tem 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.

⁵¹ Art. 33, *caput*, ECA: A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

⁵² GRISARD apud LIMA, Débora Fernanda V; FERREIRA, Francisco Rafael. **A nova sistemática da Guarda Compartilhada – Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014.** p. 12. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Nota-se, inclusive, que na guarda compartilhada teoricamente não há que se falar em pensão alimentícia, pois os gastos relativos à criança serão arcados por ambos os genitores de forma igualitária.

Porém, normalmente, na guarda compartilhada a criança permanece residindo com um dos pais e, nesse caso, o genitor que habita com o filho terá mais encargos, situação que deverá refletir no valor dos alimentos devidos⁵³.

Do mesmo modo, apesar da criança e do adolescente residir na casa de um dos seus guardiões, entende-se que não há direito de visitação na guarda compartilhada, visto que tal situação ocorre porque ambos os genitores possuem a guarda jurídica dos filhos na guarda compartilhada, isto é, ambos os pais possuem as mesmas obrigações e direitos com relação à prole⁵⁴.

No entanto, ainda que a guarda seja de competência de ambos os genitores, o ideal é que a criança tenha uma casa fixa, pois a convivência equilibrada da criança com ambos os genitores não significa que ela deve passar períodos de tempo iguais com os pais haja vista que a flexibilidade deve estar presente para garantir o melhor interesse da criança.⁵⁵

Diante do exposto, constata-se que apesar de recente no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua concepção, a guarda compartilhada tem como principal objetivo garantir a efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente, assegurando, para tanto, a permanência do convívio familiar saudável com ambos os genitores e que estes possam tomar as decisões acerca da vida de seus filhos de forma conjunta, cooperada.

3.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Assim como as demais modalidades, para que a guarda compartilhada seja aplicada no caso concreto é preciso que o magistrado realize uma análise de modo a verificar que este seja o tipo de guarda mais adequada para a situação em questão.

Deste modo, o melhor interesse da criança e do adolescente só será assegurado por meio da guarda compartilhada se preenchidos alguns pressupostos essenciais.

⁵³ RODRIGUES JUNIOR apud MOREIRA, Camila Maria Silva. **A imposição do instituto da Guarda Compartilhada em contraposição ao princípio do superior interesse da criança**. 2014. 109 fl. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, p. 60. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6051/1/21010355.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

⁵⁴ AZAMBUJA apud MOREIRA, Camila Maria Silva. **A imposição do instituto da Guarda Compartilhada em contraposição ao princípio do superior interesse da criança**. 2014. 109 fl. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, p. 67. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6051/1/21010355.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁵⁵ Ibidem, p. 68.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas afirma que primeiramente deve-se constatar se os genitores encontram-se aptos para exercer guarda. Acentua que “é preciso que tenham habilidade, capacidade legal, moral e intelectual, condições de desempenhar as atribuições do poder familiar”⁵⁶.

Compreende-se, portanto, que como a guarda compartilhada deve ser exercida por ambos os genitores de forma igualitária, estando um deles inapto para exercê-la, comprometerá por completo a efetividade e função desse instituto.

Todavia, nas situações em que o pai ou a mãe não apresentem condições para exercer o poder familiar, deverá estar assegurada a visitação, para que a criança não corte os laços com um de seus pais que, por incapacidade, não poderá guiar sua vida, o que, mesmo assim, representaria uma perda significativa para o menor⁵⁷.

Ademais, para que a guarda compartilhada seja instituída, é preciso que haja uma boa relação entre os pais, uma vez que estes terão que tomar decisões que visem o melhor para os seus filhos de forma conjunta, sendo assim, torna-se indispensável a existência de respeito e uma boa comunicação entre ambos.

Neste sentido, Ana Maria Milano Silva destaca que o fator primordial que viabiliza, de plano, a aplicação da guarda compartilhada será a maneira como os genitores se relacionam após a ruptura da união conjugal⁵⁸.

No entanto, Marcial Barreto Casabona alerta que guarda compartilhada pode ser criticada por sua aplicação restrita, haja vista que serve somente às pessoas que mantêm com os ex-cônjuges relações minimamente construtivas e civilizadas⁵⁹.

De todo modo, não se pode descartar que a manutenção de um bom relacionamento entre os pais é de extrema importância na guarda compartilhada, pois, a partir do momento

⁵⁶ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2004. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 84. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁵⁷ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2004. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 85. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁵⁸ SILVA apud LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos Polêmicos da Guarda Compartilhada**. p. 22 Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁵⁹ CASABONA apud LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos Polêmicos da Guarda Compartilhada**. p. 22-23 Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

que os pais deixam de lado as mágoas e todos aqueles sentimentos advindos da separação conjugal e passam a ter uma boa relação de cooperação e respeito, se tonará mais fácil se chegar a um consenso quando da tomada de decisões sobre tudo o que abrange a vida do filho.

Além disso, ainda que não seja o ideal, em casos de alternância de casa, faz-se necessário que se mantenham as mesmas normas impostas à criança em ambas as casas. Este pressuposto deve ser verificado de forma peculiar, tendo em vista que, se os pais passem a tomar decisões ou estabelecer regras de modo diferente enquanto estejam com a criança, a guarda compartilhada restará desconfigurada.

Diante disso, observa-se que para a guarda compartilhada ser concedida, os pressupostos apresentados tornam-se fundamentais para assegurar que o seu real objetivo seja efetivado, garantindo, porquanto, o superior interesse da criança e do adolescente.

4 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio do melhor interesse tornou-se fundamental para garantir que, diante de um conflito que envolva crianças e adolescentes, sejam-lhes assegurados os direitos e toda proteção conferida através da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido, a efetivação do princípio do melhor interesse é indispensável na concessão da guarda compartilhada, pois diante da condição de vulnerabilidade que a criança ou adolescente se encontra na dissolução da sociedade conjugal, é necessário que o julgador esteja atento, de modo verificar se naquele caso específico será tomada a decisão que for melhor para o menor, e não apenas aplicar a lei no caso concreto.

4.1 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surgiu a partir do instituto protetivo do direito anglo-saxônico, chamado *parens patrie*, que era utilizado como uma prerrogativa do Estado para proteger juridicamente os menores e os loucos. No entanto, posteriormente este instituto foi dividido, separando-se a proteção infantil da proteção dos que possuíam incapacidade mental.

Após ser oficializado pelo sistema jurídico inglês, o princípio do melhor interesse, *best interest*, foi aderido pela comunidade internacional em 1959, na Declaração dos direitos da Criança. Catarina Almeida afirma que⁶⁰:

com a Declaração Universal de Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, é apresentada uma série de princípios que devem orientar os Estados sobre a postura a ser adotada com relação à criança e ao adolescente no sentido de garantir-lhes, não apenas os direitos humanos dirigidos a todas as pessoas, mas, ainda outros especiais de sua condição. Nela se observa a proteção integral necessária ao seu melhor desenvolvimento físico e moral, reconhecendo seus interesses, como melhores e superiores.

⁶⁰ OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Relações existenciais decorrentes do poder familiar e sua tutela pelas normas do direito das obrigações**. 2012. 196f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 77. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10137/TESE%20-%20CATARINA%20ALMEIDA%20DE%20OLIVEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

É importante verificar que, até os dias atuais, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.⁶¹

Para melhor compreensão sobre a evolução histórica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no Brasil, torna-se necessário apresentar as três correntes doutrinárias que existiram em relação à proteção das crianças e dos adolescentes.

A primeira corrente diz respeito à Doutrina Penal do menor, presente nos códigos penais brasileiros de 1830 e 1890, e preocupava-se basicamente com a delinquência, de modo que o menor era responsabilizado de acordo com seu grau de entendimento ao cometer o delito, podendo o juiz determinar seu recolhimento nas Casas de Correção. Percebe-se, portanto, que durante a vigência da Doutrina Penal do Menor, a preocupação com a infância, no Brasil, esteve centralizada na legislação penal, como forma de evitar a delinquência juvenil⁶².

Com o advento do Código de Menores em 1979, surgiu a Doutrina Jurídica da Situação Irregular, trazendo a ideia de que era preciso proteger e disciplinar crianças e adolescentes, principalmente àqueles pertencentes às camadas mais pobres, de modo a evitar a ocorrência de algum perigo pessoal ou social.

De acordo com Cristiano Neri e Luiz Carlos de Oliveira⁶³:

A lei que deveria ser criada com o objetivo da inclusão social estigmatizou quem era oriundo das classes pobres. Um exemplo foi o termo jurídico “menor” que passou a denominar uma categoria perigosa ou com possibilidade de oferecer perigo se não houvesse interferência institucional do Estado.

Com o abrandamento do Regime Militar, surgiu a necessidade da busca de valores, da criação de um ordenamento jurídico voltado à sociedade e não apenas em defesa do patrimônio das relações privadas.

⁶¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática**. p.4. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

⁶² DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais**. p. 4. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

⁶³ NERI, Cristiano; Oliveira, Luiz Carlos de. **A doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral: infância e adolescência sob controle e proteção do Estado** – II Simpósio Nacional de Educação. p. 3. Disponível em: <<http://cac-php.unioeste.br/eventos/iisimposioeducacao/anais/trabalhos/221.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

Com a influência dos movimentos de âmbito internacional, a Constituição Federal de 1988 proporcionou inúmeras mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, vez que instituiu o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana passou a atuar como um dos seus principais pilares.

Toda essa mudança de paradigmas alcançou a legislação das crianças e dos adolescentes, que até então não eram considerados sujeitos de direitos. Surge, portanto, a doutrina da proteção integral, assegurando os direitos fundamentais das crianças e adolescentes de forma universal e indistinta.

A partir da necessidade de um instrumento normativo que regulamentasse especificamente os direitos das crianças e dos adolescentes, dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, ampliando o rol de direitos e evidenciando a importância que a família e a comunidade possuem na formação destes indivíduos.

Com o objetivo de cumprir as garantias constitucionais e efetivar a doutrina da proteção integral, constante no art. 227 da CF/88, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu princípios responsáveis por orientar as questões e/ou conflitos que envolvam as crianças e os adolescentes, são eles: o princípio da prioridade absoluta, o princípio da municipalização e o princípio do melhor interesse, sendo a análise deste último indispensável para o presente trabalho.

O princípio do melhor interesse assegura que, diante de um conflito que envolva crianças e adolescentes, o julgador analise o caso concreto e decida da forma que melhor atenda os direitos e a dignidade humana desses indivíduos. Assim, independentemente das situações fáticas ou jurídicas que envolvam a situação, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve prevalecer para que haja a garantia dos direitos fundamentais dessas pessoas que se encontram em condição de desenvolvimento.

Neste sentido, Beatrice e José Marinho afirmam⁶⁴:

este princípio não é nem norma programática, nem expressão vazia, é, ao inverso, primado de uma nova visão sobre as crianças e adolescentes, em que se nega o tratamento estigmatizante anterior, inaugurando uma nova ordem, em que eles são vistos como sujeitos de direitos consolidados constitucionalmente, que devem ser garantidos, não pela 'divina inspiração' do juiz, mas pela prioridade absoluta objetivamente definida na normativa nacional e internacional.

⁶⁴ PAULO, Beatrice Marinho; PAULO JÚNIOR, José Marinho. **A evolução histórica da proteção principiológica da criança e do adolescente e a disputa por sua guarda**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=95>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

É, portanto, um princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras⁶⁵.

No entanto, é importante questionar: como esse princípio deve ser interpretado, se não há uma ideia homogênea sobre o que de fato é o melhor interesse? E, diante das inúmeras diferenças ideológicas existentes entre os julgadores, quais parâmetros devem ser adotados para que haja, de fato, sua efetivação jurídica e social?

Esses questionamentos são indispensáveis para entender que, para que ocorra a efetivação do princípio do melhor interesse, não basta que o Magistrado utilize-o apenas para fundamentar a decisão. Diante dos fatores sociais, culturais, econômicos e psicológicos que envolvem as relações familiares, cada vez mais nota-se a necessidade do julgador analisar àquela situação específica e decidir da forma que possa melhor assegurar os direitos do(s) indivíduo(s) envolvidos.

Sobre a interpretação do princípio do melhor interesse no caso concreto, Beatrice e José Marinho alertam que⁶⁶:

Apesar de ser este um princípio fundamental no arcabouço atual da proteção da infância e juventude do Brasil, ele remanesce como uma idéia vaga, sem parâmetro ou diretriz, ficando a critério da subjetividade de cada juiz, o que dá margem a um "perigo": o da discricionariedade, já que se torna um terreno fértil para o arbítrio e o autoritarismo.

Então, diante da ausência de critérios para identificar qual o melhor interesse da criança e do adolescente, faz-se necessário procurar fundamentos jurídicos e sociais mais seguros do que o poder discricionário concedido aos Juízes, sendo, portanto, preciso que se observe, mesmo na aurora da vida, direitos tais como a liberdade de consciência, de pensamento e de expressão dos seres humanos, atribuindo-se especial relevância ao ponto de vista dos menores envolvidos em cada situação de conflito⁶⁷.

Assim, deve o julgador fazer uso das regras constitucionais e infraconstitucionais que o respaldam. No entanto, não há uma receita mágica para a identificação do melhor interesse

⁶⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

⁶⁶ PAULO, Beatrice Marinho; PAULO JÚNIOR, José Marinho. **A evolução histórica da proteção principiológica da criança e do adolescente e a disputa por sua guarda**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=95>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

⁶⁷ Ibidem.

da criança. Aponta-se aqui como indicativos para tal identificação a opção menos prejudicial ou a que cause menos dano à criança ou ao adolescente⁶⁸.

No instituto da guarda compartilhada, a efetivação do princípio do melhor interesse torna-se indispensável para garantir que a criança ou adolescente continue tendo um convívio familiar saudável com ambos os genitores, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a partir da Lei 13.058/2014, momento em que a concessão da guarda compartilhada passou a ser regra, entre os anos 2014 e 2015, observou-se um aumento na proporção de guarda compartilhada entre os cônjuges, 7,5% e 12,9%, respectivamente⁶⁹.

Embora a mulher continue tendo a predominância na responsabilidade da guarda dos filhos menores na ocasião do divórcio⁷⁰, diante do aumento gradual da concessão de guarda compartilhada, a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser ainda mais cobrada, pois, ao conceder a guarda compartilhada, é indispensável que o Magistrado avalie se esta modalidade será, de fato, uma benesse para a criança.

Defende-se a concessão da guarda compartilhada por entender que esta modalidade é a mais adequada para garantir a permanência dos filhos na convivência familiar, sendo esta uma prerrogativa fundamental para a formação do indivíduo que se encontra em desenvolvimento. Contudo, é preciso que esta modalidade não seja concedida apenas porque há previsão na legislação e os genitores assim desejam, pois falam-se de garantias e direitos que, se não assegurados da melhor forma possível diante daquela situação em evidência, o compartilhamento da guarda atuará de modo inverso do qual foi criado.

Nestes casos, os interesses e diferenças existentes entre os adultos devem ser deixados de lado, visto que para os direitos e garantias constitucionais das crianças e adolescentes serem assegurados, permitindo que estes indivíduos cresçam e se desenvolvam em um ambiente familiar propício, não pode o juiz apenas aplicar a lei, sem analisar todas as variantes, levando, inclusive, em consideração a opinião da criança e/ou adolescente envolvido.

⁶⁸ PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, n. 23, p. 270, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_252.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017.

⁶⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Estatísticas do registro civil 2015**. Rio de Janeiro, v. 42. p. 36, 2015.

⁷⁰ Ibidem.

Deste modo, Beatrice Marinho Paulo e José Marinho Paulo Júnior concluem⁷¹:

Para identificar seu melhor interesse em casos que envolvem a família, muito mais que a letra fria da lei ou os vínculos biológicos ou genéticos existentes, é preciso que sejam considerados os laços afetivos que a criança mantém com cada um, levando-se em conta aquele com quem ela mantém laços mais fortes de afetividade e carinho, como resultado do atendimento diário de suas necessidades biofísicas e psicológicas; o hábito desenvolvido na criança de receber de uma determinada pessoa amor e orientação; a habilidade e a capacidade desta pessoa de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica; e a preferência da criança. Também devem ser consideradas a estabilidade emocional, a suficiência econômica e a responsabilidade que cada candidato demonstre ter em relação a criança, além de sua capacidade de promover-lhe o melhor interesse, provendo seu bem-estar no presente e no futuro.

Por fim, verifica-se que o princípio do melhor interesse é indispensável para assegurar os direitos e garantias das crianças e adolescentes de forma universal e indistinta. No instituto da guarda compartilhada, a efetividade deste princípio é indispensável para garantir a continuidade do convívio familiar saudável, fator essencial para o desenvolvimento desses indivíduos. Para tanto, faz-se necessário que o julgador analise o caso concreto de forma pormenorizada, de modo a garantir que o melhor interesse seja atendido.

4.2 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

Os posicionamentos adotados pelos Tribunais do Brasil são fundamentais para compreender como o instituto da guarda compartilhada vem sendo aplicado de modo a promover a efetividade do melhor interesse da criança e do adolescente.

Como demonstrado acima, não há critérios exatos para definir o melhor interesse das crianças e adolescentes. Todavia, apesar da impossibilidade de haver uma uniformidade absoluta nas decisões, principalmente em virtude da complexidade e diversidade que abrangem, verificam-se que os fundamentos utilizados pelos Magistrados não são muito destoantes.

Precedente jurisprudencial bastante elucidativo acerca do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à concessão da guarda compartilhada em casos que não há consenso entre os genitores, é o Recurso Especial nº 1.591.161, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21 de fevereiro de 2017. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo pai da criança em desfavor da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do

⁷¹ PAULO, Beatrice Marinho; PAULO JÚNIOR, José Marinho. **A evolução histórica da proteção principiológica da criança e do adolescente e a disputa por sua guarda**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=95>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Estado de Sergipe que reformou a sentença e indeferiu a guarda compartilhada. O recurso especial foi provido com a seguinte ementa⁷²:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados. 2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso especial provido.

Ao conceder a guarda compartilhada, o julgador de primeiro grau entendeu que ambos os genitores possuíam idoneidade para exercer o compromisso da guarda e a responsabilidade pelo filho, bem como possuíam condições de recebê-lo em suas casas e desejavam, de modo igual, ter uma convivência participativa na criação e educação do filho. No entanto, em virtude da ausência de consenso entre os genitores e o fato da criança passar parte do tempo da guarda do pai perante os cuidados da avó paterna, com quem a genitora mantém uma relação conturbada, o Tribunal de Justiça de Sergipe decidiu reformar a sentença e negar o pedido de guarda compartilhada.

No entanto, a Terceira Turma do STJ entendeu que nos autos não existiam peculiaridades que pudessem inviabilizar a concessão da guarda compartilhada, uma vez que litígios são comuns em processos desta natureza e que a alegação da genitora de que a mudança de residência e da rotina da criança, que fica por um tempo considerável na casa da avó paterna, seria prejudicial para o filho, não deveria prosperar, tendo em vista que o tempo que a criança fica sob os cuidados da avó paterna é bem tratado e permite que o pai trabalhe em horário comercial.

E acrescentou⁷³:

Não se olvida, todavia, ser imprescindível que a avó paterna se esforce em manter diálogo com a mãe de seu neto, o que é dizer o óbvio, tendo em vista a necessidade de se buscar o melhor interesse da criança. A avó deve tentar superar o distanciamento e eventuais desentendimentos pessoais com genitora em prol do bem estar de todos. A manifesta litigiosidade afirmada no acórdão deve ser suplantada para permitir a conformação mínima dos interesses legítimos de todos os membros

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.591.161 – SE. R. A. X. P. e S. A. B. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 de fev. de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 fev. 2017.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.591.161 – SE. R. A. X. P. e S. A. B. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 de fev. de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 fev. 2017.

da família. Todavia, quando a criança estiver sob os cuidados da avó paterna, nada impede que a genitora contate o ex-companheiro a fim de intermediar uma comunicação. A circunstância de a criança conviver com os avós, independentemente de qual lado, não interfere na guarda compartilhada.

Desta forma, como os pais possuíam condições de compartilhar a guarda do filho, proporcionando que este continuasse a desfrutar do convívio familiar de ambos os genitores, entendeu-se que os atritos familiares trazidos aos autos não eram suficientes para impedir que esse direito fundamental fosse assegurado, ensejando no provimento do Recurso.

Contudo, é necessário verificar que a inovação trazida pelo §2º do art. 1.584 do Código Civil, tornando a guarda compartilhada uma regra a ser aplicada, não ignora as situações da vida real e os problemas decorrentes de cada caso. Nas ações de família, é necessário lidar com a individualidade e subjetividade de cada situação, de modo a verificar qual o melhor interesse da criança e do adolescente, pois nem sempre a fixação desta modalidade de guarda alcançará o bem jurídico a ser perseguido, devendo, nesses casos, ser negada.

Exemplo deste entendimento é o Resp. nº 1.417.868, proferido também pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 10 de maio de 2016⁷⁴:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido.

Este caso se trata de um Recurso Especial interposto pelo genitor da criança, que requer a regulamentação da guarda compartilhada e o oferecimento de alimentos. Ocorre que, o juiz de primeiro grau, ao julgar a ação parcialmente procedente, negou a concessão da guarda compartilhada, mas fixou os alimentos e regulamentou as visitas. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.417.868 – MG. B. A. C. e L. G. M. e outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 10 jun. 2016.

É interessante verificar que as decisões de primeiro e segundo graus entenderam que a guarda compartilhada seria inviável pelo fato dos genitores não se entenderem, nem se esforçarem para tanto. Além disso, em que pese o genitor pleitear a guarda compartilhada, este demonstrou interesse apenas para regulamentar as visitas à criança e decidir sobre viagens com a mesma, não evidenciando disposição para arcar com todas as responsabilidades em relação à sua filha.

Em virtude disso, apesar do STJ já ter se posicionado no sentido de conceder a guarda compartilhada, mesmo quando ausente o consenso entre os pais, o caso em comento foi considerado uma excepcionalidade, pois chegou à seguinte conclusão⁷⁵:

diante de tais fatos, impor aos pais a guarda compartilhada apenas porque atualmente se tem entendido que esse é o melhor caminho, quando o caso concreto traz informações de que os pais não têm maturidade para o exercício de tal compartilhamento, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso, longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial.

Restou clara a impossibilidade da concessão da guarda compartilhada neste caso, pois, diante do que foi apresentado, para o julgador os genitores não apresentaram condições de deixar seus interesses de lado em prol da filha, e que dificilmente conseguiriam tomar decisões em conjunto. Assim, a guarda compartilhada não poderia ser concedida nesta situação, sob pena de agir de modo contrário ao melhor interesse da criança envolvida. Portanto, foi negado provimento ao Recurso.

Apesar de ser contrário à concessão da guarda compartilhada em caso de dissenso entre os genitores, Rolf Madaleno afirma⁷⁶:

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 compartida, 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.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.417.868 – MG. B. A. C. e L. G. M. e outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 10 jun. 2016.

⁷⁶ MADALENO apud SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogério Mendes. **A viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. p.11. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5%20A%20VIABILIDADE%20DA%20APLICAC%C3%87%C3%83O%20COERCITIVA%20DA%20GUARDA%20COMPARTILHADA%20NO%20PROCESSOS%20LITIGIOSOS.PDF>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Entende-se, portanto, que pequenos conflitos ou obstáculos advindos da dissolução da sociedade conjugal não são suficientes para impedir a aplicação da guarda compartilhada. É preciso, contudo, observar cada caso de modo a evidenciar se os pais serão capazes de deixar essas atitudes de lado em prol de um convívio familiar salutar. Como podemos observar a partir da seguinte ementa⁷⁷:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14. 2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema. 3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

No mesmo sentido, bem explicativa a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Piauí⁷⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA C/C MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.560.594 – RS. J. P. L. e M. de A. L. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 23 de fev. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 de mar. 2016.

⁷⁸ PIAUÍ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2013.0001.002131-9. R.N. e J. R. R. C. J. Relator: Desembargador José Ribamar Oliveira, Teresina, 18 de novembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 dez. 2014.

efetiva expressão. 7. Recurso conhecido parcialmente provido. 8. Votação por maioria de voto.

Outra interessante decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça da Paraíba na Apelação Cível nº 0020521-95.2014.815.2001, oriundo da 5ª Vara de Família, de relatoria do Juiz Aluizio Bezerra Filho, julgado recentemente em 09 de fevereiro de 2017, com a seguinte ementa⁷⁹:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA, MOVIDA PELA PROGENITORA PATERNA CONTRA A GENITORA DO MENOR. ESTUDOS SOCIAL, PSICOLÓGICO E PARECER MINISTERIAL NO SENTIDO DO ACOLHIMENTO DO PEDIDO. PLEITO JULGADO PROCEDENTE. PRETENSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA RELATIVAMENTE AO FILHO MENOR. PERMANÊNCIA DA CRIANÇA COM A AVÓ. PREVALÊNCIA DO INTERESSE MAIOR E DO BEM ESTAR, INCLUSIVE PSICOLÓGICO DO MENOR. GUARDA UNILATERAL MANTIDA. DIREITO DE VISITA ASSEGURADO A MÃE EM MAIOR EXTENSÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. “A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses do menor e, salvo situações em que demonstrado evidente prejuízo ao menor, é aconselhável mantê-la com quem já a detém, a fim de não promover mudanças na sua vida cotidiana, que poderiam lhe acarretar prejuízos de toda a ordem. As crianças necessitam de um referencial seguro para viver e se desenvolver; seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a qualquer interesse outro.” (Apelação Cível Nº 70051137149, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 21/11/2012). Com relação ao direito de visitação pela mãe ao filho, utilizando os critérios de necessidade e conveniência e diante do caso concreto, é imprescindível o reforço do vínculo entre o menor e sua genitora mediante retorno gradual da convivência. A fixação estabelecida no Aresto merece amparo apenas para também conceder a Apelante o acesso ao filho em maior extensão.

Neste caso, a genitora interpôs Apelação contra sentença que deferiu a guarda unilateral da criança à avó paterna, concedendo àquela o direito de visitas nos fins de semana e feriados alternados. O juízo de primeiro grau entendeu que a guarda unilateral deveria ser regulamentada em favor da avó paterna devido às circunstâncias vivenciadas pela família, pois a criança nasceu de um relacionamento casual entre seus genitores, que não tiveram condições de arcar com suas necessidades básicas. Restou comprovado que, desde os dois anos e meio de idade, a criança conviveu com a avó paterna e o pai, que foi assassinado, e mesmo após o ocorrido, a progenitora paterna continuou suprimindo com as necessidades do menor, sem oposição da mãe, motivo pelo qual buscou a regulamentação da guarda.

Diante disso, o Tribunal de Justiça da Paraíba reconheceu que, apesar da genitora desejar um convívio maior com o filho, a concessão da guarda compartilhada não deve estar atrelada ao seu interesse pessoal. Compreendeu ainda que, como a guarda pode ser transferida

⁷⁹ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0020521-95.2014.815.2001. J. A. S e S. M. O. M. Relator: Juiz convocado Aluizio Bezerra Filho, João Pessoa, 09 de fevereiro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 de fev. 2017.

para terceiros quando não há amparo material, moral ou psicológico por seus genitores, fato que ocorreu com a criança, tendo recebido os cuidados da avó paterna até então, a regulamentação da guarda unilateral tornou-se a decisão que melhor atende os interesses da criança, que foi ouvida e reconheceu como sua residência a casa da avó. O Ministério Público se posicionou contrário ao provimento da concessão da guarda compartilhada. A apelação foi provida parcialmente, reformando a sentença no sentido de declarar que a genitora terá o direito de, no seu aniversário e no dia das mães, desfrutar da convivência do filho.

É interessante notar que o melhor interesse da criança deve estar acima de qualquer outro. O caso em análise é exemplo de que ser o genitor ou genitora da criança não é suficiente para obter sua guarda e muito menos para dividi-la com quem a exerce de fato.

Como afirma Tânia da Silva Pereira⁸⁰:

A extensão da Guarda Compartilhada se insere na noção hodierna de família que privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana através da valorização de cada membro, sobrepondo a parentalidade biológica. Outras formas de família serão reconhecidas nesta mesma categoria constitucional para obterem a proteção do Estado.

Portanto, é preciso analisar as peculiaridades do caso concreto, constatando quem realmente promove os cuidados e possui vínculos afetivos com a criança, independentemente dos laços biológicos.

Outro julgamento interessante sobre a concessão da guarda compartilhada ao genitor e a outro membro da família da criança ou adolescente é a Apelação Cível nº 0005231-51.2006.8.05.0141, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, proveniente da Quinta Câmara Cível, de relatoria da Desembargadora Márcia Borges Faria, publicado em 13 de março de 2016, com a ementa⁸¹:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. MENOR DE IDADE ORFÃO DE MÃE. GUARDA COMPARTILHADA ENTRE A AVÓ MATERNA E O GENITOR. ALTERAÇÃO PRETENDIDA PELA PRIMEIRA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DEFERINDO À AVÓ A GUARDA EXCLUSIVA E DEFINITIVA DA NETA. PAI QUE TAMBÉM DEMONSTRA POSSUIR PLENAS CONDIÇÕES DE CRIAR A FILHA. MENOR ADAPTADA À MODALIDADE COMPARTILHADA DE GUARDA. MODELO PREFERENCIAL ADOTADO PELA LEGISLAÇÃO PÁTRIA. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. I - Colhe-se do in folio que a menor em questão, órfã de mãe logo após o nascimento, desde pequena foi criada conjuntamente pelo pai/apelante e pela avó materna/apelada, que hoje, contudo,

⁸⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **O “acolhimento” e o “melhor interesse da criança” como princípios norteadores da proteção da infância e juventude.** p. 3. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Acolhimento%20Familiar.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁸¹ BAHIA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0005231-51.2006.8.05.0141. C. P. S e I. P. S. Relatora: Desembargadora Márcia Borges Faria, João Pessoa. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 de mar. 2016.

disputam a sua guarda exclusiva. II - Pela análise dos elementos de prova coligidos para os autos, especialmente da oitiva informal da menor e dos depoimentos das testemunhas, observa-se que a criança encontra-se bem cuidada e perfeitamente adaptada à guarda compartilhada, mantendo laços de afetividade tanto com o apelante, quanto com a apelada, pelo que inexistem razões para a modificação desse contexto fático, que, aliás, é o que melhor se ajusta ao modelo preferencial atualmente adotado pela legislação pátria, a teor do disposto no § 2º, do art. 1.584, do Código Civil. III - Eventuais desavenças entre a menor e a atual madrastra, sobretudo quando não demonstradas satisfatoriamente nos autos, não constituem justificativa idônea para a retirada da guarda do pai, como, aliás, muito bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça em seu parecer. IV - Assim, restando demonstrado que o apelante apresenta plenas condições de criar a filha, não se justifica a modificação do regime de guarda compartilhada, notadamente quando, como frisado, a menor já está adaptada a essa realidade e não emergem dos autos motivos relevantes que contraindiquem tal providência.

O caso em destaque trata-se de uma Apelação Cível interposta pelo genitor, em face da sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que concedeu a guarda exclusiva e definitiva da adolescente à avó materna.

Acontece que, desde o nascimento, momento em que ficou órfã, a adolescente recebeu os cuidados da avó materna e do seu genitor, mantendo laços de afetividade com os dois. Compreendeu-se, portanto, que a adolescente já se encontrava habituada à modalidade de guarda compartilhada, e, além disso, restou comprovado que na casa do pai a adolescente desfruta do convívio familiar com mais dois irmãos, que são oriundos da nova união do genitor. Deste modo, a retirada da guarda do pai também a privaria de pertencer a este núcleo familiar e de criar laços afetivos com seus irmãos.

Ademais, apesar do relatório psicossocial produzido pelo CRAS apontar a existência de uma situação conflituosa entre a madrastra e a adolescente, fato que não foi corroborado pela mesma, a relatoria entendeu que ainda que existissem, essas desavenças por si só não seriam suficientes para retirar a guarda do genitor.

Desta forma, entendendo que o pai também possuía condições socioeconômicas para promover os cuidados necessários e gerir possíveis conflitos entre sua esposa e a adolescente, a Apelação foi provida, modificando a sentença de primeiro grau e determinando a concessão da modalidade da guarda compartilhada para o genitor e a avó materna, de modo a atender o melhor interesse da adolescente envolvida.

Diante das decisões analisadas, percebem-se a grande subjetividade que abarca a concessão da guarda compartilhada. Ainda que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente seja um grande orientador, imprescindível para assegurar os direitos desses indivíduos em função de sua vulnerabilidade, verifica-se que não há como tecer parâmetros de modo a evidenciar objetivamente qual a melhor escolha para cada situação.

Por isso, a análise de cada caso concreto é indispensável para determinar se a guarda compartilhada deve ser concedida ou não.

Ressalta-se a importância da atuação do MP e do apoio do CRAS, considerando que os pareceres destas instituições são de fundamental importância nos processos de família.

Mesmo não estando o juiz adstrito às conclusões do laudo, a manifestação de profissionais habilitados deve ser valorizada, em especial, por dizer respeito a uma decisão que vai interferir diretamente na vida da criança⁸².

Ademais, vale frisar que as relações familiares são fundamentais para a garantia de um crescimento e desenvolvimento saudável, pois a família atua como apoio e base de referência para a formação da identidade como pessoa humana de cada indivíduo. A guarda compartilhada tornou-se regra em nosso ordenamento jurídico visando que mesmo após o divórcio do casal, os filhos continuassem desfrutando de forma igualitária do convívio familiar com ambos os genitores.

Neste sentido, é preciso que haja preocupação para atender o interesse da criança ou adolescente envolvida em situação de conflito, cabendo aos pais ou responsáveis se destituírem de seus interesses individuais e deixarem de lado possíveis conflitos advindos da dissolução da sociedade conjugal.

As decisões dos Tribunais deixam claro que para a guarda compartilhada ser aplicada, não há necessidade de consenso entre os pais sobre a guarda, todavia, faz-se necessário que haja respeito e a possibilidade dos mesmos se entenderem em prol dos filhos, pois, como visto acima, a impossibilidade dos pais chegarem a um acordo sobre qualquer questão, inviabiliza a concessão desta modalidade de guarda.

Por fim, é importante destacar que para atender o melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada não se limita a laços biológicos, na medida em que pode ser concedida a pessoas que não são os genitores, podendo estas fazer parte da família biológica ou não, mas com quem a criança e/ou adolescente criou vínculos afetivos, recebeu cuidado e dedicação e, por isso, deve ser mantido o convívio familiar.

⁸² AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe?**. p. 14. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/.../guarda_compartilhada_mariaregina.doc>. Acesso em: 15 abr. 2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a modalidade de guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, evidenciando a importância que esta modalidade possui, sendo atualmente considerada a que melhor pode atender aos interesses desses indivíduos.

Observaram-se as alterações pelas quais as relações familiares passaram, permitindo verificar que, nos dias atuais, o poder familiar representa uma atribuição, ou seja, uma série de direitos e deveres concedidos aos pais para que estes possam educar, sustentar, proteger e se responsabilizarem por tudo que envolver seus filhos. Cumpre destacar que este poder é inerente ao estado das pessoas, na medida em que surge a partir da maternidade e da paternidade, não cessando com a dissolução da sociedade conjugal, pois os pais só serão impossibilitados de exercê-lo se cometerem alguma prática prevista nas hipóteses de suspensão, perda e extinção do poder familiar.

Deste modo, os genitores não podem esquecer que, independentemente destes manterem vínculos afetivos ou não, as obrigações e direitos sobre seus filhos continuarão, sendo imprescindível que, diante de uma possível separação conjugal, estes deixem seus interesses e conflitos pessoais de lado, para que possam continuar buscando e proporcionando o melhor para seus filhos.

Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro não havia nenhuma regulamentação de guarda que permitisse aos pais a continuidade de participação e a possibilidade de tomar decisões de forma conjunta, mesmo após a dissolução do casamento ou união estável.

A Lei nº 11.698/2008 regulamentou a guarda compartilhada em consonância com o art. 227 da Constituição Federal, sofrendo importantes alterações com o advento da Lei nº 13.058/2014. Diante disso, a guarda compartilhada apresenta a finalidade de garantir que os pais possam continuar exercendo, na mesma proporção, as responsabilidades que abrangem as vidas de seus filhos, mantendo, assim, a participação ativa e a continuidade dos vínculos afetivos. Contudo, torna-se necessário que ambos os genitores estejam aptos a exercê-la, caso contrário, não cumprirá com a função para a qual foi criada.

Alguns doutrinadores destacam, inclusive, a necessidade de um bom relacionamento entre os detentores da guarda compartilhada, visto que todas as decisões serão debatidas e tomadas em conjunto.

Ademais, restou claro que antes do advento da Constituição Federal de 1988, que assegurou os direitos fundamentais, estabelecendo o princípio da dignidade humana como um

de seus principais pilares, não havia qualquer proteção específica destinada às crianças ou adolescentes, tendo em vista que o Estado empregava sua atenção apenas para aqueles indivíduos que se encontravam em situação de abandono, delinquência ou loucura.

No entanto, a partir da Constituição Federal de 1988 e do advento do ECA, responsável pela regulamentação dos direitos das crianças e dos adolescentes, surgiu o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com o intuito de orientar o legislador quando da tomada de decisão acerca de um conflito em que estes indivíduos estejam envolvidos. Em função da vulnerabilidade que possuem, o princípio do melhor interesse torna-se fundamental para assegurar os direitos das crianças e adolescentes.

Outrossim, como a guarda compartilhada não é estabelecida apenas pelos pais, verificou-se a importância que o julgador possui nesses processos, na medida em que ele é o responsável por concedê-la. Os arts. 1.593 e 1.594 do Código Civil de 2002 estabelecem que, sempre que houver a possibilidade, o julgador deve optar por instituir a guarda compartilhada.

Acontece que, para a guarda compartilhada ser instituída, faz-se necessário que esta atenda, naquela situação específica, o que for melhor para a criança ou adolescente envolvido, pois, apesar de ter se tornado regra, a análise do caso concreto evidenciará se esta será a melhor escolha.

Independente de como se deu o fim do relacionamento, é preciso entender que a guarda compartilhada sempre será estabelecida em benefício dos filhos. Dados do IBGE indicam que cada vez mais a guarda compartilhada vem sendo aplicada em nosso país, fator positivo, se sempre que aplicada vise atender o bem estar das crianças e adolescentes.

A partir das decisões analisadas, podemos perceber que o Poder Judiciário vem concedendo a guarda compartilhada independentemente da existência de consenso entre os genitores. Os julgados do Superior Tribunal de Justiça esclarecem que esta é a determinação legal, pois dificilmente uma dissolução de casamento ou união estável não produz conflitos, todavia, faz-se necessário que haja respeito, maturidade e cooperação entre os genitores. É preciso que estes sejam capazes de deixar as questões pessoais de lado em favor da promoção de um bem maior, que permitirá ao filho a continuidade do convívio familiar com ambos.

A guarda compartilhada também atua em benefício dos pais, no entanto, quando estes se mostram incapazes de deixarem suas desavenças de lado e resolverem em favor dos filhos, esta modalidade de guarda não deve ser concedida, na medida em que poderá causar ainda mais sofrimentos e danos às crianças e adolescentes, sendo, portanto, incapaz de atingir o fim pretendido.

Através da análise jurisprudencial, também se tornou possível verificar que, para a guarda ser concedida, na modalidade compartilhada ou não, não são apenas os fatores biológicos que são levados em consideração. É de extrema importância manter a criança ou adolescente com aquela pessoa que lhe auferir cuidados, dedicação e com quem o indivíduo construiu laços de afeto.

Destarte, ressalta-se a importância tanto do julgador analisar o caso concreto de forma minuciosa, buscando decidir em prol do melhor interesse, quando da necessidade deste também utilizar a ajuda de outros profissionais especializados, como assistentes sociais e psicólogos, para certificar se aquela estrutura familiar se encontra apta à aplicabilidade da guarda compartilhada. Apesar de não ser o único fator determinante, dependendo da situação e da idade da criança ou adolescente, a oitiva deste também será fundamental para decidir pelo melhor interesse.

Portanto, apesar de reconhecer as inúmeras vantagens que a guarda compartilhada possui e os benefícios que esta proporciona no desenvolvimento das crianças e adolescentes, vez que permite que estes continuem recebendo todo cuidado, educação e sustento por parte de ambos os genitores, fatores essenciais para um crescimento sadio, não se defende a concessão da guarda compartilhada de modo discricionário.

Diante de um processo de guarda existem muitas peculiaridades, interesses envolvidos e conflitos, fatores responsáveis por torná-lo ainda mais complexo. Ao decidir sobre a modalidade de guarda a ser aplicada, o julgador interferirá diretamente na vida e no dia a dia dos envolvidos. Por isso, é indispensável a realização de uma análise cuidadosa, orientada sempre pelo o melhor interesse da criança e do adolescente.

Em face do exposto, conclui-se que a aplicabilidade da guarda compartilhada deverá sempre ter como finalidade a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a assegurar os direitos fundamentais destes indivíduos.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: Um avanço para a família. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe?**. p. 14. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/.../guarda_compartilhada_mariaregina.doc. Acesso em: 15 abr. 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0005231-51.2006.8.05.0141. C. P. S e I. P. S. Relatora: Desembargadora Márcia Borges Faria, João Pessoa. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 de mar. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Estatísticas do registro civil 2015**. Rio de Janeiro, v. 42. p. 36, 2015.

_____. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 05 fev. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 08 fev. 2017.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 06 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.591.161 – SE. R. A. X. P. e S. A. B. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 de fev. de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.417.868 – MG. B. A. C. e L. G. M. e outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 10 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.560.594 – RS. J. P. L. e M. de A. L. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 23 de fev. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 mar. 2016.

DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais**. p. 4. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**. 2. ed. rev., atual. e ampl. v.6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. 2011. 260 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

KANNINK, Ana Paula. **O instituto da Guarda Compartilhada na Lei nº 13.058/2014**. 2015. 51 fl. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Faculdade Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/03/O-INSTITUTO-DA-GUARDA-COMPARTILHADA-NA-LEI-N-13-058-2014.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos Polêmicos da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2017.

LIMA, Débora Fernanda V; FERREIRA, Francisco Rafael. **A nova sistemática da Guarda Compartilhada – Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014**. p. 2. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS, Francisco de Oliveira. **Alienação Parental e a Guarda Compartilhada**. 2012. 96 fls. Monografia – Universidade Católica de Brasília. p. 28. Disponível em: <<http://twingo.ucb.br/jspui/bitstream/10869/1967/1/Francisco%20de%20Oliveira%20Martins.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

MOREIRA, Maria Camila da Silva. **A imposição do instituto da Guarda Compartilhada em contraposição ao Princípio do Superior Interesse da Criança**. 2014. 109 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Brasília. Disponível em:

<<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6051/1/21010355.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

NERI, Cristiano; Oliveira, Luiz Carlos de. **A doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral: infância e adolescência sob controle e proteção do Estado – II** Simpósio Nacional de Educação. p. 3. Disponível em: <<http://cac.php.unioeste.br/eventos/iisimposioeducacao/anais/trabalhos/221.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Relações existenciais decorrentes do poder familiar e sua tutela pelas normas do direito das obrigações**. 2012. 196f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 77. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10137/TESE%20-%20CATARINA%20ALMEIDA%20DE%20OLIVEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0020521-95.2014.815.2001. J. A. S e S. M. O. M. Relator: Juiz convocado Aluizio Bezerra Filho, João Pessoa, 09 de fevereiro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 de fev. 2017.

PAULO, Beatrice Marinho; PAULO JÚNIOR, José Marinho. **A evolução histórica da proteção principiológica da criança e do adolescente e a disputa por sua guarda**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=95>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática**. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **O “acolhimento” e o “melhor interesse da criança” como princípios norteadores da proteção da infância e juventude**. p. 3. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Acolhimento%20Familiar.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

_____; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, n. 23, p. 270, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_252.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2013.0001.002131-9. R.N. e J. R. R. C. J. Relator: Desembargador José Ribamar Oliveira, Teresina, 18 de novembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 dez. 2014.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2004. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em:

<http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 fev. 2017.

SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogério Mendes. **A viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. p.8. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5%20A%20VIABILIDADE%20DA%20APLICA%C3%87%C3%83O%20COERCITIVA%20DA%20GUARDA%20COMPARTILHADA%20NOS%20PROCESSOS%20LITIGIOSOS.PDF>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2014.