

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO COERCITIVA DA GUARDA COMPARTILHADA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS

Gleisiane Moreira de Souza¹
Rogerio Mendes Fernandes²

RESUMO

O presente artigo visa analisar o instituto da Guarda Compartilhada à luz do vigente Código Civil, com a alteração dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584. Tem por objetivo focar a guarda compartilhada e sua aplicabilidade nas separações litigiosas e consensuais, com a apresentação do posicionamento dos doutrinadores e julgadores sobre o tema. A intenção primeira é demonstrar os benefícios e a importância da aplicação da guarda compartilhada como modelo jurídico calcado na premissa do melhor interesse do menor, apontando vantagens e desvantagens. Para a realização do presente trabalho monográfico foi utilizado o método dedutivo, bem como realizada uma ampla pesquisa bibliográfica a respeito do tema, sendo utilizado também recurso eletrônico para coleta de dados em artigos publicados sobre o assunto e para colher jurisprudências sobre o tema. Foram estudados todos os modelos de guarda, dando um enfoque principal à guarda compartilhada e a sua aplicação tanto nos casos de separação consensual como litigiosa.

Palavras-chave: Poder familiar. Guarda judicial. Guarda compartilhada. Separação litigiosa.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da família ocasionou a modificação dos institutos a ela inerentes, quais sejam, o poder familiar e a guarda compartilhada. Primeiramente, os pais eram os únicos detentores do pátrio poder e por consequência da guarda dos filhos. Entretanto, nas últimas décadas, a guarda dos filhos passou a ser atribuída às mães e somente recentemente os pais passaram a exigir o direito de serem guardiões de seus filhos. Contudo, este modelo de

¹ Bacharel em Direito. Faculdade Atenas de Paracatu - MG. Endereço: Rua José Bonifácio, nº219, Alto do Açude, Paracatu/MG. e-mail: gleisianehta@yahoo.com.br.

Orientador Msc. Rogério Mendes Fernandes. Advogado e Professor do Curso de Direito da Faculdade Atenas de Paracatu – MG.

² Rogério Mendes Fernandes. Advogado e Professor Mestre do Curso de Direito da Faculdade Atenas de Paracatu – MG.

guarda unilateral, atribuída ao pai ou à mãe, não preservava o melhor interesse dos filhos menores.

Assim, com a necessidade dos pais se fazerem mais presentes na vida dos filhos após a ruptura da vida conjugal, surgiu a guarda compartilhada, objeto do presente trabalho, que consiste na participação efetiva de ambos os pais na vida dos filhos, tomando decisões conjuntamente sobre os mais variados assuntos.

Frente a estas questões, pretende-se com esse estudo analisar a guarda compartilhada no processo judicial, verificando a viabilidade de sua aplicação coercitiva nas dissoluções litigiosas dos casamentos e/ou uniões estáveis.

2 PODER FAMILIAR

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O pátrio poder no desenvolvimento da história do ser humano apresentou inúmeras e profundas modificações, acompanhando a evolução da família, inicialmente a família era baseada no regime patriarcal, no qual o “*pater familias*” era a autoridade plena sobre todos, no entanto, com o transcorrer do tempo e devido à influência do cristianismo, esse poder foi abrandado.

A doutrina do cristianismo reconheceu a igualdade entre os filhos, entre os cônjuges e ao pregava, como um dever dos pais, os cuidados com a educação física, social, cultural, moral e religiosa dos filhos influenciando profundamente a mudança do poder familiar. E essas modificações foram evoluindo nos países, entre eles o Brasil, apresentando em suas legislações as inovações.

No entanto, segundo Venosa (2005), embora o cristianismo tenha exercido grande influência na mudança das leis com a instituição de respeito aos filhos e a mulher no casamento, a noção romana de pátrio poder ainda que de forma atenuada chegou até a idade moderna.

2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O poder familiar é a instituição destinada a proteger os filhos, na qual poderes e prerrogativas são outorgados aos pais para facilitar o cumprimento destes deveres. Segundo Rodrigues (2007) o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em

relação à pessoa dos filhos não emancipados tendo em vista a proteção destes. Desta forma, o poder familiar deve ser entendido como uma função que é constituída de direitos e deveres, sempre tendo por finalidade básica a tutela dos interesses dos filhos.

Por fim, cumpre ressaltar as principais características do poder familiar, quais sejam, constitui um múnus público, é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da sócio-afetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.

2.3 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

A Constituição Federal em seus arts. 5º, I, e 226, § 5º, e art. 229, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990) em seu art. 21 determinaram a igualdade jurídica entre os genitores no exercício do poder familiar, eliminando a subordinação da mulher frente ao homem e também extinguindo a validade da expressão durante o casamento, que continha no artigo 380 do Código Civil de 1916, pois pátrio poder independe do casamento dos pais. Portanto, segundo os artigos 226, § 5º, CF/88, 1566, IV e 1634 do Código Civil, compete aos pais o exercício do poder familiar independentemente de seu estado civil.

2.4 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

Conforme o artigo 1.637 do Código Civil se o comportamento dos pais prejudicar os bens ou a pessoa dos filhos, ou se forem condenados por sentença irrecorrível, cuja pena exceda dois anos, aqueles terão seu poder familiar suspenso através de sentença judicial, pelo tempo que o juiz entender conveniente. A suspensão pode ser de todos os atributos do poder familiar ou de parte deles e será decretada pela autoridade judiciária, a requerimento de algum parente ou pelo Ministério Público, após apuração da conduta.

2.5 PERDA DO PODER FAMILIAR

A perda ou destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos, depende da configuração das hipóteses elencadas no art. 1.638 do CC, que se mostram incompatíveis com o poder familiar. Desta forma, perderá o poder familiar, através de decisão judicial o pai ou a mãe que castigar

imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; ou incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. No entanto, a perda ou destituição é medida que deve ser imposta sempre no interesse do menor, exigindo imensa ponderação do julgador no exame do pedido.

2.6 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O Código Civil trata da extinção do poder familiar em seu artigo 1635, o qual ocorre quando há morte dos pais ou do filho, emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único, maioridade, adoção ou por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. Segundo Lobô (2011) a extinção é a interrupção definitiva do poder familiar. As hipóteses legais são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais.

Por fim, ressalte-se que a extinção não se confunde com a suspensão, que impede o exercício do poder familiar durante determinado tempo, e com a perda que leva à extinção do poder familiar por causas distintas. Portanto, a extinção é a interrupção definitiva do poder familiar, que ocorre por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial.

3 GUARDA DOS FILHOS

3.1 CONCEITO

A conceituação da expressão guarda não é fácil devido à multiplicidade de fatores que a influencia, Rodrigues (2007) disciplina que a guarda é um direito e um dever dos titulares do pátrio poder, é dever porque ao pai incumbe criar e igualmente guardar o filho. Por sua vez, Strenger (1998) *apud* Dias (2009) sustenta que a guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.

Assim, depreende-se que a guarda compreende um controle objetivo conferido aos pais ou terceiros para que propiciem o desenvolvimento do menor. Representando tanto a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, como o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico.

3.2 A GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A primeira norma que disciplinou o destino dos filhos de pais que não convivem mais, foi o Decreto nº 181/90, segundo o qual os filhos ficavam com o cônjuge inocente. Por sua vez, o Código Civil de 1916 distinguia as hipóteses de dissolução amigável e judicial determinando, que na primeira hipótese, se observasse o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos e, na última, a culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade do menor. Todavia, o Código de 1916 já previa que, havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, poderia o juiz decidir de maneira diferente o exercício da guarda.

Posteriormente, o instituto da guarda foi tratado por diversas normas jurídicas tais como, o Decreto Lei nº 3200/41, o Decreto Lei nº 9704/46, a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a Lei nº 5.582/70, e a Lei nº 6515/77 (Lei do Divórcio), as quais em regra, observavam o critério de culpa para atribuição da guarda, ficando o filho com a mãe quando ambos os cônjuges fossem culpados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (artigo 227), ficou assegurado à criança o direito a convivência familiar e comunitária, e atendendo ao disposto no artigo 227 da CF/88, foi promulgado o Estatuto da Criança e Adolescente.

Por fim, com o Código Civil de 2002, as regras se alteram profundamente, não mais se questionando culpa e outros elementos. O novo Código Civil obedeceu ao sistema da preservação do maior e melhor interesse do menor, em obediência a Declaração Universal dos Direitos da Criança, e ao artigo 227 da Constituição Federal, que consagram o chamado princípio da proteção integral.

3.3 MODALIDADES DE GUARDA

Antes da aprovação da lei sobre a guarda compartilhada prevalecia no Brasil o modelo de guarda única, exclusiva, de um só dos progenitores, além dessa espécie cabe conceituar mais quatro modelos de guarda, quais sejam, guarda alternada ou partilhada, guarda dividida, aninhamento ou nidificação, e a guarda compartilhada.

A guarda única, também denominada unilateral ou exclusiva, é aquela em que os filhos permanecem sob os cuidados e direção de apenas um dos pais, que será aquele que apresente melhores condições de acordo com os interesses da criança. A lei possibilita ao genitor não guardião visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e educação, segundo o que fixar o juiz ou acordar com o genitor guardião.

A guarda alternada está prevista em nosso ordenamento jurídico no art.1586 do Código Civil, e tem como fundamento proporcionar a convivência com ambos os pais na alternância de residências. Nesta modalidade os genitores se revezam na titularidade da guarda, exercendo-a integralmente e isoladamente no período em que for conferida a ele.

Já na guarda dividida o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não detém a guarda. Segundo Leiria (2009) a guarda dividida é o recurso de exercício de autoridade parental mais propício à criança, já que ela viverá num 'lar' determinado e usufruirá da presença do outro genitor - a quem não foi atribuída a guarda - através do direito de visita.

Os doutrinadores também reconhecem como modelo de guarda o aninhamento ou nidificação. Trata-se de um modelo de guarda raro, no qual os pais se revezam, mudando para a casa onde vivem os filhos, em períodos alternados de tempo. No entanto, conforme leciona Grisard Filho (2009, p.91) esta modalidade de guarda está fadada ao insucesso em razão dos "altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra pra a mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos".

Por fim, o último modelo de guarda e também o mais recente é o da guarda compartilhada, tratada com mais precisão no próximo capítulo, na qual os genitores participam igualmente da guarda dos filhos, assim os direitos e deveres assumidos com o poder familiar partem de ambos os pais.

4 A VIABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA COERCITIVA

4.1 ORIGEM DA GUARDA COMPARTILHADA

A noção de guarda conjunta ou compartilhada surgiu na *Common Law*, no Direito Inglês na década de sessenta, quando houve a primeira decisão sobre guarda compartilhada. A guarda confere ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa dos filhos e a perda desse direito do pai ou da mãe se revelou injusta e os Tribunais ingleses, na tentativa de não injustiçarem a nenhuma das partes, começaram a expedir uma ordem judicial denominada *split order*, que significa dividir ou repartir, ou seja, impor, legalmente, a responsabilidade conjunta da autoridade parental entre os genitores.

Em nosso país, a guarda compartilhada vem sendo examinada a partir das últimas três décadas. Entretanto, somente foi instituída em nosso ordenamento com o advento da Lei nº 11.696 de junho de 2008 que alterou significativamente os artigos 1.583 e 1.584 do Código

Civil, estabelecendo a disciplina da guarda compartilhada, também denominada guarda conjunta, e os casos em que a mesma será possível.

4.2 DEFINIÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada pode ser conceituada como a modalidade por meio da qual ocorre a responsabilização conjunta do pai e da mãe, exercendo em igualdade de direitos e deveres o poder familiar dos filhos em comum, conforme art. 1.583, § 1º, do Código Civil. Segundo Quintas (2010) 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.

Por sua vez, Grisard Filho (2009) leciona que a guarda compartilhada determina que ambos os pais dividam, igualmente, a responsabilidade legal em relação às decisões a serem tomadas na vida dos filhos, o que significa dizer que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e obrigações em relação aos filhos.

4.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada institui uma relação continuada entre os genitores e sua prole que, em regra, não ocorre após o fim da união estável ou casamento, sendo este um dos principais fatores de sua repercussão nas legislações. Nesse sentido ensina Akel (2009, p. 104):

O pressuposto maior desse novo modelo é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal. A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que é preciso e sadio que estes sejam educados por ambos os pais e não só por um deles, conforme ocorre em milhares de relações familiares.

No plano psicológico a guarda compartilhada é vista como a solução mais adequada, pois segundo Motta (2000) tende a diminuir os conflitos de lealdade os quais ocorrem quando há necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar o partido de um dos pais em detrimento do outro. A presença desses sentimentos faz com que a criança entenda que a ligação, interesse, carinho, afeto, necessidade de convivência e apoio a um dos pais, significa deslealdade e traição ao outro.

Conforme ensina Grisard Filho (2009), outra vantagem da aplicação da guarda compartilhada, é o proporcionamento de satisfação dos pais e dos filhos, pois com o fim dos conflitos de lealdade e estimulação da ética nas relações entre os genitores, estes compreendem a importância da presença de ambos no desenvolvimento sadio dos filhos, evitando que estes tenham de escolher apenas um deles.

Ademais, 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 filhos. Em razão do tratamento que os genitores recebem nesta modalidade de guarda, Comel (2003, p. 175), leciona que:

Em tese, seria o modelo ideal, a manifestação mais autêntica do poder familiar, exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, reflexo da harmonia reinante entre eles. Os dois (pai e mãe) juntos, sempre presentes e atuantes na vida do filho, somando esforços e assumindo simultaneamente todas as responsabilidades com relação a ele (filho).

Além das vantagens de manutenção dos vínculos afetivos com ambos os genitores e divisão de tarefas envolvendo os filhos, Grisard Filho (2009, p.175), apresenta as seguintes vantagens da guarda compartilhada para os genitores:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades.

Por sua vez, Lobo *apud* Dias (2009, p.401), além de enumerar as vantagens da guarda compartilhada, já apresentadas discorre acerca da prevenção das disputas passionais dos pais:

Prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, 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 dois 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, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os 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 atravesse no processo de separação.

Por fim, vale ressaltar, outra vantagem da guarda compartilhada, qual seja a inibição da alienação parental, pois conforme ensina Leite (2003) a criança não criará uma imagem distorcida do genitor com quem convive diariamente, pois com a guarda compartilhada ele terá um contato permanente com ambos os pais, evitando que aquele genitor ressentido com a separação consiga afastar o outro da relação com a criança e evitar a síndrome da alienação parental.

Portando, percebe-se que a guarda compartilhada é a única modalidade de guarda que prestigia o direito de igualdade entre os pais e o direito de convivência com os filhos, respeitando o princípio do melhor interesse da criança.

4.4 RELATIVIZANDO CRÍTICAS E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Assim como as demais modalidades de guarda apresentam desvantagens, a guarda compartilhada apresenta as seguintes desvantagens apontadas pela corrente contrária a sua aplicação: a inviabilidade da sua adoção quando os genitores residem em locais afastados, a idade da criança e relação conflituosa entre os genitores.

A justificativa de que os pais que não possuem residências próximas não podem optar pela aplicação da guarda compartilhada não prospera, uma vez que é possível o deferimento da guarda conjunta aos pais que não residam próximos. Segundo Lobo (2011) o fato dos pais residirem em cidades ou mesmo países distintos não é impedimento para aplicação da guarda compartilhada, pois a tecnologia permite o contato virtual instantâneo, favorecendo a comunicação entre os pais separados e entre estes e seus filhos. Ademais, o que compartilha não é a guarda física e sim a guarda jurídica do menor.

Por sua vez, embora a doutrina e jurisprudência majoritária tenham entendimento contrário, a idade da criança também não constitui empecilho para a aplicação da guarda compartilhada, pois conforme assevera Brito (2005, p.364) “bebês com poucos meses já frequentam espaços físicos distintos quando são levados a creches, tendo que se adaptar a locais e pessoas desconhecidas, eventualmente substituídas por outros profissionais”.

Por fim, o argumento da inaplicabilidade da guarda compartilhada quando a relação entre os genitores é conflituosa, também não prospera conforme será demonstrado no item 4.6.

4.5 INCIDÊNCIA NAS SEPARAÇÕES CONSENSUAIS

A lei nº. 11.698 de 2008 modificou a redação do art. 1.584, inciso I, do Código Civil de 2002, que disciplina a guarda nos casos de divórcio consensual. Segundo o dispositivo em comento havendo acordo entre os genitores é permitido o requerimento de aplicação da guarda unilateral ou compartilhada.

A doutrina é uníssona em defender a aplicação da guarda compartilhada quando há divórcio consensual, e, inclusive alguns tribunais entendem que o consenso entre as partes, é requisito indispensável para a concessão da guarda compartilhada. Desta forma, havendo acordo entre os cônjuges e companheiros acerca da dissolução da união estável ou casamento, não haverá impedimento na aplicação da guarda, pois, a divergência existe quando há divórcio litigioso, conforme se verá a seguir.

4.6 POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NAS SEPARAÇÕES LITIGIOSAS

A doutrina e a jurisprudência majoritária dos tribunais entendem que é requisito essencial para aplicação da guarda compartilhada o consenso entre os pais, pois sem este não haverá diálogo acerca da educação da criança, inviabilizando a guarda conjunta. Segundo Akel (2009) os pais que tem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos, contaminam sua educação, impossibilitando qualquer tipo de diálogo, e por consequência os arranjos da guarda conjunta são desastrosos. No mesmo sentido leciona Madaleno (2011, p. 190):

A guarda conjunta não é aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe, para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos e não interesse egoísta dos pais.

No entendimento consolidado pela doutrina majoritária e pelos Tribunais de Justiça, a aplicação coercitiva da guarda compartilhada nas situações de litígio repercutiria de forma negativa nos filhos. No entanto, em virtude do princípio do melhor interesse da criança e adolescente surgiu recentemente na doutrina e no Superior Tribunal de Justiça posicionamento favorável à aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio.

O princípio do melhor interesse do menor previsto implicitamente no art.227, da Constituição Federal e no art. 4º da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), significa que todos os integrantes do núcleo familiar devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual para o desenvolvimento das crianças e

adolescentes. Acerca das mudanças do direito de família e a adoção desse princípio, Lobô (2011, p.75) disciplina que:

O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.

Portanto, em razão deste princípio, no caso de dissolução da sociedade conjugal consensual ou litigiosa, a guarda dos filhos deve ser escolhida objetivando atender as necessidades destes. Sobre a aplicação do instituto nos casos de dissolução litigiosa da sociedade conjugal Souza (2003, p.01) ensina que:

No Brasil, felizmente, observa-se que muitos juízes já aplicam o correto entendimento de que a guarda compartilhada deva ser coercitiva quando impedida pelo cônjuge guardião, procedimento este que por não ser majoritário em nossos tribunais, faz com que o litígio existente entre os genitores seja banalmente utilizado como desculpa para que a guarda compartilhada dos filhos não seja aceita pelos nossos operadores do direito, causando aberrações, como até mesmo o aconselhamento ao pai para desistir de lutar pela guarda, seja ela qual for, porque possivelmente terá a mínima chance em obtê-la. Por causa desse entendimento preconceituoso, as mães são consagradas com a guarda de seus filhos em 91% dos casos (fonte: IBGE 2002), baseado no “mito” de que só ela tem o dom natural de criar os filhos, o que fere plenamente o preceito constitucional da isonomia entre o homem e a mulher, tornando o ato consequentemente ilegal.

Para Brito (2004, p.364) “a pratica da guarda compartilhada deve ser estimulada tanto quando há litígio como no consenso, até porque, muitos litígios acontecem em razão da contrariedade de os pais serem colocados como visitantes”. Já Leite (2003) o litígio não deve impedir a guarda compartilhada quando não há justo motivo para a recusa dos pais.

Convém citar o ilustre doutrinador Madaleno (2011. p.435) que embora defenda a inviabilidade da guarda compartilhada em caso litígio entre os pais, apresenta uma mitigação de sua afirmação sustentando que:

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 transmuda em unilateral.

Para essa corrente a aplicação da guarda compartilhada deve ser buscada principalmente quando há litígio, pois em regra, quando há consenso o melhor interesse da criança já esta sendo preservado e a aplicação da guarda compartilhada é mera consequência. Contudo, o mesmo não ocorre nos casos de litígio em que o interesse do menor deve ser tutelado através da guarda compartilhada. No mesmo sentido é a doutrina de Grisard Filho (2009, p. 205) que explica:

(...) a nova regra deverá ser adotada, sobretudo quando a separações acabem em litígio, não devendo ficar a escolha do modelo à mercê da potestade de um dos pais, detentor do poder de veto, sob pena de se tornar um instituto vazio de efetividade. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda.

No aspecto psicológico, convém trazer o entendimento das psicólogas Dra. Leila Maria Torraca de Brito, professora Adjunta do Departamento de Psicologia Social e Institucional da UERJ, Doutora em Psicologia Clínica pela PUC-RJ (1999) e Pós-doutora em Direito pela UFPR e Emmanuela Neves Gonsalves:

A guarda compartilhada é uma alternativa aplicável não somente aos casos em que há uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mas também, a nosso ver, sobretudo, como solução para os litígios mais acirrados nos quais as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e dificuldades advindos da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade. [...] A existência de desentendimentos entre os pais da criança não deve ser impedimento para a determinação da guarda compartilhada, até porque, como ressaltado, muitas vezes as desavenças ocorrem devido à rejeição de um dos pais ao afastamento dos filhos que lhe vem sendo imposto. Nota-se, também que, desse modo, se estaria centrando o foco de análise nas relações mantidas pelo ex-casal, no lugar de direcioná-lo aos vínculos a serem resguardados entre pais e filhos. (TORRACA DE BRITO, e GONSALVES, 2009, p. 74)

Também convém trazer o posicionamento intermediário defendido pela professora Quintas (2010), segundo o qual muitas vezes as dissoluções das uniões estáveis e dos casamentos não ocorrem consensualmente em razão da discordância acerca da partilha dos bens ou outros fatores que não envolvem os filhos. Somente nesses casos a ilustre doutrinadora defende a aplicação da guarda compartilhada, vez que o litígio não envolve os menores.

Apesar dos argumentos acima expostos, na jurisprudência poucos eram os julgados que defendiam a aplicação da guarda compartilhada. No entanto, essa perspectiva tende a modificar-se, pois em 2011 o Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se acerca do tema reconhecendo a aplicação da guarda compartilhada quando há litígio, vez que deve prevalecer o melhor interesse do menor.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **GUARDA COMPARTILHADA.** CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR.

POSSIBILIDADE. 1. (...) 3. 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. 4. 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. 5. 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. 6. 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. 7. (...) 10. A **guarda compartilhada** deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. (STJ - Recurso Especial nº 2011/0084897-5. Relator (a) Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/08/2011. Data da Publicação Dje 31/08/2011)

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, o desejável era que ambos os genitores se empenhem na consecução da guarda compartilhada. Contudo, em regra após o divórcio ocorre o acirramento das diferenças existentes entre os ex-cônjuges. Com base nessa, incongruência, muitos autores e mesmo algumas decisões judiciais elevam o consenso à condição de pressuposto para a guarda compartilhada. No entanto, segundo a ministra esse posicionamento merece avaliação ponderada, pois:

Não se pode perder de foco o melhor interesse do menor – princípio que norteia as relações envolvendo os filhos –, nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra. Sob esse prisma, é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra. A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses. Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor. Para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções – porque novo o problema –, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem deem a um dos genitores – normalmente à mãe, in casu, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor. (...). (STJ - Recurso Especial nº 2011/0084897-5. Relator (a) Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/08/2011. Data da Publicação Dje 31/08/2011).

Afirma ainda que mesmo haja fracasso na adoção da guarda compartilhada, está primeiramente deve ser aplicada, com o auxílio de equipe multidisciplinar, pois com a ação interdisciplinar, prevista no art. 1.584, § 3º, do CC-02, se buscará evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada.

Busca-se, por essa ação interdisciplinar primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre os pais; segundo, evidenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada; terceiro: construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência. Por certo, esse procedimento preliminar demandará intenso trabalho de todos os envolvidos para evitar a frustração do intento perseguido, cabendo ao Estado-Juiz agir na função de verdadeiro mediador familiar, interdisciplinar (...). No entanto, mesmo diante de todo esse trabalho, não se pode descartar a possibilidade de frustração na implementação da guarda compartilhada, de forma harmoniosa, pela intransigência de um ou de ambos os pais. Porém, ainda assim, ela deverá ser o procedimento primariamente perseguido, mesmo que demande a imposição estatal no seu estabelecimento. (...).(STJ - Recurso Especial nº 2011/0084897-5. Relator (a) Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/08/2011. Data da Publicação Dje 31/08/2011).

Por fim, afirma que a imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que o texto legal tenha efetivamente aplicação.

Portanto, a utilização da guarda compartilhada no processo judicial brasileiro é viável tanto nos casos de dissolução consensual do casamento ou união como nos casos de dissolução litigiosa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada é o modelo que melhor atende aos interesses da criança porque consiste na responsabilização conjunta do pai e da mãe, que exercem em igualdade direitos e deveres decorrentes do poder familiar dos filhos em comum, conforme art. 1.583, § 1º, do Código Civil. Quanto a sua aplicação nos processos de divórcio ou dissolução da união estável consensual não há divergências. Entretanto, o mesmo não ocorre quando há litígio entre os pais, sendo o tema em questão polêmico, vez que há divergências na doutrina e jurisprudência.

A atuação conjunta de ambos os genitores é muito importante para o sucesso da guarda compartilhada, pois os ex-cônjuges, tratarão da educação, cuidado dos filhos comuns e até pequenos problemas do cotidiano da prole. No entanto, o divórcio além de ocasionar o distanciamento do antigo casal evidencia as diferenças existentes entre o antigo casal, e estes fatores acabam aniquilando a consensualidade que deveria haver entre os pais. Assim, baseando-se nesta contradição, a doutrina majoritária e algumas decisões judiciais elevam o consenso à condição de pressuposto para a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada é o modelo que melhor atende aos interesses do menor e de acordo o artigo 1584, §2º, assim ainda que haja litígio deve aplicada pelo magistrado. Em razão dessas premissas surgiu nova corrente doutrinária acompanhada pela recente posição do Superior Tribunal de Justiça defendendo a aplicação do instituto da guarda compartilhada, quando os pais estão em litígio, haja vista a prioridade do interesse dos filhos.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça o posicionamento contrário a aplicação da guarda compartilhada merece avaliação ponderada, pois a exigência de consenso para a guarda compartilhada ignora a busca do melhor interesse do menor bem como toda estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra.

O Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo ser usado para contrariar esses mesmos interesses. Assim, a exigência de consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor.

A guarda compartilhada objetiva reestruturar as relações entre pais e filhos, diminuindo os traumas do afastamento, evitando com isso maiores sofrimentos das crianças que são imensamente abaladas pelo divórcio dos pais. Sua aplicação demonstra que o fim da conjugalidade não se traduz no fim das relações entre pais e filhos, priorizando-se a continuidade dessas relações, que são muito importantes para o desenvolvimento sadio dos menores.

Assim, ao invés de priorizar o litígio e ignorar o interesse da criança ou adolescente o Estado deve buscar soluções para a litigiosidade existente, como por exemplo, a ação interdisciplinar, prevista no art. 1.584, § 3º, do CC-02. Esse processo demandará uma atuação do magistrado como mediador familiar e um grande trabalho dos envolvidos para que não seja frustrada a implementação da guarda compartilhada.

Ressalte-se, que a implementação coercitiva da guarda compartilhada pode restar frustrada mesmo após a realização de todo esse processo, seja pela intransigência de um ou de ambos os pais. Entretanto, este procedimento deve ser inicialmente aplicado para que seja garantido o melhor interesse da criança e para que haja efetivamente aplicação da Lei nº11.698/08.

ABSTRACT

The present article aims analyze the institute da Guarda Shared the light of effective Code Civil, with the alteration given by Law n ° 11,698, of 13 June 2,008, which changed the articles 1,583 and 1,584. Has for objective focus the shared custody and its applicability in separations litigious and consensual, with the presentation of positioning of indoctrinators and judgmental on the theme. The intention first is demonstrate the benefits and the importance the application of the guard shared as juridical model trampled in premise of best interest the minor, pointing advantages and disadvantages. To the realization of present work monographic was used the deductive method, well as held a wide bibliographical research regarding the theme, being used also electronic resource for data collection in articles published on the subject and to reap jurisprudences on the theme. Were studied all models of guard, giving a focus primary at shared custody and its application both in cases of consensual separation as litigious.

Keywords: Power familiar. Guarda judicial. Guarda shared. Separation litigious.

REFERENCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANDRIGHI, Nancy. Terceira Turma Cível. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem consenso entre pais**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103027> Acesso em 24. Out. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25.Out.2012.

BRASIL. Lei 10.406/02. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 19 Out. 2012.

BRASIL. Lei 3.071/16. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 19 Out. 2012.

BRASIL. Lei 8.069/90. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 19 Out. 2012.

BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 29 Out. 2012.

BRASIL. Lei 4121 de 27 de Agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm.> Acesso em: 15. Set. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.582 de junho de 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5582.htm> Acesso em: 15. Set. 2012.

BRASIL. Lei 20/1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até de 25/04/1821 e dispõe sobre outras medidas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40936-20-outubro-1823-574533-publicacaooriginal-97658-pe.html> Acesso em: 07. Ago.2012.

BRASIL. **Convenção dos Direitos da Criança.** Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.>> Acesso em: 25.Ago.2012.

BRASIL. Decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890. **Promulga a lei sobre o casamento civil.** Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=49585&norma=65368>>. Acesso em: 15. Ago.2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.200 de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: 22 Ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2011/0084897-5. Relator (a) Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/08/2011. Data da Publicação Dje 31/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 25. Ago.2012.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para convivência familiar. In: GUARDA Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. 1. Ed. São Paulo: Equilíbrio, 2005.

BRITO, Leila Maria Torraca de, e GONSALVES, Emmanuela Neves. **Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada.** In: Revista dos Tribunais, v. 886, ago. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar.** 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda Compartilhada: A Difícil Passagem da Teoria à Prática**. 2009. In: Internet. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_publicacoes/emagis_guarda_compartilha_da_a_dificil_passagem_da_teorica_a_pratica.pdf>. Acesso em: 16.Out.12

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais; a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Direito de família e Ciências humanas: Guarda Compartilhada – uma nova visão para novos tempos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada. De acordo com a lei 11.698/08**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. **Direito de família e o novo código civil: do poder de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Euclides de. **Litígio não é fator impeditivo para guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/artigos/330-litigio-nao-e-fator-impeditivo-para-guarda-compartilhada>> Acesso em 10. Set. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2005