

O Direito Internacional e a influência externa para a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil^(*)

International law and external influence for the application of shared guards as a rule in Brazil

El Derecho Internacional y la influencia externa para la aplicación de la tenencia compartida como regla en Brasil

Deisiane Araujo de Sousa¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** Significado da expressão “poder familiar” nos diferentes povos e suas alterações. **2.** Modalidades de guarda e a lei 13.058 de 2014, **3.** A “vertente otimista” e a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 15 diciembre 2018 | Aceptado: 04 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). deisiane.araujo@hotmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

Resumo: A lei 13.058 de 2014 alterou artigos do Código Civil, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e adotando-a como regra no Brasil. A aplicação dessa modalidade de guarda como regra teve forte influência externa, com ênfase nos EUA e os países que adotam a vertente otimista acerca desse assunto. Salienta-se que após a ruptura conjugal muitos são os conflitos envolvendo os genitores. Tais conflitos dificultam no consenso destes, refletindo diretamente no menor, principalmente no que tange a estipulação da guarda e a forma de criação dos filhos. Dessa forma, o presente estudo busca compreender de que forma a “vertente otimista” acerca da guarda compartilhada influenciou na aplicação da Lei 13.058/14 no Brasil. Para desenvolver o tema, utiliza-se estudos de Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira e o método dialético, analisando argumentos favoráveis e contrários à aplicação desta guarda mesmo quando não há consenso entre os genitores.

Palavras-chave: família, guarda compartilhada, consenso, vertente otimista.

Abstract: Law 13,058 of 2014 amended articles of the Civil Code, establishing the meaning of the term "shared custody" and adopting it as a rule in Brazil. The application of this type of guard as a rule had strong external influence, with emphasis on the USA and the countries that adopt the optimistic side on this subject. It should be noted that after the marital breakdown many conflicts are involving the parents. Such conflicts hamper the consensus of these, reflecting directly on the minor, especially regarding the stipulation of custody and the way of raising children. Thus, the present study seeks to understand how the "optimistic side" about shared custody influenced the application of Law 13.058 / 14 in Brazil. In order to develop the theme, Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira and the dialectical method are used, analyzing arguments favorable and contrary to the application of this guard even when there is no consensus among the parents.

Keywords: family, shared guard, consensus, optimistic side.

Resumen: La Ley 13.058 de 2014 modificó artículos del Código Civil de Brasil, estableciendo el significado de la expresión "guarda compartida" (o “tenencia compartida”) y adoptándola como regla. La aplicación de esta modalidad de guarda o tenencia como regla tuvo fuerte influencia externa, con énfasis de parte de los Estados Unidos y los países que adoptan la vertiente optimista sobre ese asunto. Se destaca que después de la ruptura conyugal

muchos son los conflictos que surgen entre los progenitores. Tales conflictos dificultan en el consenso de éstos, reflejándose directamente en el menor, principalmente en lo que se refiere a la estipulación de la guarda o tenencia y la forma de criar a los hijos. De esta forma, el presente estudio busca comprender de qué forma la "vertiente optimista" acerca de la guarda o tenencia compartida influyó en la dación de la Ley 13.058 / 14 en Brasil. Para desarrollar el tema, se utiliza estudios de Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira y el método dialéctico, analizando los argumentos favorables y contrarios a la aplicación de esta figura aun cuando no hay consenso entre los progenitores.

Palabras clave: familia, guarda compartida, tenencia compartida, consenso, vertiente optimista.

Introdução

A lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014³, alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil⁴, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispoñdo sobre a sua aplicação. Com a referida alteração, esta modalidade de guarda passou a ser adotada como regra no Brasil.

O primeiro capítulo trata-se do significado da expressão “poder familiar” nos diferentes povos e suas alterações. O “poder familiar” é previsto no artigo 1.634 do Código Civil. Tem como conteúdo questões importantes para o desenvolvimento do menor, por exemplo, a criação e educação dos filhos, exigir que lhes prestem obediência e respeito e exercer a guarda unilateral ou compartilhada.

A expressão “poder familiar” corresponde a antiga expressão “pátrio poder” que foi alterada com o passar dos anos, nos diferentes povos, sofrendo interferências culturais no tempo.

O poder familiar não se encerra com a ruptura do vínculo conjugal. O dever de cuidado e proteção continua para ambos os genitores, sendo de extrema

³ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

importância a participação destes na vida dos filhos, havendo, assim, a necessidade de estipular qual é a modalidade de guarda mais adequada, visando sempre o melhor interesse da criança ou adolescente.

No segundo capítulo serão apresentadas as modalidades de guarda previstas no Ordenamento jurídico brasileiro. São duas as modalidades de guarda previstas expressamente no Brasil: a compartilhada e a unilateral.

A compartilhada, a partir da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014⁵, passou a ser aplicada como regra no Brasil, ela “[...] possui o escopo de proporcionar aos genitores plena participação na vida dos filhos, dividindo aqueles as obrigações e as responsabilidades, sempre buscando o bem-estar do menor”⁶. Devendo os genitores compartilharem os deveres e obrigações referentes ao menor, tomando as decisões conjuntamente, ou seja, exercendo o poder familiar concomitantemente, buscando a plena participação de ambos na vida.

Na guarda unilateral, adotada como regra antes da lei 13.058 de 2014, um genitor possui a guarda e o outro possui o direito de visita. Dessa forma, há um distanciamento entre o genitor que possui apenas o direito de visita e o seu filho, que é extremamente prejudicial na formação e desenvolvimento da criança ou adolescente.

Observa-se que há, também, uma terceira modalidade: a guarda alternada, porém, esta não foi recepcionada no Ordenamento Jurídico Brasileiro. É muito confundida com a guarda compartilhada, sendo de suma importância diferenciá-las.

A alternada trata do tempo de convívio entre os genitores e o menor, que deve ser dividido de forma igual. Ocorre que, esta divisão exata de tempo acaba interferindo na rotina da criança, prejudicando-o.

Já na compartilhada a preocupação não é com o tempo, mas, sim, com a ampla participação dos pais na vida dos filhos, através da divisão dos deveres e obrigações, sem modificar a rotina da criança e gerando uma maior aproximação e união da família como um todo.

O maior problema no que tange a aplicação da guarda compartilhada se refere ao consenso dos pais. Isso porque, após a ruptura conjugal existem

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

⁶ ASSIS NETO, Sebastião de. *et al.* **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1621.

vários problemas envolvendo brigas entre os genitores, que acabam criando uma resistência, dificultando para que estes cheguem a um acordo para a aplicação da guarda compartilhada.

Assim, o presente estudo busca responder, em seu último capítulo, se com a Lei 13.058 de 2014 o Brasil está inclinado a adotar a ideia da “vertente otimista” acerca da guarda compartilhada, defendido por EUA, para que se estipule esta modalidade mesmo que não haja consenso entre os genitores, priorizando o melhor interesse da criança e adolescente, e não os problemas pessoais do casal.

Busca-se responder tal questão utilizando o método dialético⁷, por se fundamentar nas contradições, presentes em toda a realidade, e no movimento, estando em transformação e inacabada.

1. Significado da expressão “poder familiar” nos diferentes povos e suas alterações

A expressão “poder familiar” sofreu diversas mudanças ao longo do tempo. Esta se refere ao poder que os pais exercem sobre seus filhos, sendo sinônimo da antiga expressão “pátrio poder”.

Por se referir apenas ao poder paterno, a expressão “pátrio poder” foi alterada, pois há a necessidade de abarcar o poder de ambos os genitores e não apenas do homem.

Em Roma, prevalecia o princípio da autoridade do *pater familias*, em que o pai exercia uma chefia incontestável sobre todos que eram subordinados a ele, tanto seus filhos, quanto sua esposa e escravos⁸.

Cabia ao chefe da família todas as decisões pois este detinha o poder absoluto. Decidindo, assim, questões relacionadas a religião, política, patrimônio, dentre outras. Todas as pessoas da família e todos os empregados deveriam obedecê-lo, sendo dele o poder supremo.

Esse modo de poder familiar de Roma só foi alterado após o advento do cristianismo como a religião oficial, que passou a defender a igualdade entre os cônjuges e a solidariedade entre os entes da família.

Entretanto, essa ideia de grande poder conferido ao chefe familiar não acabou de imediato, sendo predominante durante muitos anos e em muitos povos. Por exemplo, no Brasil colonial, sob influência das leis de Portugal,

⁷ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82.

⁸ Ibid, p. 687.

também foi predominante. O Código Civil de 1916⁹ também seguia esse modo de organização familiar, trazendo o homem como o chefe da sociedade conjugal.

Com a lei 4.121 de 27 de agosto de 1962¹⁰, o Estatuto da Mulher Casada, a esposa ganhou espaço para exercer esse poder. Porém, em caso de divergência, prevalecia a opinião do pai, havendo, ainda, a supremacia do homem e não uma igualdade. Esta ideia foi alterada no Ordenamento Jurídico brasileiro com a Constituição da República¹¹ prevendo o princípio da isonomia em seu artigo 226, § 5º, buscando uma posição de igualdade entre o homem e a mulher.

A expressão “poder familiar” traz essa igualdade entre homem e mulher, pois não coloca o homem como o detentor de tal poder, ideia trazida com a expressão “pátrio poder”. Porém, a expressão “poder familiar” também sofre críticas da doutrina no que tange ao conteúdo, pois não traz o real significado e importância dos deveres, direitos e obrigações que os genitores têm para com seu filho.

Insta destacar que o conteúdo do poder familiar é encontrado no artigo 229 da Constituição Federal¹², artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³ e 1.634 do Código Civil¹⁴, abarcando todas as questões relacionadas aos cuidados da criança.

Conforme Rolf Madaleno¹⁵ “existe um compreensível desconforto com o vocábulo poder, que ainda remonta à ideia de domínio dos pais sobre seus descendentes, e que não se concilia com a democratização da família”.

⁹ BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil.

¹⁰ BRASIL. **Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

¹¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

¹² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

¹³ BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

¹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 688.

Por isso, expressões como “autoridade parental” e “responsabilidade parental” são as mais aceitas pela doutrina¹⁶, pois defendem melhor a ideia de proteção integral de crianças, adolescente e jovens, que é um princípio constitucional, previsto no artigo 227 da Constituição da República¹⁷.

Isso porque, “poder familiar” traz uma ideia de poder, de soberania e domínio, e não as responsabilidades abarcadas por tal expressão, que diz respeito a todas as questões necessárias para criação e desenvolvimento do filho que se encontra em uma situação de fragilidade, por exemplo, dever de assistir, educar, exercício de guarda, decisões atinentes a criança, dentre outros, sendo de suma importância todos esses cuidados.

2. Modalidades de guarda e lei 13.058/14

O modelo de família sofreu alterações ao longo do tempo, tendo reflexo na guarda dos filhos. Inicialmente, a mãe detinha o poder de guarda, pelo motivo de que cabia a ela as atividades domésticas, ficando o pai responsável por trabalhar e sustentar a casa.

A Constituição da República 1988¹⁸ em seu artigo 226, §5º, consagrou o princípio da igualdade, trazendo a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher.

A partir desse princípio e com a luta por igualdade de gênero, com o passar dos anos as mulheres foram sendo inseridas no mercado de trabalho, dividindo as atividades domésticas com os homens, que passaram a ter uma maior participação na vida dos filhos, gerando no genitor um maior interesse na convivência com o menor após a separação conjugal, passando a reivindicar este direito.

Essas mudanças refletiram nas modalidades de guarda aplicada após a separação conjugal. Isso porque, o que antes era facilmente decidido, sendo da mãe a guarda unilateral por ser esta a responsável pelas atividades domésticas, passou a ser objeto de discussão por ser, também, de interesse do pai.

¹⁶ SOUSA, Deisiane Araujo de. DUQUE, Bruna Lyra. A eficácia da guarda compartilhada na diminuição dos casos de alienação parental. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**. Juiz de Fora, 2018.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 457.

¹⁸ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

Desse modo, a guarda unilateral, que era a única prevista no Ordenamento Jurídico brasileiro, passou a dividir espaço com a guarda compartilhada, que foi instituída no Código Civil com a lei 11.698 de 2008¹⁹.

Ocorre que, ao prever a modalidade de guarda compartilhada, usava-se a expressão “sempre que possível”, o que fazia com que os juízes não dessem prioridade e continuassem aplicando a unilateral como regra²⁰. Dessa forma, foi necessária uma nova alteração para trazer a real importância da aplicação desta modalidade.

A partir da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014²¹, os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil²² foram alterados, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada”, dispondo sobre a sua aplicação e adotando-a como regra.

Na modalidade de guarda unilateral um genitor possui a guarda e o outro o direito de visita. O problema é que o genitor que possui a guarda acaba tomando todas as decisões e tendo um maior poder sobre o filho, gerando um distanciamento entre o outro genitor e o menor.

Já a guarda compartilhada prioriza a divisão de deveres e responsabilidades entre os genitores em relação ao menor, tendo uma efetiva participação de ambos na vida do filho, priorizando a aproximação e união familiar, valorizando os deveres fundamentais de assistência, cooperação e respeito entre todos os membros da mesma família.

Assim, defende Maria Berenice Dias²³ que

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhe confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

²¹ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 517

ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

Ademais, a guarda compartilhada deve ser diferenciada da alternada. Esta não tem previsão expressa em nosso Ordenamento Jurídico e o foco é dividir o tempo dos pais com o filho, devendo a criança alterar a sua rotina para passar, de forma igual, um tempo com um genitor e com o outro, gerando grandes prejuízos ao menor.

De forma contrária, na compartilhada não há preocupação com a divisão igualitária de tempo e alternância de moradia, mas, sim, com a responsabilidade mútua dos genitores quanto aos deveres e obrigações, tomando decisões referentes ao menor de forma conjunta.

Observa-se que tanto a unilateral quanto a alternada são prejudiciais ao menor, devido ao afastamento de um dos genitores ou a alteração da rotina. Já a guarda compartilhada, atualmente, se mostra a mais benéfica, observando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, diz Rodrigo da Cunha Pereira que²⁴

A guarda compartilhada ou conjunta surge, então, como consequência do pós-feminismo e em decorrência de uma redivisão do trabalho doméstico. (...) esta modalidade de guarda interessa a mãe por retirar dela uma sobrecarga de trabalho, e ao pai para que ele possa verdadeiramente exercer a função paterna. Isso derruba a velha concepção de pai de fim de semana, que acabava se tornando apenas uma visita.

[...]

Assim, a verdadeira igualdade e isonomia entre os gêneros significa que o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. Neste sentido, limitar, restringir visitas/convivência familiar sem um motivo desabonador e que desautorize tal convivência, além de ser uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança, desrespeita também o princípio da igualdade.

O “poder familiar” não acaba com a separação conjugal e, por isso, a responsabilidade dos genitores para a criação dos filhos permanece, não podendo recair sobre o menor as consequências do divórcio e dos conflitos entre o casal.

O problema é que, muitas vezes, não há consenso entre os pais para aplicação dessa modalidade de guarda, gerando grande discussão em torno da não necessidade de consenso, como será tratado no capítulo a seguir.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175-176.

3. A “vertente otimista” e a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil

A separação conjugal em si já causa danos a todos os envolvidos, porém, quando não há filhos advindos dessa relação, há uma facilidade para interromper qualquer vínculo ali existente e começar do zero. A dificuldade surge quando desse relacionamento nasce um filho, em que há a necessidade de uma relação contínua para a sua criação.

Neste momento, a conscientização dos pais é essencial para fazer com que o filho compreenda e supere essa fase, demonstrando que “seguem íntegras suas relações de amor e afeto para com ambos os genitores, apesar da separação dos adultos”²⁵. Deve ficar claro para o filho que ele não é a causa da separação e de que a relação entre ele e seus genitores não será modificada.

Ocorre que, após a separação, devido a desentendimentos e mágoas, muitos genitores entram em uma disputa na qual o maior atingido será o filho. A guarda unilateral acaba acirrando essa disputa, na qual os genitores acreditam que vale tudo para se conseguir a guarda do menor.

Um dos motivos de se adotar a guarda compartilhada como regra é evitar problemas gerados devido as mágoas resultantes da separação, além do afastamento que ocorre entre pais e filhos após o início dessa disputa.

A ideia de guarda compartilhada teve início na common law, na década de 60 no direito inglês, quando ocorreu a primeira decisão sobre o assunto, possuindo a denominação de joint custody²⁶.

Observa-se que nos Estados Unidos existem diversas modalidades de guarda, por exemplo, Alternating custody, Sole Custody, Split Custody, Sole Physical Custody, sendo, respectivamente, a guarda alternada, exclusiva, dividida, física exclusiva, dentre outras.

E mesmo com essa diversidade de modalidades, passou a priorizar a guarda compartilhada, por ser mais benéfica a criança, pois, assim como o Brasil, preza pela proteção do melhor interesse da criança, lá conhecido como “best possible solution for the child”.

²⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 468.

²⁶ PRUNZEL, Adrielli Mozara; KANIESKI, Luana da Silva; CAPELLARI, Marta Botti. **Guarda Compartilhada: uma perspectiva jurídica**. **IBDFAM**.

Destaca-se que, no Brasil, com a lei 11.698 de 13 de junho de 2008²⁷, passou a ser aconselhável a aplicação da guarda compartilhada sempre que possível, porém, apenas nos casos de consenso entre os pais, o que acabou fazendo com que esta modalidade fosse aplicada excepcionalmente.

Não se pode impor a obrigação de cooperação e afeto dos genitores para com os filhos, porém deve-se priorizar as necessidades do menor, sendo necessário que o Estado trate do assunto, buscando a proteção da criança e do adolescente. Dessa forma, a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014²⁸ prevê que deve-se buscar a aplicação da guarda compartilhada, mesmo se não houver consenso, sempre objetivando o melhor interesse do filho.

A discussão não é sobre a vontade dos pais e suas escolhas, mas, sim, o quanto a criança pode ser atingida e de que forma pode influenciar no desenvolvimento dela. Nesse sentido, dispõem Bruna Duque e Adriano Pedra que²⁹

O direito não tem o condão de impor condutas ao psiquismo humano e não pode obrigar o indivíduo a pensar, agir ou nutrir sentimentos dessa ou daquela maneira; mas pode corrigir distorções nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica

Neste ponto, existem críticas a aplicação da guarda compartilhada nos casos em que não há consenso dos genitores, com o argumento de que os pais devem decidir o melhor para os filhos, cabendo a eles o direito de exercer o poder familiar e estipular a guarda a ser aplicada.

Sobre esse assunto, Rolf Madaleno³⁰ apresenta dois posicionamentos opostos, adotados em alguns países. O primeiro é o da “vertente otimista”, de países como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, que defende o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada. O segundo é o da “vertente pessimista”, de países como Espanha e Portugal, que confere o poder de veto a mãe e defende que deve haver consenso.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

²⁹ DUQUE, Bruna Lyra. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 445.

Dessa forma, dentre os países que adotam a “vertente otimista”, encontra-se os Estados Unidos, defendendo a aplicação da guarda compartilhada mesmo quando não há consenso dos pais. É importante observar os países que vem aplicando a guarda compartilhada independente do consenso dos genitores, objetivando o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, Rolf Madaleno³¹ sugere e defende que

Talvez seja o momento de se recolherem os bons exemplos de uma guarda compartilhada jurídica compulsória ou automática, sendo a regra da separação dos pais e a guarda unilateral, a exceção, devendo os pais tomar em conjunto as principais decisões relacionadas ao desenvolvimento e à educação dos seus filhos havidos em comum, 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 compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que os 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 em prol do genitor negligenciado.

A separação conjugal gera efeito a todos os envolvidos, sendo estes o casal e a criança. É um momento de fragilidade, porém, muitas vezes acaba-se priorizando as mágoas do casal, ignorando as necessidades do menor.

Assim, cabe ao juiz, um terceiro imparcial, explicar os benefícios da guarda compartilhada e atentar os genitores a importância desta para a criança. O juiz deve se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, conforme previsto no parágrafo terceiro do artigo 1.584 do Código Civil³², não sendo imposta a guarda compartilhada quando prejudicial aos filhos.

Dessa forma, tem-se como objetivo conscientizar os genitores dos benefícios, para que possam entender e desenvolver um projeto comum para a criação e educação, priorizando o que é melhor para criança.

A relação entre os pais, por si só, não deve ser obstáculo para a aplicação da guarda compartilhada. O objetivo é o melhor interesse da criança,

³¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 447.

³² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

independente de boa ou má relação entre os genitores³³, sendo essencial que haja um amplo apoio e participação dos genitores na vida do filho.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente busca uma ampla proteção destes, que necessitam de cuidado, afeto e toda assistência possível, no que se refere a alimentação, saúde, educação, necessidades físicas e emocionais, mas, também, a ampla convivência familiar e a continuidade desta, que é um ponto essencial para o desenvolvimento do menor e muitas vezes é esquecido e interrompido nos casos de separação conjugal.

Nesse sentido, concluiu a desembargadora Denise Volpato, da 6ª Câmara de Direito Civil do tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Apelação Cível de nº 2015.050655-3, julgada no dia 29 de setembro de 2015, que a guarda compartilhada deve priorizar e proteger o melhor interesse da criança, independentemente do consenso dos pais se “a prova demonstra a ausência de fatos que desabonem a conduta de quaisquer dos genitores”³⁴.

Em outro entendimento de setembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a guarda compartilhada pode ser estipulada pelo juiz mesmo que não haja consenso entre os genitores. Segundo Nancy Andrichi, “sem a guarda compartilhada o tranquilo desenvolvimento da criança é incompleto do ponto de vista social e psicológico. Ou seja, as crianças precisam conviver com os pais, estejam eles separados ou não”³⁵.

Destaca-se a resistência que os próprios pais criam para não dividir a guarda, pois o que eles têm em mente é que aquele que fica com a guarda é o grande vencedor de uma batalha em que a criança é o troféu. A jurisprudência ao aceitar a resistência que eles criam, acaba premiando essa conduta na qual o menor é totalmente ignorado.

Por estes motivos, deve o juiz aplicar a guarda compartilhada sempre que possível, mesmo que não haja consenso entre os genitores, porém, sempre respeitando o melhor interesse da criança e do adolescente, que deve ser analisado de acordo com o caso concreto. É necessária essa interferência do Estado justamente para atingir o objetivo de proteger o menor,

³³ SOUSA, Deisiane Araujo de. DUQUE, Bruna Lyra. A eficácia da guarda compartilhada na diminuição dos casos de alienação parental. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**. Juiz de Fora, 2018.

³⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 441.

³⁵ STJ decide que guarda compartilhada prevalece mesmo com briga de pais. **Globo**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/stj-decide-que-guarda-compartilhada-prevalece-mesmo-com-briga-de-pais.html>>.

proporcionando a ele todos os seus direitos, que devem ser priorizados mas acabam sendo ignorados por seus genitores.

Conforme citado anteriormente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem adotando esse posicionamento de admitir a guarda compartilhada por decisão judicial e segundo Rolf Madaleno³⁶ não há o que discordar considerando que

[...] compartilhar a custódia é seguir pura e simplesmente exercendo suas funções como pais, da mesma forma como faziam quando coabitavam e exerciam os atos próprios e inerentes ao poder familiar, com a diferença de que estando os pais separados passam a existir dois domicílios, mas, de qualquer forma, a essência da guarda compartilhada nunca partiu da ideia de dividir os filhos em igual proporção de tempo, mas, sim, de que os pais cobrissem as necessidades dos filhos exercendo sem solução de continuidade o seu papel de progenitores.

Dessa forma, nota-se que, apesar das divergências e discussões ainda existentes, o Brasil tem-se inclinado a ideia defendida pela “vertente otimista”, conforme aqui demonstrado, adotando, assim como os Estados Unidos, a guarda compartilhada como regra, aplicando-a mesmo quando não há consenso entre os genitores.

Considerações finais

Conforme observado no presente estudo, a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 trouxe diversas alterações relacionadas a guarda dos filhos, por estipular a aplicação desta como regra, mesmo nos casos em que não haja consenso.

Esta modalidade de guarda preza pelos princípios do direito de família, com ênfase no princípio do melhor interesse da criança e adolescente e da afetividade, dando continuidade no exercício do poder familiar que não se encerra com a separação conjugal.

Acerca da aplicação da guarda compartilhada mesmo que não haja consenso dos genitores, há dois posicionamentos opostos, sendo o da “vertente otimista”, adotada por países como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, que defende o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada, e o da “vertente pessimista”, de países como Espanha e Portugal, que defende que deve haver consenso.

Apesar de divergência por parte da doutrina e até mesmo da jurisprudência, com a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 o Brasil está inclinado a adotar a ideia da “vertente otimista” acerca da guarda compartilhada, para que se

³⁶ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

estipule esta modalidade mesmo que não haja consenso entre os genitores, priorizando o melhor interesse da criança e adolescente, e não os problemas pessoais dos genitores

Referências

- ASSIS NETO, Sebastião de. et al. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 21 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm >. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm >. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm >. Acesso em 01 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 21 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11698.htm >. Acesso em: 21 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

(Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 21 agosto 2018.

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DUQUE, Bruna Lyra; Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinger. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRUNZEL, Adrielli Mozara; KANIESKI, Luana da Silva; CAPELLARI, Marta Botti. Guarda Compartilhada: uma perspectiva jurídica. **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Guarda%20compartilhada%2006_06_2012.pdf>. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- SOUSA, Deisiane Araujo de. DUQUE, Bruna Lyra. A eficácia da guarda compartilhada na diminuição dos casos de alienação parental. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**. Juiz de Fora, 2018.
- STJ decide que guarda compartilhada prevalece mesmo com briga de pais. **Globo**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/stj-decide-que-guarda-compartilhada-prevalece-mesmo-com-briga-de-pais.html>>. Acesso em 21 de agosto de 2018