

## GUARDA COMPARTILHADA EM RAZÃO DO DIVÓRCIO LITIGIOSO UMA ANÁLISE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Luis Phyllype Andrade da Mota<sup>1</sup>  
Rosane Oliveira de Deus<sup>2</sup>

**RESUMO:** A respectiva pesquisa trata da funcionalidade da guarda compartilhada no direito pátrio atual dentro do cenário de um divórcio litigioso. Junta-se a isso, uma análise do princípio protetor da criança e do adolescente que é denominado, princípio do melhor interesse do menor. Neste contexto discutiremos um tema polêmico que se destaca em meio ao direito de família uma vez que o embate de interesses dos genitores dentro de um divórcio litigioso, acarreta diretamente para o menor inúmeras mudanças. Para delinear a problemática do estudo em questão, indaga-se: Qual a postura da jurisprudência em relação aos casos de guarda compartilhada levando em conta a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no cenário de uma dissolução conjugal? O objetivo geral deste trabalho tem como foco conhecer o funcionamento do instituto jurídico voltado à proteção da criança e do adolescente dentro da realidade do divórcio litigioso à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A pesquisa a seguir tem como objetivo específico a busca pelo estudo do princípio protetor que rege a vida do menor envolvido nas relações conjugais dos seus genitores, em especial o do melhor interesse da criança e do adolescente, soma-se a isso como fator relevante a criação da lei nº 13.058/2014 que prevê a aplicação da guarda compartilhada como prioridade sempre que ambos os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar. Essa modalidade de guarda triplicou entre os anos de 2014 e 2017 de acordo com estatísticas do registro civil do IBGE. A metodologia adotada na pesquisa no tocante aos objetivos é de cunho teórico. Concernente a forma, se presumi descritiva e, em relação ao objeto de estudo e de pesquisa foi bibliográfica. Respalda-se como justificativa do trabalho a relevância jurídica, haja vista que o estudo abordado mostra que a não decisão pela guarda compartilhada se torna um meio de violar a proteção dos menores dentro do quadro real de um divórcio litigioso, demonstrando ainda todo o raciocínio dos princípios norteadores do ordenamento jurídico voltado ao tema em pauta, visto que é no seio familiar que se cria a base para enfrentar as eventuais adversidades da vida. Assim, ao considerar o caráter fundamental da base familiar ao indivíduo, é essencial que todos os integrantes familiares convivam com o menor, objetivando manter os respectivos laços afetivos. Sendo priorizado sempre a proteção dos filhos menores, é indiscutível que o instituto da guarda compartilhada objetiva mitigar o equilíbrio entre seus genitores na educação de seus filhos, para que em meio as turbulências de um divórcio litigioso, haja o equilíbrio necessário entre as partes e o desenvolvimento do menor não seja prejudicado.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Divórcio. Melhor Interesse do Menor. Litigiosidade.

<sup>1</sup>Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia,

<sup>2</sup>Docente do Curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia,

## 1. INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada tem suas raízes na Inglaterra da década de 60, conforme apontado por Silva (2008). Nesse período, surgiu a primeira decisão relacionada ao conceito de "joint custody", cuja tradução para o português remete à ideia de solidariedade, união e cooperação.

Nesse sentido, salienta Leite (2008) que na Inglaterra os genitores masculinos sempre obtiveram o direito à propriedade de suas proles, sendo assim, na incidência conflituosa de um divórcio a guarda precisamente era cedida ao cônjuge masculino. Foi somente no século XIX, que o parlamento da Inglaterra alterou o princípio e concedeu à mãe o direito de guarda das suas proles, por essa lógica, o direito exclusivo do pai foi atenuado por intermédio da discricionariedade dos respectivos tribunais.

Sobre o tema, ainda acrescenta Leite (2008) que o genitor masculino respaldado pela garantia de que a guarda acarretava a ele como titular totais poderes sobre seus filhos e que a partir daquela decisão vislumbrava-se a hipótese de perder tal prerrogativa paternal, o que para eles demonstrou resultados consubstanciados de injustiças, no tocante que os tribunais britânicos buscavam mitigar os efeitos benéficos com a atribuição da nova modalidade, por meio do "Split Oder", significando em português: Guarda Compartilhada.

Configura-se a guarda compartilhada como um desdobramento do exercício do direito da guarda entre os dois genitores. Nesse contexto, enquanto é atribuído a mãe os eventuais cuidados diários da criança, é atribuído ao pai o poder de direcionar a vida do menor (Leite, 2008).

Na sequência o autor supracitado introdutoriamente, cita a noção do "slip oder" nos tribunais da Inglaterra, o que possibilitou a repartição da guarda entre ambos os genitores, resultando na ideia da possibilidade de guarda conjunta. Contudo, somente quatro anos depois que a manifestação inequívoca se tornou possível, através do 'Caso Clissold', quando ocorreu a aplicação do instituto da Guarda Compartilhada inaugurando o começo de uma tendência jurídica em escolas nas jurisprudências inglesas (Leite, 2008).

Preconiza ainda Souza (2008) que no ano de 1972, na Inglaterra, a Court d'Appel na decisão de Jussa x Jussa realizou o reconhecimento da relevância da Guarda conjunta, quando os genitores estão dispostos à cooperação e em 1980, a respectiva corte realizou a denúncia com rigor contra a teoria da concentração da autoridade parental no controle unicamente de um guardião da criança. No caso Dipper x Dipper, o magistrado Ormond,

realizou a promulgação de uma decisão sentencial que contribuiu para o encerramento da atribuição da guarda a uma só parte, decisão marcante na história jurídica inglesa (Silva, 2008).

Ainda sobre o assunto, Leite (2001) chega a conclusão de que as sentenças possuem forte carga axiológica, tendo em vista que demonstram a quebra tradicional secular da proteção da criança.

Adquirindo-se assim a noção de guarda conjunta, implementando a prática jurídica na sociedade, podendo os tribunais decidir de forma equilibrada sobre os direitos de ambos os genitores.

Explica Oliveira (2009) que, a noção de guarda compartilhada desdobrou-se da França ao Canadá formando a jurisprudência acerca do assunto nas províncias destes países. É cediço que, o país pioneiro a inserir a guarda compartilhada na década de 70 foi a Inglaterra, onde aconteceu a primeira sentença acerca desta modalidade de guarda.

Já no Brasil, Oliveira (2009) acrescenta que na maior parte dos casos de guarda de filhos menores o deferimento é destinado à mãe, ficando a parte que não detêm a guarda de encarregar-se de arcar com as obrigações monetárias de pensão alimentícia somado ao direito de visita. Contudo, tal realidade pouco a pouco vem se alterando com as decisões de guarda compartilhada.

## 1. REVISÃO DE LITERATURA

### 2.1 Evolução legislativa no Brasil

O primeiro dispositivo legal brasileiro que prevê o destino dos filhos menores de pais separados foi instituído em 1980, através do decreto 181, artigo 90. Que estabelece que já na própria sentença de divórcio seja decidido o destino das proles em comum, assegurando os interesses da criança. (Silva, 2008)

Esclarece ainda Silva (2008) que, no ano de 1917 entrou em vigor o diploma legal civilista que previa no seu artigo 325, a ordem de que na hipótese de haver dissolução sem litígio de um matrimônio, fossem respeitados os acordos firmados entre os cônjuges sobre a guarda dos filhos. Já o artigo posterior previa que a concessão da guarda fosse analisada minuciosamente se a dissolução fosse causada por um dos cônjuges, levando em conta a faixa etária e sexo dos filhos.

Sob esse aspecto, Silva (2008) menciona a dinâmica a ser direcionada e obedecida na incidência de separação por aquele considerado sem culpa. Com este ficaria a guarda dos filhos menores, e, na hipótese dos dois serem culpados, a guarda das filhas menores era destinada à mãe enquanto o pai se encarregaria pelos filhos do sexo masculino com faixa etária até seis anos. Em virtude de razões graves, o julgador, em benefício dos filhos, poderia harmonizar a guarda de forma diversa.

Com tudo o Decreto-lei nº 3.200, artigo 16 que reza sobre a guarda do filho natural, estabelece que se a criança for reconhecida pelo progenitor, ao mesmo deve ser destinado o poder paterno. Porém, o mesmo artigo ressalta que na hipótese em que os dois genitores façam o reconhecimento, a decisão da guarda seria delegada ao julgador, para que tal decisão fosse tomada de forma distinta, caso houvesse o melhor interesse do menor.

O decreto sofreu alteração no artigo 16, conforme a Lei 5.582/1970, no qual foi estabelecido que a guarda do filho natural, mesmo havendo o reconhecimento de ambos os genitores, seria destinada à mãe. Entretanto na hipótese de prejuízo ao interesse do menor a guarda poderia ser destinada a alguém considerado com idoneidade moral, integrante da família de qualquer um dos genitores. Assim, a decisão judicial sempre era pautada tendo em vista o melhor para a criança (Brasil, 1970)

Com o advento da Lei nº 4.121/62- denominado como Estatuto da Mulher Casada, foi impulsionado em detrimento da guarda, modificações acerca da dissolução com litígio, contudo, a referida lei não previa a dissolução amigável. A lógica estabelecida pelo código civil alterou-se, tornando irrelevante como requisito de decisão o sexo e faixa etária dos filhos como parte do julgamento de culpabilidade entre os genitores, sendo imputado a guarda das proles menores à mãe, sempre com a possibilidade de deferimento de guarda para uma pessoa da família de ambos os cônjuges dotada com idoneidade moral, sendo assegurados aos genitores o direito de visitas. (Silva, 2008)

## **2.1 Poder familiar e guarda: direitos e deveres dos genitores**

É irrenunciável aos pais os deveres para com seus filhos, devido a vulnerabilidade das crianças e adolescentes, pois por serem seres humanos em constante desenvolvimento, merecem tratamento especial. Por isso o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais direitos e deveres que devem ser seguidos em busca do melhor interesse do menor, buscando seu melhor desenvolvimento social.

O Art. 227 da Constituição Federal diz:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Podemos ver ainda mais atribuições dadas aos pais como responsabilidade no artigo 229 da Constituição federal.

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

O dever de educar, de conviver e o respeito a dignidade dos filhos é atribuído a família, devendo o desenvolvimento saudável do menor estar sempre em primeiro lugar. O poder familiar está intrínseco no ECA lei nº 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente, conferindo aos pais não apenas obrigações do ponto de vista material, mas também afetivos, psíquicos e morais. Em vários artigos do Código Civil podemos observar a imposição de deveres conjugais, como o de sustento, o de criação, guarda, companhia e educação dos filhos e até mesmo a proteção dos filhos em caso de dissolução conjugal.

É dever primordial dos genitores proporcionar aos filhos, meios materiais para a sobrevivência, ressalta-se que para que isso aconteça de forma justa deve ser observado a posição social e recursos dos pais.

159

## **2.1 Princípios protetores da criança e do adolescente**

### **2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Dias (2010) e Alexandrino (2017), ressaltam que o princípio da dignidade da pessoa humana é estabelecido na Constituição de 1988 e coloca o ser humano no centro da organização do Estado, independente de propriedade, classes ou corporações.

Este princípio é associado historicamente ao cristianismo, e é entendido como reconhecimento de posições jurídicas individuais e igualitárias perante o Estado e outros indivíduos. Barroso (2013) destaca sua raiz na criação do homem à imagem e semelhança de Deus.

Sarlet (2015) enfatiza que a dignidade do ser humano implica em respeito e consideração, salvaguardando direitos fundamentais contra atos desumanos, o que faz com

que sejam criadas condições mínimas para uma vida saudável de respeito pelos demais seres humanos e participação ativa na sociedade.

Destaca-se ainda a grande influência que o princípio da dignidade da pessoa humana tem no direito de família, pois o mesmo contribui de forma direta para a constituição da entidade familiar como direito do indivíduo. Em síntese, o princípio da dignidade da pessoa humana é crucial no ordenamento jurídico brasileiro, guiando a despatrimonialização, personalização dos institutos jurídicos e garantia de direitos fundamentais, inclusive no âmbito familiar.

### **2.3.2 Princípio da convivência familiar**

O direito a convivência familiar garante que crianças e adolescentes desfrutem da presença de seus pais desde o nascimento, sendo entendido como forma de proteção aos filhos. Segundo Gagliano (2015), o contato constante com os genitores é fundamental para o desenvolvimento e construção de valores essenciais para a vida em sociedade do indivíduo, portanto o afastamento só será considerado como medida excepcional em casos minoritários.

O princípio estende-se a todos os membros da família, pois estes também têm vínculos afetivos com a criança ou adolescente. Na visão de Madaleno (2013), a convivência familiar resulta no dever dos genitores de proporcionar companhia, guarda e ensinamentos, visando o melhor interesse da criança e do adolescente. O convívio saudável é essencial para o desenvolvimento pessoal e profissional da criança garantindo que seu convívio em sociedade seja saudável e feliz.

O Código Civil, no artigo 1.634, e a Constituição de 1988, no artigo 229, organizam as atribuições do poder familiar e a obrigação dos genitores em relação à educação, à assistência e criação dos filhos. A restrição da criança ao convívio familiar infringe o direito de conviver e é considerada ilícita, pois pode configurar danos irreversíveis a saúde emocional da prole, conforme o artigo 186 do Código Civil.

A convivência familiar é um dos direitos garantidos por leis constitucionais e é essencial para o desenvolvimento da personalidade do menor, a falta desse convívio retira da criança um dos seus principais direitos. Dito isso, é possível recorrer judicialmente, caso uma das partes se encontre sem acesso aos filhos após o divórcio.

### 2.3.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é de fundamental relevância quando o assunto é direito de família, as decisões tomadas em relação as crianças devem em sua totalidade buscar de forma justa o bem estar da criança, visando seu desenvolvimento social e psíquico. O uso deste princípio como instrumento normativo que conduz as tomadas de decisões em relação a menores mudou completamente o eixo paterno-materno-filiais, com isso o filho deixa de ser considerado um objeto de propriedade paterna para ser elevado a sujeito de direito, ou seja, deixa de ser propriedade e passa a ser um individuo merecedor de tutela do ordenamento jurídico com prioridade absoluta.

Segundo Lôbo (2010) e conforme a Convenção dos direitos da criança e do adolescente seus interesses devem ser recepcionados com viés prioritário tanto pelo Estado quanto pela própria sociedade e família, ao passo que também devem ser englobados na aplicação dos direitos a eles inerentes de forma cristalina nos seios familiares.

É de suma importância ter conhecimento que a proteção integral da criança e adolescente, tem por base a qualidade de vida enquanto pessoa em desenvolvimento, motivo pelo qual merece um tratamento diferenciado conferindo-lhe prioridade absoluta, tanto pelo Estado quanto pela sociedade e pela família. Este princípio tem seu fundamento no art. 227, caput, da Constituição que diz:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Brasil, 1998)

Em reforço à Constituição Federal, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que:

A criança e o adolescente gozam de todos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Brasil, 1990).

Em virtude do que foi mencionado, é preciso resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente, em sobreposição a qualquer outro interesse, já que a dignidade gerada neste princípio, visa priorizar e guardar a criança e o adolescente de toda e qualquer situação que possa lhe causar dano. A família ao ver constitucional adaptou-se a fim de se tornar funcional o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana em suas relações jurídicas e

sociais.

### 2.3.5. Guarda compartilhada e o princípio da proteção integral do menor

O instituto da guarda compartilhada vem do art. 1.583, caput, do Código Civil de 2002. Trata-se de guarda compartilhada onde ambos os genitores detêm os mesmos direitos e deveres com responsabilização conjunta. Deste modo o exercício do poder familiar deve ser desempenhado pelos genitores mesmo que não vivam sob o mesmo teto, nos termos do art. 1583, § 1, do CC.

Com o advento da lei 11.698/2008, houve uma alteração dos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil de 2002. Princípio que garantiu a igualdade entre os genitores, priorizando sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece os deveres destinados aos genitores no que tange criação, educação e assistência das suas proles menores. O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente afirma que os dois genitores são eivados de deveres e direitos na criação doméstica e social da criança ou do adolescente, orienta que o exercício deve ser feito de modo conjunto e equilibrado para uma melhor eficácia. (Brasil, 2015).

162

Cabe salientar que o dever de sustento perpassa por qualquer modalidade de guarda, contudo, na guarda compartilhada deve ser abrangido além deste o dever de zelo, cuidado e atenção ao bem estar físico e psicológico da criança, tendo os pais a consciência de serem exemplo de idoneidade para seus filhos (Brasil, 2015).

Compete aos pais ou responsáveis, já que a guarda em caso excepcional pode ser concedida a terceiros, proporcionar condições básicas ao estudo, com a finalidade de propiciar um futuro qualificado através do intelecto profissional. Um aspecto importante que a doutrina da guarda compartilhada trás é que os pais devem trazer os filhos para perto de si, ou seja, os filhos devem desfrutar da companhia de ambos, razão pela qual os mesmos terão a mesma carga de responsabilidade quando o assunto diz respeito ao controle da vida do menor.

A constituição de 1988, trouxe disposições que visam amenizar os prejuízos emocionais referentes aos conflitos familiares propiciando a criança e ao adolescente proteção especial priorizando seus interesses. Levou também para o rol jurídico a proteção integral, já conferida pela Organização das Nações Unidas (ONU) na declaração universal



dos direitos da criança, abraçada pela assembleia geral em 20 de novembro de 1959.

Torna-se cristalino ante o exposto, que à criança e ao adolescente são assegurados valores sociais, entre eles o de princípios humanos. O reconhecimento de vulnerabilidade os torna dignos de proteção prioritária e integral, cabendo à família e o Estado a responsabilidade de tais seguranças.

A Constituição coloca as crianças e os adolescentes como titulares de direitos fundamentais que desfrutam como qualquer cidadão dos privilégios estabelecidos por lei. Mesmo que estes já gozem de leis específicas como o (ECA) Estatuto da Criança e do Adolescente, que carrega como corolário jurídico, à liberdade o respeito à integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, compreendendo a prevenção de sua identidade e autonomia.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º deixa claro as garantias dos princípios previstos na constituição. O artigo defende a proteção da criança e do adolescente em sua forma integral, buscando assegurar que os mesmos estejam livres de abusos morais, físicos e psíquicos, protegendo um convívio harmonioso e digno com seus genitores.

Os princípios doutrinados na Constituição federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do adolescente como bem mencionados no presente trabalho, visam garantir direitos fundamentais para as crianças e adolescentes, sendo imprescindível a participação efetiva da família, sociedade e do Estado, na proteção desses direitos. São direitos fundamentais das crianças: Direitos à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer dentre outros.

## **1. GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA COM ADVENTO DA LEI Nº 13.058/2014**

A partir de 2014 os estudos no Brasil apontam os maiores índices de crescimento no regime de guarda compartilhada, isso porque neste mesmo ano foi sancionada a lei 13.058/2014 que prevê o regime de guarda compartilhada como prioritário nos casos em que ambos os genitores se encontrem em condições de exercer o poder de família. Estudos apontam que, o reflexo da realidade de algumas famílias no Brasil, nos levam a dados interessantes. O número dessa modalidade de guarda triplicou no país entre os anos de 2014 a 2017, tendo um salto de 7,5% em casos de divórcio de casais com filhos menores para 20,9% segundo estatísticas do registro civil do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE.

Os maiores índices de decisões pela guarda compartilhada em 2017 aconteceram nos

estados do Espírito Santo (32,7%), Bahia (29,4%) e Amazonas (28,7%). As informações usadas na pesquisa foram de casos registrados em cartório, tabelionatos e vara de família o que nos dá a certeza de que esses números podem ser bem maiores se levado em conta as separações extra judiciais.

Em via de regra anteriormente à Lei nº13.058 do ano de 2014, era adotada a guarda unilateral, pela razão de pressupor que a atribuição da guarda compartilhada era ausência de litígio.

Silva (2015) afirma que com o advento da Lei 13.058 de 2014, ocorreram mutações relacionadas a determinados dispositivos elencados no atual diploma do Código Civil de 2002, possibilitando no que incumbe ao juízo, assegurar a prioridade no que concerne à guarda compartilhada, mesmo na situação que inexistente consenso entre os genitores, salvo na hipótese de que um dos pais manifeste de modo explícito o seu *animus* de não exercer o compartilhamento da guarda da prole, ou quando o magistrado, através de motivação justa, realizar a escolha unilateral da guarda.

Dias (2014) argumenta que no caso concreto, há a possibilidade de que não haja alteração justa nos tribunais com o advento da nova lei supracitada, tendo em vista que ela porta uma novidade no paradigma do livre arbítrio destinado ao juiz para que o mesmo teça opinião própria sobre a guarda unilateral.

Nesse sentido, como há previsão legal anteriormente, sempre que seja observado que um dos pais não seja considerado qualificado ao exercício da guarda da prole, o juiz deverá averiguar as diversas razões que influenciarão na decisão de cada caso.

Impende salientar que um dos lados positivos da nova lei é a obrigatoriedade de prestação de contas, ocasião em que os pais são obrigados a realizar a solicitação informativa dos gastos no que diz respeito a saúde tanto do campo físico quanto psicológico, abarcando também a educação, sendo incluso a pensão alimentícia prestada por um dos pais, com a finalidade de analisar como está sendo usada em face do interesse e bem estar do filho.

Como bem ensina Albuquerque (2015), a mencionada lei em conformidade com o novo texto do artigo 1584, parágrafo 6º, no qual se trata da utilização da multa diária no montante da variante de R\$ 200,00 até R\$500,00 reais, para qualquer estabelecimento, caso não for cumprido a solicitação advinda de algum dos pais seja de qualquer caráter informativo que almejem ter de suas proles.

Dessa forma, essa novidade garante um traço de segurança aos pais que não detém a

guarda dos filhos e recebem a negativa em muitos casos onde solicitam informações mínimas do cotidiano da criança e do adolescente (Albuquerque, 2015).

O advento da nova lei da guarda compartilhada, aperfeiçoou os laços e a conectividade entre os genitores e filhos, tornando como imposição a regra da convivência familiar, a norma regulamentadora da guarda compartilhada também mitigará o uso dos filhos como meio de competição dos genitores.

Sobre esse assunto, Madaleno (2014) diz que, não é considerada a essência da guarda compartilhada pelo embate litigioso, que é de costume nos processos judiciais consubstanciados por sentimentos negativos como ódio e ressentimento, situação a qual os genitores tem a ideia de que estão em uma competição da guarda unilateral advinda da decisão judicial.

### **3.1. Modalidades diversas da guarda compartilhada**

#### **3.1.1. Modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro**

O Instituto da guarda compartilhada origina-se de duas ocasiões, a primeira que emana da ruptura do liame conjugal, e a segunda do que concerne ao Estatuto da Criança e do Adolescente. O tema deste trabalho se direciona ao caso da guarda compartilhada advinda do divórcio litigioso.

A guarda compartilhada garante aos filhos ter ambos os pais presentes até mesmo depois da separação. Nessa espécie de guarda os genitores dispõem dos mesmos direitos e deveres em relação aos filhos menores, mesmo a criança residindo com um dos pais o outro exerce de fato todos os direitos e deveres inerentes ao melhor interesse da criança e do adolescente. São compartilhados não só o convívio com os filhos, mas as responsabilidades, decisões a serem tomadas entre outras coisas.

No direito pátrio existem pluralidades no tocante das modalidades de guarda, que possuem a sua aplicação na averiguação do caso concreto, com objetivo de priorizar o interesse dos filhos.

#### **3.1.2. Guarda comum ou desmembrada**

Configura-se a guarda comum aquela inserida na constância do casamento, na qual o casal possui o exercício de modo isonômico, ou seja, a autoridade parental e as partes decisórias definidas por um, tem anuência do outro.

Para Grisard Filho (2009), a guarda comum ocorre dentro da convivência e é na comunicação cotidiana entre os genitores e filhos, que se formam os fatores basilares concernente à educação e formação da criança ou do adolescente.

Destarte, Levy (2008) preconiza que a guarda comum configura-se no exercício entre os dois cônjuges no curso do relacionamento conjugal, caracterizado pelo exercício simultâneo, sendo normal da autoridade parental e também sendo abrangida a guarda jurídica e material.

Com a chegada do divórcio, o contexto entre os companheiros sofre influência, entretanto, se perpétua a relação entre as proles e seus genitores. No caso em tela, a guarda das crianças vem de decisão judicial, assim possuindo o julgador neste caso duas opções: homologação do arranjo da guarda entre os genitores (no divórcio consensual) ou encontrar o modelo mais adequado de guarda quando acontece a separação litigiosa.

Pode ainda explicar a guarda desmembrada, situações oriundas do abandono sofrido por crianças e adolescentes em ocasiões de perigo, ocorrendo a intervenção estatal face à função social.

Sobre isso, Grisard Filho (2009) faz menção que essa modalidade de guarda é oriunda de quando o Estado realiza intervenção por intermédio do juizado da Infância e da Juventude, designando a outorga da guarda a quem não possui a autoridade parental visando a proteção adequada da criança e adolescente.

### **3.1.3. Guarda originária e derivada**

Os ensinamentos de Levy (2008) determinam que consiste em guarda originária as decisões que emana da própria lei, como meio de substituir a entidade familiar natural.

Acerca da modalidade supracitada, Grisard Filho (2009) conceitua que a guarda originária está vinculada aos pais, e reside na autoridade parental contendo o binômio direito/dever de adquirir a plenitude da convivência com o filho e vice-versa, no qual é possível exercer todos os papéis familiares, como educar, assistir, vigiar e representar.

Já a guarda derivada, é explicada pelo autor como sendo aquela que decorre dos parâmetros legais e é concedida a quem realizar o exercício da proteção da criança ou adolescente, havendo a possibilidade de ser dada a um particular, de modo dativo por testamento como também por intermédio de determinado de órgão oficial que irá realizar o cumprimento da função social estatal.

#### 3.1.4. Guarda de fato

Sobre a Guarda de fato, explica Grisard (2009) que esta tem a peculiaridade de que o próprio indivíduo decida tomar a criança ou adolescente, sendo dispensado os procedimentos legais ou judiciais, não sendo imposto nenhuma espécie de direito de autoridades, entretanto, são impostas as obrigações iguais da guarda desmembrada, como, por exemplo, fornecer educação e assistência.

Nesse diapasão, Levy (2008) menciona que a guarda de fato acontece quando as crianças ou adolescentes recebem amor, educação e cuidados de pessoas que não são propriamente seus genitores biológicos e também não possuem o status jurídico de modo formalizado, porém, são quem tutelam a criança ou o adolescente pelo liame afetivo.

Em contraponto a autora argumenta que os tribunais seguindo a evolução doutrinária que estabelece o reconhecimento afetivo como liame jurídico, possui a autoridade capaz de reconhecer a guarda de fato e proporcionar os efeitos jurídicos bem como deferir a guarda direta das respectivas crianças ou adolescentes aos seus cuidadores, que dali em diante serão considerados pais no mais genuíno sentido do termo pais afetivos.

Acrescenta Grisard (2009) que a guarda de fato precisa de fiscalização da parte do estado, consubstanciando que, o vínculo jurídico imposto só é desfeito por intermédio de uma decisão judicial a favor da Criança e do Adolescente.

#### 3.1.5. Guarda Provisória

O Instituto da guarda provisória acontece quando há necessidade de realizar a destinação de guarda a somente um dos pais durante o período do processo de dissolução conjugal como primeiro meio organizador da vida da criança no seio familiar.

Já sobre guarda definitiva, Levy (2008) esclarece que ocorre quando a mesma é formada entre as partes sem litígio, ou seja, de modo amigável ou quando não há deferimento ao pai que foi ouvido em juízo.

Em sentido estrito é deferida tendo em vista o caráter definitivo do procedimento específico, já em relação ao sentido amplo, tal modalidade de guarda jamais poderia ser consentida porque possui a possibilidade de ser alterada a qualquer tempo nem sempre em prol do princípio do melhor interesse da criança.

Para Grisard (2009), é a partir da homologação da sentença ou decretação da dissolução do vínculo conjugal, que o assunto adquire um nível de estabilidade, de

definitividade, mesmo assim esta decisão muitas é vezes considerada imprópria. Se bem analisada esse tipo de guarda nunca terá o viés definitivo, tendo em vista que, o seu regime será o que dá seguimento ao processo dos fatores circunstanciais que estão envolvidos na vida dos integrantes da dissolução familiar.

Dessa forma, a definitividade da guarda tem declínio relativo, pelo fato de que poderá ser reavaliada a qualquer tempo por intermédio da chegada da fundamentação do juiz pois, a decisão judicial não se consubstancia em coisa julgada material, sendo meramente formal. (Levy, 2008)

Grisard (2009) enfatiza que, o brocardo “*Rebus sic stantibus*” passa a subordinar a coisa julgada, nesses casos, urge salientar que a sentença tem o seu caráter imutável quando ocorrer da situação fática continuar estática.

A guarda peculiar está prevista no artigo 33, do estatuto da criança e do adolescente, parágrafo 2º, no qual estabelece que o deferimento pode ser excepcional para um guardião que irá ter a representatividade da criança ou do adolescente em ocasião especial, sendo suprido a omissão eventual dos genitores ou responsáveis por estarem em locais distantes.

#### 1.1.6. Guarda exclusiva

A guarda exclusiva refere-se à situação em que apenas um dos pais, geralmente o que apresenta melhores condições, tem a responsabilidade sobre a vida da família monoparental. Lôbo (2009) destaca a complexidade em determinar as melhores condições para a criança considerando a formação física e mental, a capacidade de sustentar, cuidados e questões relacionadas à saúde, segurança e educação.

A avaliação inclui também o contexto familiar em que os pais pretendem obter a guarda, abrangendo aspectos como saúde preventiva, higienização e comportamentos saudáveis (Lôbo, 2009). A segurança envolve a integridade física, liberdade de locomoção e acompanhamento do desenvolvimento moral da criança, evitando riscos de convívio com companhias negativas.

O genitor não guardião possui o direito de conviver com o filho e o dever de fiscalizar a criação e educação pelo outro genitor, conforme o artigo 1.583, 3º do Código Civil. Lôbo (2009) destaca que, apesar do termo “direito de visita,” a interpretação plena sugere “direito à convivência,” assegurando a reciprocidade do direito dos genitores e das proles de conviver, conforme o artigo 227 da Constituição de 1988.

Levy (2008) observa que, mesmo com a guarda exclusiva exercida por um dos pais, certas atribuições de autoridade parental permanecem conjuntas, como no consentimento em situações emancipatórias. Quintas (2009) questiona a limitação das atribuições inerentes ao poder familiar, equiparando-a a uma suspensão. Ele argumenta que a ausência de colaboração de um dos genitores não altera o relacionamento entre os genitores e as proles, sendo um direito assegurado a ambos, independentemente do estado civil.

Dessa forma, a guarda condicional a um dos pais não afeta a continuidade da autoridade parental, sendo o direito de convivência garantido aos não guardiões, que têm o dever de fiscalização e manutenção (Lôbo, 2009).

### 3.1.7. Guarda de terceiros

A guarda de terceiros, ocorre quando as proles são colocadas sob responsabilidade de um indivíduo que não é nenhum dos genitores. O Código Civil, em seu artigo 1.584, 5º, orienta ao aplicador da lei, investigar os motivos pelos quais a permanência sob a guarda dos genitores não é recomendada, concedendo a guarda a indivíduos compatíveis com o bem-estar da criança, priorizando laços de parentesco, afinidade e afeto (Levy, 2008).

O Estatuto da Criança e do Adolescente aborda a guarda de terceiros por meio da família substituta, conforme os artigos 28 ao 32 (Levy, 2008). Mesmo nesses casos, os genitores não são dispensados do dever de assistir aos filhos. Se nenhum membro da família aceitar a responsabilidade a criança pode ser encaminhada para instituições governamentais como último recurso para sua guarda baseando-se no princípio de que é responsabilidade do Estado proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, conforme estabelecido no artigo 227 da Constituição de 1988 (Grisard, 2009).

## 2. ÓTICA DA PSICOLOGIA ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIVÓRCIO LITIGIOSO

No âmbito psicológico, Akel (2009) destaca que diante da dissolução conjugal, é crucial que os genitores demonstrem aos seus filhos em comum seu comprometimento com o interesse e bem-estar deles, mesmo vivendo separados. Ramos (2008) justifica a guarda compartilhada com base na percepção de que a ruptura conjugal implica em perdas para as proles, pois, esta busca amenizar os efeitos ao manter a convivência com ambos os pais.

Grisard (2009) ressalta que em muitos casos de separação, os filhos são deixados em segundo plano havendo a necessidade de reflexão sobre a guarda e suas consequências. É

essencial que os pais reconheçam que tem a responsabilidade de oferecer apoio aos filhos durante a dissolução familiar, pois a negligência pode resultar em problemas futuros.

Ramos (2005) destaca que é benefício natural dos filhos terem ambos os genitores envolvidos em sua educação e criação, abrangendo saúde, alimentação e formação moral. Grisard Filho (2009) explica que a guarda exclusiva à mãe pode limitar as oportunidades dos pais de conviver com os filhos, enquanto a guarda compartilhada contribui para uma mentalidade positiva em relação à família.

Akel (2009) argumenta que do ponto de vista das crianças e adolescentes a guarda compartilhada é mais benéfica pois, proporciona uma visão mais equilibrada das figuras parentais. A convivência deve existir em famílias com ou sem conflitos, e o desejo de reconciliação muitas vezes surge dessas relações com membros da família que não residem no mesmo local.

Nas crianças independentemente da idade a experiência do divórcio provocam sentimentos negativos como tristeza, mágoa, abandono e solidão, que tendem a diminuir ao longo do tempo, especialmente com a redução de litígios conjugais (Akel, 2009).

Quintas (2009) destaca como benefício significativo da guarda compartilhada a atribuição da guarda jurídica a ambos os genitores, evitando sentimentos de exclusão em decisões importantes. Akel (2009) preconiza que o compartilhamento da guarda faz com que seja reconhecido a importância tanto da maternidade quanto da paternidade de forma igual o que implica na redução de conflitos futuros, com isso promovendo a convivência harmoniosa e solidária entre o ex casal e seus filhos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada dentro do contexto do divórcio litigioso é um assunto complexo, por ter vínculo direto com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Com a adoção da guarda compartilhada amenizou-se o que por séculos foi um cenário gerador de danos, tendo em vista que o estado psicológico das crianças e adolescentes está exposto à vulnerabilidade sempre que o assunto for a separação dos pais. É sabido que o sistema jurídico que tutela os direitos inerentes à criança e aos adolescentes não se restringe somente ao princípio do melhor interesse dos mesmos, na verdade o tal princípio mencionado é o desdobramento de vários princípios juntos, que tem a função de ser o norteamento da lógica protetiva.



A guarda compartilhada é a modalidade que garante aos pais uma convivência equilibrada e igualitária. Separações acontecem diariamente, porém se há menores envolvidos conclui-se no primeiro momento que esta modalidade de guarda é a mais adequada para pais e filhos, pois, garante o convívio permanente, conservando a continuidade e fortalecimento dos laços afetivos familiares.

A lei nº 11.698/2014 tem a finalidade de tornar a guarda compartilhada regra mesmo que a dissolução do matrimônio aconteça de forma litigiosa, pois, a convivência dos filhos com seus genitores é um direito da criança. Com isso podemos perceber a redução de transtornos psíquicos, desde que os pais se responsabilizem com a divisão dos direitos e das obrigações, visando a manutenção dos seus interesses morais, materiais e emocionais.

O princípio também estudado foi o da afetividade, como o próprio nome sugere, trata-se da nova hermenêutica jurídica voltada ao afeto, em especial no âmbito do direito de família. Explica o estudo que a relevância da presença afetiva ao ser humano, principalmente na fase do desenvolvimento é extremamente importante na formação do caráter do indivíduo, o direito hodierno valoriza este critério por compreender o nível de importância para o ser humano.

Cumprido salientar que existem outras modalidades de guarda, como bem descrito no respectivo trabalho, como guarda comum, guarda originária ou derivada, guarda de fato, provisória ou definitiva, guarda exclusiva e guarda de terceiros.

No estudo, constatou-se que a implementação da guarda compartilhada em casos de divórcio litigioso acarreta consequências adversas significativas para a saúde pública de crianças e adolescentes. Há uma ampla literatura jurídica que respalda essa medida, enfatizando que a guarda compartilhada representa um instrumento pelo qual o sistema judiciário pode efetivamente assegurar a proteção da saúde psicológica da criança.

É cristalina ante ao exposto, que para a criança e o adolescente foram assegurados valores sociais entre eles princípios humanos. O reconhecimento de 41 vulnerabilidades, os torna dignos de proteção integral, cabendo à família e o Estado tais seguranças. A constituição eleva a criança e adolescente como titulares de direitos fundamentais, gozando de privilégios estabelecidos por lei, em especial o (ECA) Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz como corolário jurídico, a liberdade o respeito a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, compreendendo a prevenção de sua identidade e autonomia. A legislação (ECA) em seu artigo 3º expõe a inobservância dos princípios

previsto na constituição de proteção em sua forma integral à criança e adolescente, buscando assegurar que os mesmos estejam livres de abusos morais, físicos e psíquicos, assegurando um convívio harmonioso e digno com seus genitores. Os princípios doutrinados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como bem mencionados no presente trabalho, visam garantir os direitos fundamentais, requerendo assim a participação efetiva da família, sociedade e do Estado, na proteção dos direitos fundamentais, com o objetivo de garantir os direitos à vida, a saúde, a liberdade, ao respeito, a dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, a cultura, ao esporte, ao lazer dentre outros.

## REFERÊNCIAS

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

ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 15 ed. Ver. São Paulo: Método, 2017.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, n. 18, p. 30, jun./jul. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERNET W, BAKER A, VEROCCHIO M. SYMPTOM checklist-90-revised score in adult children exposed to alienating behaviors: an Italian sample. J Forensic Sci. 2015.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 05 de outubro de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. ECA. Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990, retificado em 27 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em 14 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2023.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - TJ-PR - Ac. unân. 3658 da 6.ª Câmara. Cív. julg. em 23-6-99 - Ap. 77.373-7-Ponta Grossa - Rel. Des. Accácio Cambi; in ADCOAS 8176107. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: 26 set. 2023.

- BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). O direito de família descobrindo novos caminhos. São Leopoldo: Da Autora, 2001.
- BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 31, jan./mar. 2002.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n.28, v.6 2014.
- DIAS, Berenice Maria. A família além dos mitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.
- DIREITO INTEGRAL. Lei 12,318/10 – Alienação Parental. Comentários e Quadros Comparativos entre o texto primitivo do PL, os Substitutivos e a Redação Final da Lei 12.318/10. Direito Integral, Amílcar. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2010/09/lei-12318-2010-alienacao-parental.html>. Acesso em: 25 set. 2023.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. vol. 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRISSARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 266,1997.
- LEI Nº 11.698, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2007-2010/2008/lei/11698.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2023.
- LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2023.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Ensino do Direito da Família no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; Luiz Delgado. São Paulo: Método, p. 56, 2009.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MESSIAS NETO, Francisco. Aspectos pontuais da guarda compartilhada. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p. 11-12, jul./ set. 2009.

Palmer NR. Legal recognition of the parental alienation syndrome. *Am J Fam Ther.* 1988;16(4):361-3.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituição de direito civil.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 866, 2008.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada - de acordo com a Lei nº 11.698/08.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

SOUZA. Rachel Pacheco Ribeiro de., Terezinha Feres; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do guardião.* Porto Alegre: Ed. Equilíbrio, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil.* 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2.012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Turkat I. Divorce related malicious mother syndrome. *J Fam Violence.* 1995.

Visser M, Finkenauer C, Schoemaker K, Kluwer E, Rijken RV, Lawick JV, et al. I'll never forgive you: high conflict divorce, social network and co-parenting conflicts. *J Child Fam Stud.* 2017.

WALDYR FILHO, Grisard. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

WELTER, Belmiro Pedro. *Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família.* In: *Guarda Compartilhada.* Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2016.