

A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Franciele Santos Borges¹
Rogério Mendes Fernandes²

RESUMO

Com a promulgação da Lei 13.058/2014, a modalidade de guarda compartilhada passou a ser adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a presente monografia tem como objetivo realizar um estudo sobre a guarda compartilhada, verificando as suas vantagens e desvantagens. Ademais, tendo em vista que, com o término do relacionamento muitos pais não conseguem conviver em harmonia, o presente trabalho tem o propósito de verificar a aplicabilidade e eficácia do modelo de guarda compartilhada, bem como verificar se tal modalidade de guarda atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Vantagens e desvantagens. Melhor interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT

With the enactment of Law 13.058 / 2014, the shared custody modality was adopted as a rule in the Brazilian legal system. Thus, this monograph aims to conduct a study on shared custody, checking its advantages and disadvantages. In addition, since many parents can't coexist in harmony, the purpose of this study is to verify the applicability and effectiveness of the shared custody model, as well as to verify if this type of custody meets the principle of best interest of the child and adolescent.

Keywords: *Shared custody. Advantages and disadvantages. Best*

¹ Acadêmico do curso de Direito – Faculdade Atenas

² Docente do curso de Direito – Faculdade Atenas

interests of children and adolescents.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao observar o referido artigo, verifica-se que a convivência familiar é um dos direitos da criança e do adolescente. Dessa forma, mesmo ocorrendo a ruptura da relação conjugal, deve ser garantido ao menor a convivência familiar.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 19, dispõe que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Com o rompimento da sociedade familiar é necessário definir uma modalidade de guarda que garanta a convivência familiar e atenda ao melhor interesse da criança e do adolescente. Dentre as modalidades de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico, encontra-se a guarda compartilhada.

O artigo 1583, § 1º, do Código Civil, conceitua a guarda compartilhada como sendo “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”.

Dessa forma, é fundamental estudar o instituto da guarda compartilhada, considerando sua importância no contexto social e jurídico. Ademais, com o término da relação conjugal e, principalmente quando há conflito entre os genitores, é importante analisar a aplicabilidade e a eficácia da guarda compartilhada, bem como se tal modalidade de guarda, efetivamente, atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente assegurado na Constituição Federal.

GUARDA, CONCEITO E MODALIDADES.

CONCEITO DE GUARDA

Guarda é um termo que expressa à ideia de cuidado, proteção, segurança e zelo. Nas palavras de Lobo (2011, p.190):

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício.

Nos termos do artigo 229 da Constituição Federal é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores. No mesmo sentido, o Código Civil, em seu artigo 1.634, incisos I e II, estabelece que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste, quanto aos filhos, dirigir-lhes a criação e a educação e exercer a guarda unilateral ou compartilhada.

Da mesma forma, o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a guarda é instituto que visa à proteção da criança e do adolescente, que pode ser deferida incidentalmente nos processos de adoção ou tutela ou ainda de forma autônoma, com o objetivo de atender a situações peculiares ou para suprir a falta dos pais ou responsável.

Para Strenger (1998, p.31), a guarda pode ser definida da seguinte forma:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.

Assim, verifica-se que a guarda é um atributo inerente ao poder familiar, sendo um dever que os pais têm de dar assistência educacional, material e moral aos filhos menores, garantindo-lhes o desenvolvimento físico e psíquico. O poder familiar tem início com o nascimento dos filhos. Desde então, os pais são detentores de direitos e deveres constitucionalmente definidos.

Após a definição de guarda, antes de chegar ao ponto principal do trabalho, qual seja, o estudo da aplicabilidade da guarda compartilhada, é importante explicar sobre as modalidades de guarda, bem como sobre suas características e diferenças. Passemos então a analisar as modalidades de guarda.

MODALIDADES DE GUARDA

No ordenamento jurídico brasileiro, as duas modalidades de guarda são apresentadas nos artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil, sendo a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral, também conhecida como guarda exclusiva, está prevista no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002, sendo aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.”

Já a guarda compartilhada ambos os pais terão responsabilidades com os filhos. O artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 11.698/2008, conceitua tal modalidade como “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”.

A guarda compartilhada foi introduzida no nosso Ordenamento Jurídico com a Lei nº 11.698/2008 sendo que, diferente da guarda unilateral que é atribuída a um só dos genitores, nesta modalidade as decisões referentes aos filhos, são tomadas conjuntamente pelos pais.

Outra modalidade de guarda é a alternada. Tal modalidade se trata de uma criação doutrinária e jurisprudencial, pois não há previsão no Código Civil. Nessa espécie os filhos permanecem sob a guarda material de um dos genitores por períodos alternados.

Waldyr Grisard Filho (2000, p.106) explica a espécie de guarda alternada:

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, invertem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Essa modalidade de guarda é muito criticada pela doutrina e por profissionais do direito, pois é contrária ao princípio da continuidade do lar. Ademais, essa espécie traz consequências negativas quanto ao psicológico do menor, pelo

fato de que a cada período a criança e o adolescente teria uma adaptação diferente a hábitos e costumes de seus genitores que, muitas vezes, são contrários.

Tartuce (2015, p.251) faz críticas a este instituto da guarda alternada, dizendo que ela não é recomendável, pois pode trazer confusões psicológicas à criança. Aduz que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Explica que alguns denominam a guarda alternada como a guarda do mochileiro, já que o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. Tartuce entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna.

Ainda existe outra modalidade de guarda definida como guarda de aninhamento ou nidação. Esta modalidade de guarda, pouco utilizada, se dá quando os filhos que têm residência fixa e os genitores é que se alternam o período de guarda, ou seja, um período o pai reside com o filho e em outro período a mãe.

Segundo Fontes (2009, p.47), no aninhamento ou nidação o menor permanece em uma única casa, porém são os pais que se mudam alternadamente a esta casa, seguindo um ritmo periódico.

Das modalidades de guarda citadas, é importante verificar as diferenças da guarda alternada e da guarda compartilhada, já que muitas vezes são confundidas. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 599) explica:

Guarda alternada - modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados; de 1º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos.

Diniz (2010, p. 290) aduz que na guarda compartilhada ou conjunta prevalece uma forma de custódia em que, os filhos têm uma residência principal, para garantir sua estabilidade emocional e seu bom desenvolvimento, psíquico e educacional, não comprometendo sua necessidade de experiências contínuas no cotidiano, evitando uma desorganização na rotina pessoal e escolar, e ambos os

pais tem responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos

Já na guarda alternada, Diniz (2010, p. 290) explica que o filho fica ora sob a custódia de um dos pais, com ele residindo, ora sob a do outro, passando a conviver com ele. Relata que, como há deslocamento periódico do menor, poderá ocorrer à interferência em seus hábitos educacionais, gerando instabilidade emocional e interferência de convívio social, logo não é muito recomendada.

Atualmente, a modalidade de guarda compartilhada passou a ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, mesmo havendo vantagens na aplicabilidade da guarda compartilhada, tal modalidade possui alguns pontos negativos, como veremos a seguir.

VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Verifica-se que são muitas as vantagens em relação à guarda compartilhada, tanto para os pais, quanto para os filhos. Inicialmente, uma das vantagens da guarda compartilhada, e que é de suma importância, é a convivência dos filhos com os seus pais, o que evita uma distância entre o filho e o genitor que não possui a guarda.

Nesse sentido, discorre Grisard Filho (2014, p.211):

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla elaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto.

O fim do relacionamento reflete negativamente sobre os filhos, causando insegurança e carência. A guarda compartilhada possibilita uma melhor compreensão dos filhos com relação ao divórcio dos pais. Como já falado, a convivência familiar é direito da criança e do adolescente. Os filhos não devem ser prejudicados com o término da relação dos seus genitores. É essencial para o desenvolvimento da criança e do adolescente manter o vínculo de afetividade.

Assim, na guarda compartilhada, segundo Dias (2013, p.454) “A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”.

A guarda compartilhada permite que todos os direitos e deveres em relação aos filhos sejam exercidos de forma conjunta, fazendo com que haja uma colaboração entre os pais na decisão do que for melhor para a vida do filho. Ademais, a criança ou adolescente não precisa fazer uma escolha entre um dos pais, ou seja, não precisa escolher com quem prefere ficar, situação que causa um desgaste psicológico e emocional.

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda na qual os pais são titulares e atuam com direitos e deveres em relação aos filhos, tendo a responsabilidade de criar, cuidar e educar. Rosa (2015, p. 63) explica que:

A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

Conforme o pensamento de Waldyr Grisard Filho (2000, p.168), a guarda compartilhada é norteadada pela continuidade das relações entre pais e filhos e privilegia a não exposição do menor aos efeitos devastadores dos conflitos parentais, contribuindo para manter a criança próxima aos dois genitores e diminuindo o sentimento de perda e rejeição.

Ambos os genitores possuem o dever e a responsabilidade de educar e assistir seus filhos, como também o direito de conviverem igualmente com estes. Assim, outra vantagem da guarda compartilhada é o fim dos desentendimentos sobre a regulamentação das visitas, bem como em relação à ausência de um dos pais que não possuía a guarda.

Ademais, o exercício da autoridade é outra vantagem da guarda compartilhada. Ricardo Rodrigues Gama (2008, p.52) explica que ao exercer o simples direito de visita, percebe-se que o pai vai diminuindo o rigor que deve tratar os filhos. Aduz que a guarda compartilhada não permiti que isso ocorra com tanta facilidade e, claramente, pode-se priorizar todos os momentos com disciplina e afeto.

Além disso, é importante ressaltar que o combate da alienação parental também é uma vantagem da modalidade de guarda compartilhada. Sobre essa questão Rosa (2015, p. 63/64) explica que:

A utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral representa, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome da alienação parental. Isso porque, em seu comportamento ardiloso e incessante, o alienador busca ser o único cuidador da criança, fazendo que o contato com o outro genitor seja repudiado pelo rebento sem motivo concreto.

A grande vantagem em relação às outras modalidades é que a guarda compartilhada prioriza a convivência dos filhos com os pais evitando que a criança e o adolescente perca o contato com o genitor que não detém a guarda.

O genitor que não detém a guarda material não se limitará a supervisionar a educação, alimentação, segurança e a saúde dos filhos. Na modalidade da guarda compartilhada ambos os genitores participarão de forma efetiva e equivalente na autoridade parental para tomarem decisões importantes para o bem estar da criança e do adolescente.

Para Paulo Lôbo Luzi Netto (2008), são evidentes as vantagens da guarda compartilhada:

Prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, previamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravessar no processo de separação.

Lado outro, mesmo havendo vantagens na aplicação da guarda compartilhada, esta modalidade também recebe críticas. Para exemplificar, mesmo reconhecendo vários pontos positivos desse modelo de guarda, Waldyr Grisard Filho (2014, p.258) também se posiciona de forma negativa em relação aos genitores que vivem em conflito.

O referido autor entende que pais em conflitos constantes, não cooperativos, que não tem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para ele, no caso dessas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitar.

Com o término do relacionamento, muitos pais não conseguem manter um bom relacionamento e acabam prejudicando os filhos com seus desentendimentos. Assim, não havendo harmonia e diálogo entre os genitores, a guarda compartilhada pode causar mais conflitos.

A guarda compartilhada apresenta muitas vantagens, mas nem sempre os genitores tem maturidade suficiente para lidar com esta modalidade. Dessa forma, conforme pontua Gonçalves (2014, p.295) “Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns”.

Observa-se que mesmo com tantas vantagens, se não houver respeito mútuo, harmonia e diálogo entre os genitores, é necessário verificar se a guarda compartilhada é a melhor opção. Dessa forma no capítulo seguinte tratará sobre a obrigação legal de aplicação da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente assegurado na Constituição Federal.

A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O Código Civil de 2002 dispõe sobre as modalidades de guarda nos artigos 1.583 e 1.584. Com a promulgação da Lei 13.058/2014, a modalidade de guarda compartilhada passou a ser adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, com a nova lei o artigo 1.584 do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

Artigo 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – Requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – Decretada pelo juiz, em atenção as necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo, necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 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.

Nota-se que o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil dispõe sobre a obrigatoriedade legal de imposição da modalidade de guarda compartilhada. O

Projeto de Lei nº 117/2013, apresentado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, deu origem a Lei nº 13.058/2014, tendo como objetivo diminuir as consequências do divórcio, dispondo que, se não houver acordo entre os genitores quanto à guarda do filho, estando ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar expressamente ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Dias (2015), entende que a criação da lei se mostrou de suma importância para o quadro familiar nacional, sustentando que o novo modelo de co-responsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse.

Fargetti (2015) aduz que:

O que se pode perceber é que com a guarda compartilhada busca-se a preservação do convívio harmonioso entre filhos e pais separados, tendo em vista, tratar-se de interesses de um menor em formação e que, para tanto carece de um plano familiar estruturado ou que melhor se aproxime desse ideal.

Observa-se que a preferência legal é pelo compartilhamento. Ademais, verifica-se que alguns estudiosos do direito são favoráveis a aplicação da guarda compartilhada, tendo em vista que esta modalidade possibilita aos genitores a participação conjunta na criação dos filhos. Contudo, o que se indaga através do presente trabalho é se a guarda compartilhada, mesmo com tantas vantagens, é a modalidade ideal a ser aplicada quando há conflito entre os genitores.

Após o divórcio ou com a dissolução da união estável, muitos pais não conseguem ter um bom relacionamento e por essa razão não conseguem decidir qualquer assunto referente à criança ou adolescente conjuntamente. O casal que possui desavenças, mágoas e não tem diálogo dificilmente conseguirá conviver com a modalidade de guarda compartilhada.

Esta espécie de guarda tem como objetivo manter o vínculo de afetividade entre pais e filhos e de fato, a Lei nº 13.058/2014, que apresenta a guarda compartilhada como regra, significou um importante avanço já que valoriza a presença de ambos os genitores. Entretanto, tal modalidade de guarda não deve ser aplicada sem análise do caso concreto e sem a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Como dispõe Gonçalves (2014, p.293): “Deve-se sempre dar primazia aos interesses dos menores”.

Mesmo a guarda compartilhada sendo a regra no direito brasileiro e mesmo com tantas vantagens, quando se trata de questões que envolvem crianças e adolescentes é necessário, em qualquer decisão, ter como base princípio do melhor interesse do menor.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p .248):

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

Todo caso deve ser analisado com cautela antes de ser decidido. O magistrado deve, antes de aplicar o modelo de guarda compartilhada, determinar a realização de estudo social, psicossocial e todas as medidas existentes para que o princípio do melhor interesse da criança seja atendido.

Conforme dispõe Venosa (2011, p. 186), não resta dúvida de que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes. Contudo, a cautela em se estabelecer a guarda deve ser extrema, evitando assim que um modelo que tem tudo para ser perfeito para o novo núcleo familiar seja uma situação que venha a trazer traumas ainda maiores para a criança, que é inserida neste contexto obrigatoriamente.

Como já relatado, uma das vantagens da guarda compartilhada é que ela possibilita que a criança e o adolescente convivam com ambos os genitores. No entanto, verifica-se que muitos pais não possuem diálogo e capacidade de cooperação, o que torna bem difícil decidirem conjuntamente as responsabilidades com o filho. Dessa forma, a obrigatoriedade não pode ser exercida de modo absoluto. Conforme o entendimento de doutrinadores e juristas brasileiros a guarda compartilhada não deve ser imposta.

Venosa afirma (2011, p. 186) que é certo que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. E para isso, não são necessárias leis, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores e juízes consciente dessa realidade social.

Observa-se que não é bom para o desenvolvimento psicológico do menor, impor a modalidade de guarda compartilhada se os pais demonstrarem que não são capazes de ter uma convivência harmônica entre eles. O professor Márcio André Lopes (2014) aduz que a guarda compartilhada exige como pressuposto que haja um mínimo de convivência harmônica entre os genitores, já que as decisões a respeito do filho deverão ser tomadas em conjunto, com base no diálogo e consenso.

Ademais, o professor Marcio André Lopes (2014) explica que se os pais da criança não tiver uma relação harmoniosa, é extremamente improvável que consigam dialogar e decidir, de forma amistosa, pontos conflituosos em relação ao filho. O professor cita, como exemplo, as decisões quanto à escola em que o filho irá estudar, o tempo que cada um dos pais passará com a criança, as obrigações de cada genitor. Para ele, na guarda compartilhada muito pouco adianta que tais cláusulas sejam impostas pelo juiz porque o Poder Judiciário não terá condições de acompanhar, na prática, o cumprimento de tais medidas e a sua efetividade será mínima se não houver disposição e compromisso dos pais em respeitá-las.

Verifica-se que para alguns doutrinadores o consenso entre os genitores é um requisito importante a ser analisado antes de aplicar a modalidade de guarda compartilhada. Dessa forma, entendem que nos casos em que há conflito e desrespeito entre os cônjuges, a modalidade de guarda compartilhada não deve ser concedida.

Ana Carolina Silveira Akel (2008) apud Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 296) aduz que:

Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso, que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo.

A guarda compartilhada, embora tenha sido disciplinada como regra geral, não é a melhor opção e não deve ser imposta se houver desrespeito e disputas constantes entre os genitores. O correto é priorizar o interesse do menor. Verificando que a guarda compartilhada não atende o caso concreto, tal modalidade não deve ser aplicada.

Sobre este assunto o autor Caio Mario da Silva Pereira (2015, p. 323) explica que:

Este tipo de guarda de filho na separação exige um efetivo entendimento entre os genitores; disputas permanentes, desrespeito e desavenças devem orientar para o sistema tradicional de regulamentação da convivência, sem afastar o direito de o genitor descontinuo participar das decisões relativas aos filhos.

Observando a jurisprudência, nota-se que há entendimentos favoráveis à aplicação da modalidade de guarda compartilhada mesmo na ausência de consenso entre os genitores, conforme se verifica na ementa do Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça:

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

(REsp 1428596 RS 2.013/0376172-9, T3 Terceira Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 03/06/2014, Data de publicação: 25/ 06/2014).

Por outro lado, há entendimentos no sentido de que não deve ser aplicada a modalidade de guarda compartilhada se os pais não tiverem um bom relacionamento. Os que não concordam com a aplicação da modalidade de guarda compartilhada quando há conflito entre os genitores, entendem que a aplicação desse modelo de guarda poderá causar mais prejuízos para o menor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia

e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a guarda compartilhada é descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO (Agravo de Instrumento Nº 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015, Data de publicação: 20/ 08/2015).

Percebe-se que alguns doutrinadores concordam que a guarda compartilhada seja adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que esse modelo de guarda possibilita a convivência dos genitores com os filhos mesmo após o divórcio ou a dissolução da união estável, além de apresentar outras vantagens que já foram mencionadas.

Por outro lado, há críticas em relação à obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada. Alguns doutrinadores entendem que quando há conflito entre os genitores, tal modalidade de guarda não deve ser imposta. Defendem que se não houver harmonia, diálogo e cooperação entre os pais, a guarda compartilhada não seria viável.

Por fim, com relação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, alguns estudiosos entendem que a guarda compartilhada apresenta mais vantagens do que as outras modalidades de guarda e por isso atende o melhor interesse da criança e do adolescente. Outros entendem que se não houver harmonia entre os genitores, mesmo sendo a regra no ordenamento jurídico, a aplicação da guarda compartilhada se for imposta nesta situação poderá prejudicar ainda mais a criança e o adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, dentre as modalidades de guarda analisadas no presente estudo, foi possível verificar que a guarda compartilhada é a que apresenta mais vantagens tanto para os filhos, quanto para os genitores. Isso porque, após o rompimento da relação, mesmo os pais não morando na mesma casa, na modalidade de guarda compartilhada a convivência continua, mantendo-se o vínculo de afetividade.

No entanto, mesmo a guarda compartilhada apresentando tantas vantagens, conclui-se que esta modalidade não deve ser aplicada em todos os

casos. Não obstante a guarda compartilhada ser a regra no ordenamento jurídico é necessário observar o caso concreto antes de aplicá-la.

Quando não há diálogo, harmonia e cooperação entre os genitores, a aplicabilidade da guarda compartilhada pode trazer mais conflitos e prejudicar o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Não adianta impor esse modelo de guarda se verificar que os pais não são capazes de tomar decisões conjuntamente com relação aos filhos. Ainda mais, após um processo de divórcio, com tantos conflitos e mágoas.

É importante que haja cautela por parte do judiciário na aplicabilidade da guarda compartilhada, uma vez que a imposição desta modalidade de guarda mesmo nos casos em que os genitores não conseguem chegar a um consenso com relação à guarda dos filhos pode gerar um resultado contrário ao esperado, causando ainda mais transtornos à vida do menor.

A guarda compartilhada trata-se de uma regra. No entanto, sempre deve prevalecer o melhor interesse do menor. Se após a realização de estudo social e psicossocial verificar que a modalidade de guarda compartilhada não é adequada para o caso concreto, outra modalidade deverá ser aplicada.

Sendo assim, mesmo havendo vantagens na aplicabilidade da guarda compartilhada, conclui-se que tal modalidade de guarda não deverá ser imposta. Antes é importante analisar no caso concreto qual a melhor modalidade de guarda a ser aplicada para evitar mais conflitos e prejuízos para as crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL, 2017. – Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada**, 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL, 2017. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGI Nº 700066152943**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, 2003. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222646926/agravo-de-instrumento-ai-70066152943-rs>. Acesso em: 20 out. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Lei nº 13.058/2014**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/12/lei-130582014-determina-que-quando-nao.html>>. Acesso em 20 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!**. Disponível em: <<http://mariaberenice.com.br/pt/guarda-compartilhada.dept>> . Acesso em 20 out. 2017.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23 ed. 2010.

FARGETTI, João Roberto. **Comentários sobre a guarda compartilhada e sua regulamentação pela Lei nº 13.058/2014**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36364/comentarios-sobre-a-guarda-compartilhada-e-sua-regulamentacao-pela-lei-no-13-058-2014>>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional**. VI. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda Compartilhada: lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Campinas: LZA Editora, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

GRISARD FILHO. Waldyr. **Guarda compartilhada**. 7.ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4^o ed. São Paulo, Saraiva. 2011.

LÔBO, Paulo Luzi Netto. Guarda e convivência dos filhos após a Lei n. 11.698/2008. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 6, p. 33, out./nov. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSA, da Paulino Conrado. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.