



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

UMA REFLEXÃO ACERCA DA EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA E
SUA EFICIÊNCIA NO AMBIENTE FAMILIAR

Dianne Augusta dos Santos
Nome do Professor-orientador

Aracaju/SE
2020

DIANNE AUGUSTA DOS SANTOS

**UMA REFLEXÃO ACERCA DA EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA E
SUA EFICIÊNCIA NO AMBIENTE FAMILIAR**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em

Banca Examinadora

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

UMA REFLEXÃO ACERCA DA EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFICIÊNCIA NO AMBIENTE FAMILIAR

A REFLECTION ABOUT THE SHARED GUARD'S EFFICIENCY AND ITS EFFICIENCY IN THE FAMILY ENVIRONMENT

i Dianne Augusta dos Santos

RESUMO

Este artigo visa analisar a guarda compartilhada e os reflexos deste instituto no âmbito familiar. Haja vista a mudança do perfil da família brasileira, tendo a legislação se adaptado para tanto, considera-se importante a reflexão acerca dos impactos causados. A princípio, por meio de levantamento de dados do tipo bibliográfico, pretende-se descrever as mudanças, bem como os conceitos jurídicos fundamentais para discutir o tema conforme o que prevê a legislação constitucional e infraconstitucional sobre o tema. Como por exemplo, o a evolução da família no ordenamento jurídico e princípios norteadores da guarda compartilhada. Ademais, serão utilizados doutrinadores com o fim de analisar as decisões dos tribunais por todo o país. A pesquisa realizada é de tipo básica visto que foram utilizadas obras já publicadas sobre o assunto. No que se refere à abordagem, a pesquisa é qualitativa haja vista a ausência de dados estruturados e a presença de uma análise subjetiva sobre os fatos.

PALAVRAS-CHAVE

Guarda compartilhada, Família, Princípios.

ABSTRACT

This article aims to analyze the shared custody and the reflexes of this institute in the family context. In view of the change in the profile of the Brazilian family, having adapted the legislation to do so, it is considered important to reflect on the impacts caused. At first, by means of bibliographic data collection, it is intended to describe the changes, as well as the fundamental legal concepts to discuss the theme in accordance with the constitutional and infra-constitutional legislation on the subject. For example, the evolution of the family in the legal system and guiding principles of shared custody. In addition, indoctrinators will be used to analyze court decisions across the country. It is a basic research because it uses works already published on the subject. Regarding the approach, the research is qualitative in view of the absence of structured data and the presence of a subjective analysis of the facts.

KEY WORDS

Shared custody, Family, Principles.

1 INTRODUÇÃO

Certamente, o direito de família é um dos ramos que mais movimentam os fóruns pelo país. Haja vista o crescimento do número de divórcios por meio da lei 6.515/77 além de tais ações, diversas outras decorrem delas. Como exemplo, podemos citar ações que versam sobre guarda e pensão alimentícia.

Todavia, mesmo com a progressão dos divórcios, famílias continuam sendo constituídas. Crianças nascem, e independente da dissolução do vínculo conjugal, o vínculo é eterno, inclusive, o jurídico.

Na análise histórica, observa-se a crescente valorização da vida. Assim, a proteção aos direitos fundamentais é fundamental em qualquer ordenamento jurídico moderno.

Tendo em vista a fragilidade da criança, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre inúmeras proteções, as quais são fundamentais quando tratamos da dissolução da união conjugal ou quando a criança é gerada fora de uma união formal.

Ocorre que, o Código Civil de 2002 regulamenta desde o nascimento, até a morte, então, os direitos que circundam a família, que possui extrema relevância para a carta magna, são recorrentemente reiterados independentemente da existência de uma lide.

Por isso, é fundamental analisar os aspectos referentes à guarda compartilhada, mecanismo relativamente novo no ordenamento.

O seguinte trabalho pretende conceituar e explicar o porquê da existência da guarda compartilhada. Para tanto, será realizado estudo principiológico com o fim de compreender o fundamento da guarda compartilhada. Por fim, será apresentado posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais, assim como o entendimento de renomados doutrinadores sobre o tema.

Sobre a metodologia, a pesquisa é descritiva pois o objetivo é explicar o assunto através de informações bibliográficas e jurisprudencial.

2 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conceito de família pode se tornar ambivalente a depender do ponto de vista adotado por cada autor. Nesse sentido, ao conceituar família, Pereira (2005) realiza as seguintes considerações:

[...] considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da Romana *Gens* ou da grega *Genos* do que da família propriamente dita (PEREIRA, 2005. p. 25).

A princípio, o autor afirma que não era dada muita importância à família como organismo jurídico. Todavia, já existiam alicerces que a fundamentavam: autoridade; efeitos sucessórios e alimentares; patrimonial; e demais implicações fiscais e previdenciárias (PEREIRA, 2005).

Com o tempo, houve mudanças no que tangem às nomenclaturas de família, ou seja, foram reconhecidos novos núcleo familiares como a exemplo da união estável e a família monoparental. Todavia, a sociedade ocidental se tornou patriarcal, principalmente por meio das religiões monoteístas:

A partir do século IV, com o Imperador Constantino, instala-se no Direito Romano a concepção cristã da família, na qual as preocupações de ordem moral predominam, sob inspiração do espírito de caridade. Mas, em todo tempo, sobrevivendo mesmo à codificação de Justiniano, a organização da família romana conservou-se autocrática, muito embora já se positivasse no sexto século a decomposição da família romana primitiva, como igualmente a da família germânica (Sippe) que já a esse tempo se iniciara” (PEREIRA, 2005, p. 54).

Diante do exposto podemos entender que no direito romano, a família era guiada pelo princípio da autoridade. O chefe de família mantinha toda autoridade

sobre a mulher e filhos, com passar dos tempos o autoritarismo românico foi perdendo espaço e por sua vez a mulher e os filhos puderam ter autonomia.

Outra significativa mudança trazida por Pereira (2005, p. 25), refere-se à classificação de família que: “não mais comporta a classificação, que se ligava mais intimamente à qualificação dos filhos, e, por metonímia, distinguia a família “legítima”, que tinha por base o casamento; a “ilegítima”, originária das relações extramatrimoniais;”.

Nesse sentido, podemos observar que a carta magna de 1988 desclassificou a família caracterizada como legítima e ilegítima ou seja não se qualifica unicamente pela regra do casamento, mas sim está atrelada a ideia de zelo de cada membro que a compõe, através de uma compreensão socioafetiva na busca da dignidade humana. Vejamos o que diz o artigo 227 da CF § 6º:

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. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Deste modo todos os filhos passaram a ser tratados de forma igualitária, não importando o vínculo de filiação, seja por laços genético ou fraternal todos serão iguais perante a lei.

Ademais, a constituição eleva a família à base da sociedade como podemos observar nos seguintes dispositivos constitucionais;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Analisando os referidos dispositivos, a Constituição de 1988 buscou nivelar a relação entre homens e mulheres. Ela veda explicitamente a discriminação, atribui a ambos direitos e deveres compatíveis no que tange aos direitos e obrigações.

Em contra partida Código Civil de 1916 retratava a sociedade na época conservadora e patriarcal, consagrava a superioridade masculina. “Tal código ia de encontro à lei maior e várias leis regulavam isoladamente, até mesmo de forma contraditória” (MONTEIRO, 2002).

O artigo 233, CC por exemplo, dispunha que “O marido é o chefe da sociedade conjugal” a ele incumbe representar a família em todos os aspectos. O artigo 240 por sua vez limita o papel da mulher cabendo a ela apenas papel a colaborativo no exercício dos encargos da família.

Diante do exposto, houve verdadeira constitucionalização do direito civil de 1916 até a vigência do código civil de 2002. Além disso, havia diferenciação entre as famílias, posto que o código de 1916 subordinava a legitimidade da família a existência do casamento (arts. 229, 352 e 355):

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Nesta conjuntura é possível enfatizar a intrínseca relação entre como a família está disposta em nosso ordenamento, com a intensificação dos direitos humanos. Ocorre que, a proteção a família só se dará caso seja preservada a dignidade de seus membros (MONTEIRO *et al*, 2016, p. 22): “cabendo à legislação à jurisprudência, assim como à doutrina, o indispensável senso de responsabilidade na regulamentação e na interpretação das normas sobre as relações familiares, sob pena de desestruturação desse núcleo essencial da sociedade”.

Monteiro (2016) considera ainda que a referida associação levaria ao retrocesso haja vista “o retorno ao passado, fazendo com que a família voltasse ao primitivo ponto de partida, revivendo o status em todo o seu vigor, sob a égide do próprio Estado”. O autor ressalta que a tendência normativa-cultural atingiu o Código

civil 2002. Conforme será abordando nos seguintes tópicos, a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade resultou na tutela “qualificativa” das relações familiares.

Atualmente, segundo Monteiro (2016), existem quatro espécies de grupos familiares:

- a) a entidade familiar criada pelo casamento entre pessoas de sexo diverso;
- b) a entidade familiar decorrente do casamento e da união estável entre homem e mulher;
- c) a entidade familiar decorrente da união entre duas pessoas do mesmo sexo¹³;
- d) a comunidade familiar, formada por apenas um dos genitores e seus descendentes;
- e) a família socioafetiva e a família substitutiva, na qual a pessoa é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu, para receber melhores condições de vida, e na qual passa a desempenhar integralmente o papel de filho (MONTEIRO, 2016, p. 26).

A Constituição Cidadã alargou o conceito de família, de modo que foram reconhecidas e tuteladas outras formas de família. A entidade familiar, assim, passa a ser compreendida com base no afeto, na solidariedade existente entre seus membros, em detrimento da concepção.

2.1 Poder Familiar

Conjunto de direito e deveres atribuídos aos pais, cujo objetivo é cuidar dos interesses dos filhos no âmbito da assistência, amparo e processo de formação da personalidade do menor. A doutrinadora Diniz (2010) conceitua o instituto como sendo:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (DINIZ, 2010, p. 565).

Nesse sentido fica claro que as obrigações entre os pais deverão ser divididas com o intuito de garantir a assistência adequada resguardando o direito que o menor possui de ser assistidos pelos seus pais.

O Código Civil assim explica: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, não alteram a relação entre pais e filhos senão quanto o direito, que cabe aos genitores de terem a companhia de seus filhos” (art.1632).

Nesse sentido, fica claro que o ordenamento jurídico busca defender o direito dos filhos acima de qualquer tipo de relação familiar. Os pais são os únicos responsáveis pela manutenção da assistência aos filhos, podendo sofrer sanções punitivas através de processo judicial, como perda do poder familiar, caso coloquem em risco a integridade física e psicológica da criança. Hipótese prevista no código civil nos artigos 1.637 e 1.638.

Segundo os ensinamentos de Ramos (2016, p. 42), o conceito de pátrio poder estava vinculado ao poder restrito do pai sobre a família. Em suas palavras: “O poder familiar é, assim, um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, orientação e proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos” (RAMOS, 2016, p. 43).

O Código Civil de 2002 dispõe o seguinte:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. 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.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

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.

3 A GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Conceito

Guarda compartilhada é um exercício conjunto entre os pais, com propósito de atender unicamente o melhor interesse da criança e do adolescente, para atenuar os efeitos negativos da ruptura da sociedade conjugal sobre a formação dos filhos.

A mudança social da família modificou costumes e valores, levando a sociedade a clamar por uma nova criação de guarda que pudesse manter laços afetivos entre pais e filhos pós-divórcio.

Surge então a lei 13058/2014, que visa reequilibrar os papéis parentais, posto que a sociedade contemporânea busca um novo modelo que atenda às exigências constitucionais.

Assim disciplina o Código Civil de 2002:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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

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

Nas palavras de Monteiro (2016, p. 423): “Na guarda compartilhada, ambos os genitores participam igualmente da educação e de todos os deveres e direitos perante a prole. É solução que privilegia os laços entre pais e filhos”.

O autor também destaca a necessidade de diferenciar a guarda compartilhada da guarda alternada. Na segunda, os pais dividem o poder familiar “em períodos diversos entre os genitores” (MONTEIRO, 2016, p. 424).

Ou seja, a responsabilidade que outrora sobrecarregava as mães, torna-se democrática, pois delega aos pais tarefas que historicamente seriam comuns das mães como cuidar, educar, levar à escola etc.

Ademais, o referido autor traz os enunciados nº 603, nº 604 e nº 606 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ:

Também “não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho” (Enunciado nº 604). Deve, sim, haver, uma “divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um” (Enunciado nº 606). [...] a guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência (Enunciado nº 605) e não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia (Enunciado nº 607).

Tais objetivos refletem a intenção do legislador com o instituto, haja vista a importância dada à família é importante que os laços familiares se mantenham. Todavia, Patrícia Ramos (2016, p. 74) ressalta a importância da diferenciação entre a guarda física compartilhada (compartilhamento da mesma casa com a criança) e a guarda jurídica compartilhada (responsabilidade de educar os filhos) Ocorre que, elas não devem ser confundidas com o pleno exercício do poder familiar.

A guarda física ou material compartilhada instituída pela Lei n. 11.698/2008, foi sedimentada no art. 1.583, § 2º, do Código Civil pela nova redação dada pela Lei n. 13.058/2014, que expressamente menciona a necessidade de que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre mãe e pai (RAMOS, 2016, p. 74).

Por fim, é válido reafirmar que o exercício dos direitos e deveres de forma compartilhada, estabelece um laço afetivo entre pais e filhos, com o objetivo de garantir melhor interesse do menor.

3.2 A guarda compartilhada e sua aplicabilidade nos princípios constitucionais

Em seu texto a Constituição Federal de 1988 aborda, diversos princípios constitucionais aplicáveis no direito de família.

Neste sentido, Simone Tassinari Cardoso, quando aborda a Constituição de 1988 e a família para excluídos, ressalta um divisor de águas a partir da Carta Magna, conforme a seguir destacado: “Às vésperas do século XXI ergueu-se no sistema jurídico brasileiro um divisor de águas. A Constituição Federal de 1988 avança como resposta social às necessidades dos

indivíduos, até então excluídos da tutela jurídica. A família permanece como base de sociedade civil, merecendo especial proteção estatal, todavia altera sua essência, devendo apresentar-se de modo convergente com o Estado Social Democrático, tendo como princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana” (CARDOSO, 2004, p. 91).

O direito de família tem abordagem diferenciada em relação aos outros ramos do direito, seu objetivo é assegurar a proteção da família e a pessoa dos filhos.

É importante salientar que existe diversos princípios, e nesse momento serão abordados aqueles mais irrelevante para a lei da guarda compartilhada.

3.3 Princípio geral do cuidado.

Podemos verificar as grandes mudanças ocorridas nas relações da sociedade, dando maior ênfase no quesito família estabelecendo um novo paradigma jurídico mediante a constituição federal de 1988. Abordando essa questão:

Roberta Tupinambá ressalta que “atualmente, o novo padrão enfrentado no bojo das relações familiares e de filiação alterou todos os parâmetros relativos aos conceitos de poder familiar, de convivência família e da própria estrutura familiar de um modo geral (TUPINAMBÁ, 2008, p. 357).

Nesta visão, o princípio jurídico do cuidado, procura a valorização do homem acima de tudo. A família é um ambiente onde se constrói o desenvolvimento da personalidade daqueles que a integram. O cuidado por sua vez ganha espaço jurídico ao tratar de crianças e adolescentes, pois é nessa fase que se estabelece o desenvolvimento de sua personalidade.

Vale ressaltar que o princípio geral do cuidado está implícito no ordenamento jurídico, tem como objetivo , assegurar a criança e ao adolescente, o direito de poder ter um desenvolvimento físico e psicológico adequado, permitindo que lhes seja

dado um ambiente familiar saudável para que se possa manter laços afetivos entre seus genitores.

3.4 Princípio do pluralismo das entidades familiares

Diante da aceitação atual da constituição, que passou a reconhecer diversos tipos de construção de família, saindo do padrão normal onde família era constituída através do casamento entre homem e mulher, hoje se permite ser considerada família a relação entre casais homossexuais, com isso pode-se perceber um aumento significativo de surgimento de novas famílias, essa evolução vem acompanhada pelo princípios da dignidade humana, da afetividade, da solidariedade e do cuidado.

3.5 Princípios da Afetividade

Moacir Pena Júnior enfatiza que, “o afeto é fundamental para que as relações na família sejam bem-sucedidas. Sem ele, estas tendem a não prosperar, havendo um afastamento natural entre seus componentes e dificultando a formação de famílias sólidas e felizes” (PENA JÚNIOR, 2008, p. 10). O princípio da afetividade não está expresso na carta magna, está implícito no princípio da dignidade humana, o afeto está ligado ao amor e a família.

3.6 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento da república federativa, positivado no artigo 1º inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta Constituição.

A preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental quando interferimos na vida dos seres humanos, a fruição de seus direitos e de suas garantias é o “norte” da atuação dos membros dos três poderes.

Por conseguinte, Nunes (2018, p. 69), ao falar sobre dignidade, menciona é um conceito extenso que foi elaborado no decorrer da história. O referido princípio só chega ao status de valor supremo no final do século XX.

3.7 Princípio do melhor interesse da criança

Conforme enuncia o artigo 3.1 da Convenção Universal dos Direitos da Criança e do adolescente: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.”.

Ademais, o art. 100, parágrafo único, inciso II do Estatuto da criança dispõe o seguinte: “proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”.

Sobre o tema, a doutrina de proteção integral segundo Costa (2002, p. 17), refere-se ao “valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude”.

Nesse sentido, nos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, podemos observar a aplicação do referido princípio:

HABEAS CORPUS. [...] GUARDA COMPARTILHADA. INEXISTÊNCIA DE RISCO IMEDIATO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA. INTERRUÇÃO DE ANO ESCOLAR. SUSPENSÃO DA LIMINAR. [...]. A retirada abrupta do lar paterno, além de presumivelmente traumática para a paciente, ensejaria, no presente momento, a interrupção do ano letivo já iniciado na escola em que se encontra regularmente matriculada, caracterizando efetivo periculum in mora às

avessas. (HC 527.181/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 04/12/2019) RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. **A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.**2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse do menor. [...] (Resp. 1707499/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 06/05/2019)

Por isso, aplicar o princípio do melhor interesse da criança, requer a compreensão do seu melhor equilíbrio físico e psicológico. Posto isso, compreende-se o papel preponderante dado aos profissionais da área do serviço social e da psicologia.

Conclui-se que, na análise do caso, o juiz deverá se ater às circunstâncias que privilegiem o menor. Assim, não será considerada a preferência dos genitores.

3.8 Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes

O Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes está previsto no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em especial, no que se refere à proteção dos filhos na separação e no divórcio, Pereira (2020) ressalta que a guarda compartilhada preza pelos seguintes objetivos:

Diminuindo de forma significativa os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião pela ausência de cuidados em relação aos filhos, a guarda compartilhada envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos

no interior da família desunida. (PEREIRA, 2020, p. 328)

Na aplicação do referido princípio, o Estatuto da criança e do adolescente cumpre o papel de legislação específica acerca da proteção do menor.

4 EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFICIÊNCIA NO AMBIENTE FAMILIAR

A eficácia da guarda compartilhada vai depender tão somente da sua aplicação definida pelo ordenamento jurídico no caso real. Mesmo sendo obrigatório por lei o magistrado pode definir outra modalidade de guarda baseado nos princípios constitucionais que defende o melhor interesse do menor, ou seja, a guarda poderá ser compartilhada ou não. Julgado referente a essa colocação:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse do menor. 3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, procedimento vedado pela Súmula nº 7/STJ. 4. Recurso especial não provido. (STJ - Resp.: 1707499 DF 2017/0282016-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 09/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2019)

Todavia numa separação litigiosa a guarda compartilhada tornar-se-ia inviável, visto que sem acordo entre os cônjuges possivelmente a disputa pela guarda do filho seria basicamente como um troféu, ou seja o menor passaria ser um objeto de disputa , e não é esse o objetivo mas sim manter laços afetivos num ambiente familiar harmonioso e saudável.

É importante ressaltar que tal eficácia dependera sempre do elevado grau de cooperação entre os pais separados e maturidade para colocar o interesse do filho acima de qualquer outra coisa. Observa-se, portanto, que essa modalidade de guarda, gera um compartilhamento de responsabilidade e decisões conjuntas entre

os pais perante seus filhos, possibilitando o acompanhamento da vida diária da criança e do adolescente como saúde, educação, formação religiosa etc.

Assim, entende-se que com a aplicação da guarda conjunta como premissa geral terá, como efeito, a médio prazo, a modificação no pensamento daqueles que enfrentarem rompimento da relação matrimonial.

Contudo, a importância da guarda compartilhada tem sido popularizar a discussão da coparticipação parental na vida dos filhos. E, conseqüentemente, cresce o desejo de ambos os genitores participarem da vida da prole, durante o matrimônio e após seu eventual fim. Quando, então, efetivada, seus efeitos abrangem a experiência do pleno exercício da autoridade parental, nos exatos moldes do art. 1632 do CC.

É importante destacar, que a ambos os pais têm a titularidade, tem o dever gerenciar a educação dos filhos. A maioria da doutrina acredita na eficiência dessa modalidade de guarda, já outras discordam de sua efetividade, pois quando os pais que não conseguirem controlar seus conflitos, iram conseqüentemente, ao poder judiciário para que se consiga tomar decisões que não foram possíveis entre os cônjuges como por exemplo questões relacionadas a educação, tratamento de saúde etc.

No entanto podemos observar que a guarda compartilhada poderá trazer benefícios e menos trauma para a criança, se houver uma cordialidade entre os pais. Todavia é descabido pensar uma efetividade do exercício da guarda numa relação de litígio entre os cônjuges, onde predomina o ódio entre eles pois o menor será obrigado a conviver habitualmente com brigas e conflitos de natureza diversas.

Conclui-se que a guarda compartilhada para ser eficaz, precisa que ambos os pais estejam em comum acordo, sem litígio, onde possa predominar o melhor interesse do menor. Pois se assim não for tal modalidade de guarda não trará conseqüências positivas, benéfica nem tão pouco estabilidade emocional a prole, desnaturando o verdadeiro sentido da guarda conjunta.

Nesse sentido a guarda para ser efetivamente implementada necessitaria de tempo e ajuda disciplinar de profissionais que auxiliarão no amadurecimento de sentimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do artigo foram explicados e discutidos os conceitos e institutos fundamentais para que se possa compreender a guarda compartilhada e suas nuances. A princípio, foi trabalhada a evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme se evidencia na análise história do nosso ordenamento, observa-se que a família sofreu profundas mudanças no último século. A constituição de 1988 representou significativa evolução nas relações familiares por meio da vedação ao tratamento discriminatório, bem como a importância dada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, como fora exposto, a carta magna positivou inúmeros direitos e garantias ao menor e deu respaldo para o Estatuto da criança e do adolescente. Todavia, o código civil de 1916 vigorou até 2002 e ainda possuía inúmeros vocábulos totalmente desconectados da realidade social.

Nessa toada, surge a guarda compartilhada fundada em diversos princípios que podem ser encontrados na constituição e no estatuto da criança e do adolescente.

Tais princípios privilegiam uma nova forma de se ver a família. O legislador reconheceu a importância da participação de ambos os pais na vida do menor. Se outrora, recaía a mãe a obrigação exclusiva de criação dos filhos, a guarda compartilhada reflete a repartição de obrigações entre os genitores.

Por isso, a eficácia da guarda compartilhada poderá ser vista de dois ângulos. O primeiro, sob o ponto de vista da proteção do menor com respaldo dos princípios protetivos encontrados no ordenamento jurídico. O segundo, sob o aspecto do nivelamento das relações entre os pais, haja vista o compartilhamento de obrigações de forma igualitária.

No que se refere ao primeiro aspecto, tendo como base as decisões citadas ao longo do artigo, o poder judiciário tem aplicado os princípios com o fulcro de respaldar o menor de qualquer male que possa resultar a separação.

Todavia, no que se refere ao nivelamento das relações, observa-se que ainda é arraigada a concepção de que a mãe é a principal responsável pelo menor. Portanto, é evidente que os princípios encartados em nossa legislação têm sido utilizados como fundamento das decisões que se referem ao instituto da guarda compartilhada.

Assim, utilizando a aplicação dos princípios como parâmetro para medir a eficiência da guarda compartilhada, podemos inferir um elevado grau de eficiência. As decisões colacionadas ao longo do artigo evidenciam a preponderância do resguardo do menor. Entretanto, no que se refere ao sopesamento entre as relações dos pais, observa-se que as decisões ainda não são muito claras a esse respeito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Lei federal n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 19 de abr. de 2020.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Habeas Corpus n. 527.181/GO. Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2019. Disponível em: Acesso em 19 de abr. de 2020.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Recurso especial n.1707499/DF. Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 06/05/2019. Disponível em: Acesso em 19 de abr. de 2020.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Habeas Corpus n. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 13/05/2019. Acesso em: 19 de abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 15. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro, Forense, v. 5, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família** / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência / Rizzatto Nunes. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2: direito de família** / Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva. – 43. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** / Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
