UNIALFA - CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ludimila Alves Lima

GUARDA COMPARTILHADA: PERSPECTIVAS ENTRE SUA OBRIGATORIEDADE E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

GOIÂNIA
NOVEMBRO DE 2022

UNIALFA - CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ludimila Alves Lima

GUARDA COMPARTILHADA: PERSPECTIVAS ENTRE SUA OBRIGATORIEDADE E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Trabalho monográfico apresentado como exigência parcial para conclusão da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, sob a orientação da Profª. Ma. Karla Vaz Fernandes.

GOIÂNIA
NOVEMBRO DE 2022

UNIALFA - CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ludimila Alves Lima

GUARDA COMPARTILHADA: PERSPECTIVAS ENTRE SUA OBRIGATORIEDADE E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

AVALIADORES:

_____

UNIALFA

(Orientadora)Ma. Karla Vaz Fernandes

_____

Prof. Leitor Denise Pineli– ALFA

_____

Profa. Leitor – ALFA

GOIÂNIA

NOVEMBRO 2022

Para Sergio de Sousa Santos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus por estar ao meu lado em todas as horas dos meus dias!

A minha orientadora Karla Vaz Fernandes, por sua paciência e dedicação. Do fundo do meu coração muito obrigado!

Aos meus pais, por todo seu amor e confiança. Amo vocês para sempre!

Aos meus professores, por toda atenção e incentivo!

Aos amigos, em especial a você, Lorrany Aparecida Alves Vieira, por sua amizade sincera e compreensão. Muito obrigada minha criancir

A todos os, que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui!

Ninguém explica Deus. Preto no branco.

RESUMO

ALVES, Ludimila Lima. GUARDA COMPARTILHADA: PERSPECTIVAS ENTRE SUA OBRIGATORIEDADE E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Monografia, 2020. 50 f. – Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Alves Faria. Goiânia, 2022.

O trabalho tem como objetivo analisar a imposição da guarda compartilhada mesmo não tendo consenso entre os genitores. Buscando analisar a tutela constitucional do direito de convivência entre pais e filhos, e o melhor interesse da criança e adolescente, bem como discute a criança e o adolescente como sujeitos de proteção. Para em fim, verificar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que diverge entre si, quanto a concessão desse instituto em ambientes familiares considerados hostis. Utilizar-se-á o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada. Obrigatoriedade. Melhor interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the imposition of shared custody even though there is no consensus between the parents. Seeking to analyze the constitutional protection of the right of coexistence between parents and children, and the best interest of the child and adolescent, as well as discussing the child and adolescent as subjects of protection. Finally, verify the jurisprudential understanding of the Superior Court of Justice, which differs from each other, regarding the granting of this institute in family environments considered hostile. The deductive method will be used.

KEYWORDS: Shared custody. Obligatoriness. Best interest of the child and adolescent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE PROTEÇÃO 11

1.1 A criança e o adolescente na Constituição de 1988 12

1.2. Os princípios protetivos da criança e do adolescente 13

2.1 Aspectos conceituais sobre a guarda 16

2.2Espécies de guarda e o seu exercício 17

3 GUARDA COMPARTILHADA E SUA CONTROVÉRSIA IMPOSITIVA 25

3.1. O entendimento do STJ 26

CONCLUSÃO 30

REFERÊNCIAS 31

INTRODUÇÃO

Crianças e adolescentes merecem crescer em ambiente saudável. Os laços estabelecidos no núcleo familiar, são eternizados durante toda uma vida.

A guarda compartilhada, sancionada pela lei nº 13.058/2014, busca priorizar os interesses das crianças e adolescentes, dando a eles a oportunidade de conviver com ambos os pais.

No entanto quando não há consensualidade entre os genitores, esse convívio fica ameaçado. Pois, durante o processo de guarda, as crianças envolvidas deixam de ser a prioridade para servirem como um meio de atingir o outro. Quando a guarda compartilhada é imposta pelo magistrado, sem que os conflitos entre os pais tenham sido resolvidos, esta perde seu propósito, tornando a lei nº 13.058/2014, ineficaz.

Portanto, constitui objetivo geral desse trabalho discutir a imposição da guarda compartilhada ainda que não tenha consenso entre os pais. Para realizar esse mister apresentando a criança e o adolescente como sujeitos de proteção.

No primeiro capítulo, faz-se uma abordagem sobre a proteção dos filhos e o instituto da guarda no ordenamento brasileiro. No segundo capítulo, faz-se apontamentos da guarda compartilhada e sua controvérsia impositiva, e por fim, no terceiro capítulo, apresenta-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre tais questões.

O método a ser utilizado será o dedutivo, que parte da análise de uma premissa geral, que é o estudo da guarda compartilhada para uma premissa menor, através da análise da lei nº 13.058. E por meio de uma sequência de raciocínios lógicos atingir o objetivo proposto, que é a controvérsia jurisprudencial.

Não consiste em objetivo desse trabalho esgotar o assunto da guarda compartilhada. No entanto, a discussão sobre o assunto contribui para a pesquisa científica, pois, busca analisar os conflitos que norteiam esse tema. Conflitos esses que se estendem não só apenas aos responsáveis, por esses menores, mas, aos tribunais, que com sua incompatibilidade provoca mais divergências para os envolvidos.

1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE PROTEÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sancionado em 1990, trouxe em seu bojo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Seus objetivos não se limitam a amparar menores que tiveram os direitos profanados, mas, prevenir antecipadamente que esse desrespeito ocorra. (LEMOS, 2008).

Um dos objetivos positivados no Estatuto da Criança e do Adolescente, é garantir a proteção integral em todos seus aspectos. É dever do Estado, da Família e da sociedade assegurar que as crianças, os adolescentes e os jovens disponham de um ambiente saudável, ao longo do seu desenvolvimento mental e emocional.

> Por previsão legal do Estatuto, considera-se criança, a pessoa que possui 12 anos incompletos e adolescentes aqueles que se encontram na faixa etária entre 12 e 18 anos. Essa distinção legislativa é pertinente, pois quando os menores praticam atos infracionais, devido ao processo de crescimento de cada um, são aplicadas medidas correspondentes. As crianças, por exemplo, não sofrem medidas socioeducativas, conhecidas como prestação de serviço a comunidade, advertência, ou obrigação de reparar o dano. Essas penas são atribuídas aos adolescentes. Se uma criança cometer qualquer ato infracional, segundo o Estatuto do ECA e a Convenção que trata dos direitos da criança, aprovada em 1989, pela ONU, deverão ser definidas medidas de proteção.

Os direitos fundamentais efetivados tanto na Constituição, em seu artigo 227, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser fornecidos a todas as crianças e adolescentes, independentemente de sua religião, crença, condição social ou moradia. Além disso, deve-se garantir ainda, o desenvolvimento espiritual, emocional, físico e mental por intermédio de políticas públicas que deverão ser implementadas pelo Poder Público.

A juventude brasileira, que tem o condão de construir um novo futuro para a sociedade, depende do apoio da família e dos órgãos públicos, inclusive, os não governamentais, são essenciais para a formação dessa geração, corroborando com o seu pleno desenvolvimento. Através de realização de políticas públicas, que priorizem a consensualidade da efetuação dos direitos fundamentais concernentes as crianças e aos adolescentes.

É responsabilidade da família e do ente estatal, manter todas as crianças e adolescentes ilesos as práticas de negligência, opressão, discriminação violência e crueldade. A violência ocorre quando o menor é submetido a maus tratos físicos e psicológicos de forma premeditada. Práticas de tortura como essas, partem comumente dos responsáveis por sua segurança. Essas práticas abusivas não podem ser entendidas como meio de correção. Pois, ainda, que a obrigação de educar os filhos seja de seus pais ou responsáveis, os exageros físicos e psicológicos cometidos durante essas reprimendas, são punidos severamente.

Os magistrados ao argumentar as suas decisões com base na lei, deverão levar em consideração a condição peculiar de cada criança ou adolescente e seus direitos individuais e comuns. Pois, deve prevalecer o melhor interesse dos menores e não de seus responsáveis. Pois com o advento desta lei, almeja-se alcançar a consolidação das garantias das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. (WELL, 2015).

1.1 A criança e o adolescente na Constituição de 1988

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente, tem respaldo no artigo 227, da Constituição Federal (CF) de 1988 e nos artigos 3 e 4 do ECA. Essas legislações trazem em seus arcabouços estes indivíduos como sujeitos de direitos.

Assegura o texto constitucional, em seu artigo 227, que é dever da família, da sociedade, bem como do Estado garantir a criança, o adolescente e ao jovem, o direito a vida, a saúde, alimentação, a educação ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária, de forma prioritária. Além dessas garantias, há o dever de mantê-los seguros contra atos de negligência, opressão, violência, discriminação e crueldade.

A criança e o adolescente, tem seus direitos resguardados por normas especiais, pois, suas necessidades são distintas de um ser humano adulto. Sendo que, o seu desenvolvimento depende dos cuidados de terceiros e seus valores serão influenciados por seus responsáveis.

O direito e a saúde são mecanismos básicos e essenciais à vida do ser humano. É garantido constitucionalmente e através do Estatuto da Criança e do Adolescente, a todos os menores que esses direitos sejam cumpridos. Ao longo desses diplomas legais são previstas normas objetivas, por meio de políticas públicas, que as crianças e adolescentes tenham atendimento diferenciado no Sistema Único de Saúde (SUS). Evidências da busca diária de preservar a vida desses jovens está no acompanhamento desde o princípio por meio de exame pré-natal. Aleitamento materno, mesmo que a mãe se privada de sua liberdade por um delito que tenha cometido.

A alimentação é um direito que se conecta ao direito a vida. Sua importância se traduz no direito de exigir os alimentos e na obrigação de prestá-los. O direito a educação, sendo este essencial, tem a obrigação de ser fornecido além dos pais e responsáveis, também pelo Estado. Os entes estatais tem o dever, juntamente com a família de manter as crianças e os adolescentes no ensino regular.

O direito a cultura, esporte e ao lazer, são práticas adotadas que auxiliam os jovens a evoluírem em seus aspectos emocionais, mentais e psicológicos. A união dos entes públicos, na construção de espaços, como por exemplo, ginásios esportivos, praças e parques públicos são relevantes para propiciar o convívio social desses jovens.

O direito a profissionalização e a proteção ao trabalho não podem ser confundidos. A profissionalização, busca preparar o adolescente para ser inserido no mercado de trabalho quando atingir a maior idade. O trabalho por sua vez, decorre das disparidades sociais, que forçam esses adolescentes a ingressarem no mercado de trabalho precocemente. Com o objetivo de proteger esses menores, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 20 de 15/12/98, que modificou o inciso XXXIII, do artigo 7º, autorizando que o trabalho na adolescência só é permitido a partir dos 16 anos ou aos 14 anos na condição de menor aprendiz.

O direito ao respeito, a liberdade e a dignidade, compreende a preservação da forma de se expressar de cada indivíduo. Neste sentido as crianças e os adolescentes tem direito de professar a crença desejada, bem como o direito de brincar e expor suas ideias.

Toda criança e adolescente deve ser mantido no seio familiar no qual foi concebido, desde que o ambiente familiar não seja prejudicial ao seu crescimento. O texto constitucional, assegura a convivência familiar e comunitária entre pais e filhos independentemente desses filhos serem oriundos de um casamento ou de uma relação casual. MULLER 2011).

1.2. Os princípios protetivos da criança e do adolescente

Com o decorrer do tempo, o direito constitucional foi se moldando as necessidades da sociedade. Tal mudança é perceptível nas novas constituições de família que se acentuaram ao longo dos anos. Essas implementações fizeram com que princípios fossem retirados do texto constitucional, dando lugar a efetivação de novos princípios no ordenamento brasileiro.

Dentre esses princípios, merecem destaque os princípios da proteção integral, melhor interesse da criança e do adolescente e a convivência familiar. ((TARTUCE 2017).

A Constituição brasileira de 88, promoveu uma significativa modificação, ao acatar, em seu texto, a doutrina da proteção integral. A sua expansão no âmbito do direito brasileiro, se deu previamente em âmbito internacional, no campo do instituto da criança por meio de tratados e documentos. Dentre esses documentos, destaca-se a Convenção que tratou do direito da Criança de 89, que foi aceita de forma uníssona pelas Nações Unidas (ONU).

A proteção integral, elencada no artigo 227, da Constituição Federal e no artigo 3º, do Estatuto da Criança e do adolescente, tem como finalidade promover a confirmação dos direitos fundamentais pertencentes a esses indivíduos. Pois, ao implementar normas específicas, comprova que, para que o direito a dignidade e a integridade, correspondentes a criança e ao adolescente sejam efetivados é crucial a incorporação de institutos distintos.

Já o princípio do melhor interesse da criança está implícito no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, este princípio é compreendido como a proteção dos direitos relativos aos menores. À luz desse princípio os profissionais do meio jurídico devem considerar, ao tomar suas decisões o que de fato beneficiará a criança.

O melhor interesse da criança e do adolescente contempla a todos pertencentes a faixa etária de 0 a 18 anos. Buscando ainda, assegurar a proteção da dignidade humana e a igualdade dos filhos, coibindo eventual distinção que possa ocorrer. O melhor interesse da criança presta a evitar que os interesses dos responsáveis por essas crianças ou adolescentes, se sobreponha aos deles. (Gonçalves, 2011).

De acordo com Barbosa (2019), o princípio do melhor interesse, após a inserção da doutrina da proteção integral, passou a contemplar os menores como um todo e não só aqueles que se encontra em estado de vulnerabilidade extrema. Porém, para que sua aplicação tenha êxito, a vontade da criança e do adolescente deve ser relevantes para as decisões, cujo o objetivo altere seu ambiente costumeiro.

Visando o bem-estar da criança, devem ser proporcionados, de forma efetiva, condições para que esta cresça em segurança. Pois, com a evolução da sociedade, os menores impúberes passam a ser considerados sujeitos de direito e não apenas objeto de direito. (SARATY, 2012).

O princípio da convivência familiar está positivado tanto no texto constitucional quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. A convivência familiar tem por premissa estabelecer um ambiente familiar equilibrado, presando pela integridade física e psíquica dos menores. (BASTOS; DE CASTRO, 2013.).

A família é vista como um meio de proteção por esses menores. No entanto, quando o convívio familiar se torna hostil, o poder público deve tomar providências para garantir a dignidade dessas crianças. Os responsáveis, bem como o Estado, devem proporcionar, inclusive no âmbito educacional, que as crianças interajam de forma saudável. Se atentando para eventuais conflitos que possam ameaçar o os relacionamentos sociais preconizados. (NERY, 2010).

Conforme preconiza Ciqueira (2012), o Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe inúmeras mudanças em relação ao Código do Menor, promulgado em 79. Na vigência desse Código, as crianças e adolescentes em situação de extrema vulnerabilidade eram recolhidas em instituições e retiradas do seio familiar, no qual cresceram. Contudo, com o advento do ECA, em 1990, foi priorizado que as crianças em situação de risco, só seriam separadas de suas famílias em último caso. Enfatizando assim, a garantia do direito à convivência familiar.

A convivência familiar, é o mecanismo que possibilita o fortalecimento dos membros de uma família. Essa união é necessária para que esse núcleo desenvolva afetos e compartilhem experiências, que serão agregadas na formação das crianças que fazem parte desse grupo. (FACHIN NETO, 2011).

Mesmo uma criança estando acolhida em uma instituição, a dinâmica do lugar em que ela se encontra deve promover a socialização dela com os demais, bem como contribuir para que os valores morais e éticos lhes sejam repassados. As instituições não tem como premissa romper o vínculo com a família de origem, mas, proporcionar medidas eficazes para que ocorra a a reinserção dessa criança novamente a sua família. Não sendo possível reintegrá-la, deve-se promover os mecanismos necessários para que seja dado a ela a oportunidade de crescer com uma família substituta. Assegurando-lhe o convívio de forma efetiva e saudável. (BRAGA, 2015).

Um dos obstáculos de fornecer um lar para jovens que por falta de estabilidade foi impedido de estar com sua família de origem, é a ausência de lares acessíveis que possam se tornar responsáveis por esses indivíduos. Outro obstáculo encontrado, é a quantidade acentuada de jovens em situação de vulnerabilidade.

Esses fatores são agentes colaboradores para a lotação de abrigos, facilitando com que jovens cresçam em lares abusivos. A exposição a esses ambientes violentos provoca traumas, que muitas vezes são irreparáveis prejudicando a sua socialização por toda a sua vida. (ESTAVANATO; GONZALEZ; HERNANDEZ, 2008).

2. A PROTEÇÃO DOS FILHOS E O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O exercício do poder familiar é atribuído igualmente à ambos os pais. É dever de cada um cuidar para que as necessidades e interesses de seus filhos sejam atendidos satisfatoriamente enquanto forem menores.

Ao longo da vida conjugal, que ocorre por meio do casamento ou união estável, os direitos e deveres relacionados ao menor são discutidos em conjunto. Porém, com o término do relacionamento, os genitores se veem compelidos a tomarem decisões a fim de resguardarem os interesses dos menores envolvidos. Dentre essas decisões destaca-se a de quem será o guardião da criança. No entanto, em primeiro lugar deve-se priorizar o bem-estar do menor, para que a ruptura da relação de seus genitores não provoque desgaste na convivência entre pais e filhos (BERNARDO, 2015).

Com o rompimento do vínculo conjugal, os direitos e obrigações em relação ao fruto gerado dessa união, são desempenhados pelos ex-cônjuges. Que ainda que não dividam o mesmo lar, tem o direito de conviver com seus filhos e participar ativamente do dia a dia com eles. Mas, também cabe a eles responderem do mesmo modo pelo dever de educar, proteger e garantir que essa criança tenha saúde e alimentação adequada, entre outros deveres.

A guarda é um mecanismo criado para dar estabilidade a criança, no que se refere ao local em que ela residirá após a separação dos pais. Por este instituto, apesar de ambos exercerem igualitariamente os direitos e obrigações referentes ao menor, apenas um deles deterá a guarda desse menor. Entre as espécies de guarda encontram respaldo jurídico no ordenamento brasileiro, a guarda unilateral e a guarda compartilhada. (ZEGER, 2012).

A Constituição Federal em seu artigo 227, dispõe que o Estado, bem como a família e a sociedade tem o dever de proteger a criança, o adolescente e o jovem. E para garantir que essa proteção se concretize, alguns institutos foram criados dentre eles a guarda.

2.1 Aspectos conceituais sobre a guarda

De acordo com Andrade (2016), o conceito de guarda pode ser entendido como o dever de garantir a segurança e o cuidado do filho, que pode ser exercido por um dos genitores ou por ambos.

A guarda atribuída apenas à um dos pais, recebe o nome de guarda unilateral ou exclusiva, já a guarda, que pode ser exercida conjuntamente, recebe o nome de guarda compartilhada ou conjunta.

O instituto da guarda está positivado no Código Civil/2002 nos artigos 1583 e 1584, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 33ao 35.

O fim do relacionamento dos pais, independentemente de como ocorreu, não deve ser motivo para ocasionar o afastamento entre pais e filhos. Pois, segundo o princípio do melhor interesse da criança, os interesses do menor envolvido, se sobrepõe as discordâncias entre seus genitores advindas da separação. Pois entende-se que os filhos tem o direito de conviver com seus pais de forma saudável, sendo que, a segurança desses menores é mais importante que determinar de quem será a guarda ou estabilizar a obrigação alimentar do genitor que não detém a guarda.

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), esse instituto distingue-se do Código Civil/2002, ao prevê a modalidade de família substituta. Conforme dispõe em seu texto, os pais exercerão igualmente os direitos e deveres relativos a seus filhos, sendo que, se ficar comprovado que a convivência com os ex-cônjuges, é nociva ao menor, este será colocado sob a guarda de terceiros.

Todavia, para Simão (2016), a guarda se trata de um conceito unificado, que é regulamentada por duas legislações diferentes. Pois, há previsão de o menor ser colocado sob a guarda de terceiros, no Código Civil, em seu artigo 1584, parágrafo 5º. Ainda que o Estatuto tenha uma visão voltada para a segurança das crianças e adolescentes envolvidos, ao prevê que o Estado intervirá para que esses tenham seus direitos resguardados, o afastamento dos filhos de seus pais, só ocorrerá em último caso. Quando comprovadamente ficar demonstrado que eles não possuem capacidade para criá-los. Sendo assim, ambas as leis se respaldam no princípio do melhor interesse da criança para decidir qual será a medida a ser aplicada no caso concreto.

2.2Espécies de guarda e o seu exercício

O ordenamento brasileiro comporta, expressamente, duas espécies de guarda. A guarda unilateral ou exclusiva, na qual um dos genitores ou terceiro capacitado detém a guarda, enquanto que o outro responsável tem o direito de visitar o filho. Mesmo a guarda sendo unilateral, o genitor não guardião tem a obrigação de fiscalizar os interesses de seus filhos, lhes fornecendo apoio educacional, moral e psicológico. A lei também estabelece que ambos os pais

possuem legitimidade para demandar qualquer informação referente ao menor, seja ela de cunho objetivo ou subjetivo.

E a guarda compartilhada ou conjunta, que pressupõe que ambos os pais são guardião dos filhos. Qualquer decisão referente ao menor é tomada consensualmente pelos responsáveis.

Apesar dessa espécie de guarda ter sido instituída na Inglaterra, sua popularização ocorreu nos Estados Unidos. Já no direito brasileiro, a guarda compartilhada, positivada no artigo 1583, parágrafo 1º, do Código Civil/2002, é aquela exercida por ambos os pais, sendo estes responsáveis pelos direitos e obrigações relativas aos filhos de forma igualitária, ainda que vivam separados.

Mesmo a guarda sendo compartilhada, os filhos residem apenas em uma casa. O tempo de comvívio com os pais deve ser equilibrado, visando sempre a priorizar o melhor interesse dos menores envolvidos.

A convivência com os pais, bem como as atribuiçções no que se refere a guarda compartilhada, pode ser feita pelo juiz de ofício ou através de requerimento do Ministério Público. Buscando a melhor distribuição dos direitos e obrigações, o magistrado poderá pedir auxílio de técnicos-profissionais ou equipes interdisciplinares. Para que ao decidir pela aplicação desse instituto os pais tenham ciência do papel que cada um irá desempenhar no dia a dia de seus filhos.

Há ainda duas modalidades de guarda criadas pela doutrina. A guarda alternada e a guarda por aninhamento ou nidação.

Na guarda alternada, são os filhos que vão para casa dos pais, ou seja, por períodos específicos, o menor se dirige para casa da mãe ou do pai. Se a criança estiver sob os cuidados do pai, este terá com exclusividade o exercício da guarda, podendo decidir sobre os interesses do filho sem a necessidade de consultar a mãe. Essa prática se repete quando o filho estiver sob os cuidados da mãe. Essa espécie de guarda não é bem quista, pois, a indefinição da residência fixa da criança, pode lhe causar transtornos emocionais, já que recebe tratamentos distintos em cada casa.

Ao contrário da guarda alternada, na guarda por aninhamento ou nidação, a criança permanece na sua residência e seus pais são quem se dividem para conviver com ela. Essa modalidade de guarda, visa provocar transtornos mínimos para os menores, já que esses continuam convivendo com os pais no mesmo ambiente que estão familiarizados.

A fim de preservar o bem-estar da criança o Código Civil brasileiro, prevê em seu artigo 1584, parágrafo 1º, a necessidade da audiência de conciliação. A previsão dessa audiência enfatiza que o ideal é que haja um consenso entre os genitores sobre qual espécie de guarda

deverá ser aplicada. A lei estabelece que o magistrado terá de estimular para que os pais de forma consensual, optem pela guarda compartilhada. Inexistindo uma concordância entre os genitores, a guarda poderá ser aplicada de forma obrigatória.

Por ser tida como regra, a guarda compartilhada somente não será fixada, quando um dos pais manifestar que não deseja exercê-la ou quando um deles for considerado inapto para o seu exercício.

Essas exceções impostas pela lei para não aplicação da guarda compartilhada, é altamente criticada, pelo fato de que esse instituto pressupõe que os pais tenham o mínimo de harmonia entre eles. Já que os dois decidirão em conjunto a respeito dos direitos e obrigações em relação aos filhos. O poder judiciário entende que o magistrado poderá aplicá-la, ainda que os pais não mantenham um relacionamento saudável. Porém, essa aplicação compulsória, se torna prejudicial aos interesses da criança, visto que, o judiciário não estará presente acompanhando o convívio desses menores com seus pais. E em meio a tantos conflitos a atribuição da guarda compartilhada se torna nociva aos interesses dos envolvidos (PRUSSAK, 2017).

Para Simão (2015), a principal distinção entre guarda unilateral e compartilhada é a convivência prolongada entre os genitores e seus filhos. Pois, quando se trata da guarda unilateral, geralmente a mãe assume o papel de guardiã dos filhos enquanto que o pai se limita a participar de suas vidas através de visitas programadas, em regra com intervalos de 15 dias entre uma e outra.

A guarda compartilhada permite ao pai não guardião, uma maior participação, dando a ele a oportunidade de estabelecer uma convivência harmoniosa com os menores. O convívio entre pais e filhos propicia que se desenvolva uma rotina consistente, dando a criança uma sensação de segurança. Pois ela terá os pais conjuntamente lhe dando a atenção necessária.

Um dos exemplos mais claro utilizado pela doutrina para explicar o significado da guarda compartilhada, é as atribuições que cada genitor desempenha na vida do filho. O pai não guardião, por exemplo, pode ficar responsável por levar a criança a escola durante alguns dias da semana e buscá-la nos outros dias. Podendo disfrutar de sua companhia por um espaço maior de tempo.

Para os autores Alexandre e Vieira (2009), o processo de separação dos pais é um acontecimento traumático para as crianças, que pode provocar diversos transtornos emocionais, dentre os quais se destacam a ansiedade e depressão. Independentemente da espécie de guarda a ser estabelecida, os seja ela compartilhada ou exclusiva, os genitores devem ter o cuidado com o bem-estar de seus filhos. E não permitirem que os conflitos provenientes da separação

se sobreponham aos interesses dos envolvidos. Inúmeros são os casos em que o processo de guarda para determinar qual dos ex-cônjuges será o guardião e qual espécie de guarda se adequa ao caso apresentado, se transformam em uma disputa entre eles. Essas disputas ocorrem pelo fato de os conflitos oriundos na constância da vida conjugal e após o término do relacionamento, ainda permanecerem sem uma solução.

As desavenças entre os genitores, se não forem esclarecidas, podem se tornar prejudicial ao desenvolvimento dos menores. Pois, a atribuição da guarda compartilhada pressupõe que tenha um consenso entre os pais. Ainda que o poder judiciário entenda que os interesses do menor se sobrepõe ao dos pais, com base no princípio do melhor interesse, a imposição da guarda compartilhada em um ambiente considerado hostil, não alcançará o seu propósito. Esse instituto tem como objetivo proporcionar a convivência equilibrada dos filhos com ambos os pais. Esse equilíbrio não se resume apenas no número de dias que os pais não guardiães convivem com os menores, ou seja, não se limita a quantas vezes por semana os filhos são levados por eles a escola. Mas, ao apoio emocional e psicológico que esses pais, ainda que não detentores da guarda podem oferecer a essas crianças.

Mesmo que a ruptura do relacionamento dos genitores seja um momento difícil para toas crianças, se houver uma estabilidade entre no relacionamento delas com seus pais, ou seja, se elas se sentirem protegidas e apoiadas, o processo de aceitação será mais promissor. O que O mesmo não se observa em relacionamentos desarmoniosos.

O Código Civil prevê em seu artigo 1584, que só não será concedida a guarda compartilhada se um dos genitores manifestamente não a quiser. A interpretação desse dispositivo, pautado unicamente no que está transcrito, permite que o cônjuge inconformado com a separação opte pela guarda conjunta com o único objetivo de se vingar do seu ex-cônjuge. Isso demonstra que os conflitos pertinentes devem ser resolvidos para que os filhos possam usufruir da companhia dos pais.

A principal diferença entre as duas espécies de guarda comportadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, guarda unilateral (guarda exclusiva) e a guarda compartilhada (guarda conjunta), diz respeito ao tempo de convivência com a prole.

O que se observa na guarda unilateral ou guarda exclusiva, é que em regra a mãe permanece como guardiã da criança e o pai tem o direito de visitas regulamentado pelo judiciário. As visitas concedidas aos pais não guardiães ocorrem quinzenalmente enquanto que na guarda compartilhada as visitas normalmente ocorrem semanalmente.

Na guarda compartilhada, em regra, a mãe também é a guardiã, porém, as obrigações com os filhos são melhor distribuídas entre os genitores, por estes estarem presentes

constantemente ao longo do desenvolvimento dos menores. Contudo, independentemente da espécie de guarda, o dever de cuidar e promover o crescimento saudável dos filhos recaem sobre seus responsáveis.

Em ambas espécies de guarda o apoio afetivo foi desempenhado pelas mães, isso decorre do vínculo estabelecido que há entre essas mães e seus filhos.

O divórcio, por si só, é considerado uma ruptura traumática. Para que suas consequências sejam amenizadas, deve ser esclarecido para os menores envolvidos, que mesmo os pais estando separados, o vínculo que há entre pais e filhos não será rompido. a fim de contribuir para que a convivência entre ambos ocorra de forma saudável, o ordenamento brasileiro implantou em seu arcabouço o instituto da guarda

Conforme preconiza as autoras Gonçalves e Silva, o Brasil dispõe de três modalidades de guarda. A guarda compartilhada, deferida à terceiros e unilateral. A concepção da guarda alternada se deu através da criação jurisprudencial e doutrinária. A guarda alternada se caracteriza pelo fato de a criança ou adolescente conviver com seus genitores em intervalos de tempos distintos. Porém, esse instituto não é aceito unanimemente pelos profissionais, pois para que esse modelo de guarda funcione de forma eficaz, é necessário que se realize inúmeras mudanças para que se adeque as necessidades dos menores envolvidos. Os genitores deveriam proporcionar uma estrutura de vida semelhante nos dois ambientes, ou seja, o menor deverá dispor das mesmas condições quando estiver na casa de um dos pais.

A semelhança das condições de vida é necessária para evitar que essa criança não se sinta deslocada no ambiente familiar em que se encontra. Muitos profissionais que atuam na ária da saúde mental e na ária do direito, consideram a aplicabilidade dessa modalidade de guarda impossível. Pois, segundo esses conhecedores do assunto, a implantação da guarda alternada, demandaria demasiado esforço de todos os envolvidos.

No entanto, a única hipótese prevista, pelos doutrinadores para que essa modalidade de guarda seja aplicada, seria se um dos pais morasse em outra localidade ou até mesmo em outro país. Caso essa situação fosse vislumbrada no momento da definição de qual modelo de guarda atenderia o melhor interesse da criança ou do adolescente, esse modelo de guarda seria o mais adequado. Na prática a criança ou o adolescente viveria um período de seis meses com cada genitor.

Outro exemplo de modelo de guarda presente na doutrina é o instituto da guarda por nidação ou por aninhamento. Esse modelo tem como finalidade possibilitar a permanência do menor no seu lar de origem. E seus pais se revezariam para estarem com ele, já que, cada genitor teria sua residência e por um período de seis meses se transferiria paro domicílio fixo do filho.

Esse instituto tem maior aceitação pelos profissionais ligados a saúde do que o instituto da guarda alternada. Pois tem-se a compreensão de que a criança ou adolescente não sofreria transformações significativas em sua rotina diária, já que, o ambiente em que ele está familiarizado permaneceria o mesmo. Contudo, os ex-cônjuges necessitariam de usufruírem de um padrão de vida elevado, pois como deve ser enfatizado, os pais possuiriam cada um sua moradia e uma terceira moradia, na qual residiria o filho.

Ressalta-se que, ambos os institutos retratados acima, encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência, sendo que, o ordenamento brasileiro comporta três modalidades de guarda que requer maior atenção. Portanto, a legislação vigente prevê a aplicação das seguintes modalidades: guarda compartilhada, deferida à terceiros e unilateral.

A guarda deferida à terceiros é concedida quando os pais se revelam incapazes de cuidar de sua prole, nessa hipótese o menor é entregue a familiares que sejam considerados aptos a proporcionar um ambiente equilibrado. Porém, no caso de nenhum familiar se mostrar capaz ou disposto a proporcionar um lar sadio pra essa criança ou adolescente, este será colocado em uma família substituta. A colocação desse menor em uma família substituta se trata de uma excepcionalidade. Tal medida só será praticada em última circunstância, quando se esgotar todas as tentativas de manter o menor no seio familiar de origem.

A guarda unilateral tipifica que um dos genitores é o responsável pela guarda enquanto que o outro genitor possui o direito de participar da vida do filho e conviver com ele por períodos determinados. Todavia, ambos são aptos para tomar decisões no que diz respeito a educação e criação da criança ou adolescente. Ainda que o pai não seja o detentor da guarda este terá o direito de se inteirar das informações sobre o desenvolvimento escolar do filho, bem como seu estado de saúde, sem que necessite da autorização do genitor guardião. Incumbe ao pai não guardião a obrigação de prover financeiramente o menor com um percentual mensal que seja suficiente para suprir suas necessidades. Em regra, neste modelo de guarda perante ao juízo já é definido o período para que ocorra as visitas que geralmente ocorre com intervalos de quinze dias.

Mas, o modelo que é tido como ideal pelos especialistas de psicologia e pelos especialistas do ramo do direito, é o instituto da guarda compartilhada. Segundo esses entendedores esse modelo é o que mais possui capacidade de proporcionar o bem estar dos envolvidos. A finalidade desse instituto é garantir que os genitores exercerão igualmente os direitos, bem como as obrigações referentes ao menor. O diferencial dessa guarda é que mesmo que um dos genitores seja o detentor da guarda ambos partilham semelhantemente do convívio com o filho. Isso significa que os pais estão sempre presentes no dia a dia da criança ou do

adolescente. A presença diária de ambos na rotina do menor desconstrói o caráter de dever existente na guarda unilateral já que nesta modalidade o pai não guardião, em regra, comparece em intervalos de tempo determinado.

O instituto da guarda compartilhada é considerado o mais eficaz, pois possibilita que ainda que os pais não possuam vínculo conjugal, continuem participando da mesma forma da criação e educação dos filhos. O poder judiciário tem firmado o entendimento de que a guarda compartilhada deve ser aplicada independentemente de a convivência entre os pais ser harmoniosa ou não. Pois, o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança ou do adolescente. Por esse viés a guarda compartilhada somente não seria concedida se um dos pais exprimir que não a deseja. Entretanto, é recomendado pelos profissionais de psicologia que os genitores tenham uma relação saudável após o término do matrimônio, para que se evite que o menor seja utilizado como objeto de disputa. O que acontece comumente, já que, a legislação vigente prevê que a guarda compartilhada é a regra, não sendo aplicada apenas quando um dos genitores declarar que não pretende optar por esse instituto.

A prioridade de se assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser mantida inclusive, em senários adversos, como o apresentado no início do ano de 2020, quando veio à tona propagação do Novo Corona Vírus, que começou a circular de forma gradativa no final do ano de 2019. Após menos de quatro meses do novo ano, as nações se viram diante de uma pandemia sem precedentes.

Para Gimenez (2020), é necessário percorrer novos caminhos para minimizar os efeitos nocivos causados pela pandemia no ambiente familiar. Se os meses de reclusão foram prejudiciais para famílias que possuem um vínculo conjugal, as famílias que não mantém esse vínculo, se viram sobressaltadas com o cumprimento das obrigações legais referente a guarda compartilhada. A publicação de inúmeros decretos determinando que apenas serviços essenciais deveriam permanecer em funcionamento e que os passeios deveriam ser limitados, provocou uma instabilidade na convivência entre pais e filhos. Pois a fim de evitar o contágio desenfreado da doença, os pais não guardiães se ausentaram do convívio com seus filhos.

Porém, se observou que essa separação abrupta, poderia desencadear problemas emocionais, principalmente em crianças muito pequenas que não são capazes de compreender que a privação da companhia do genitor se trata de uma ocasião momentânea.

Devido a esses inconvenientes o meio forense precisou se posicionar para buscar uma solução que atendesse as necessidades de todos os envolvidos. O posicionamento se fez necessário, porque na maioria dos casos relatados ao poder judiciário ficou evidenciado a falta

de consenso entre os genitores em resolver os aspectos relacionados ao tempo de convivência de ambos com o filho.

Como solução imediata, ficou decidido que o menor ficaria exclusivamente com o genitor guardião, contudo, essa medida se tornou ineficaz, já que, a ruptura da rotina diária pré-estabelecida, provocaria danos significativos para os envolvidos. Veio a necessidade de se analisar cada caso concreto, ponderando até que ponto a continuidade da rotina já existente, representaria riscos à saúde da criança ou a de terceiros. Caso se comprove que o ambiente familiar é capaz de garantir o bem estar da criança ou do adolescente, a guarda compartilhada será mantida nos seus moldes originais.

Todavia, defende Simão (2020), que neste momento atípico em que se encontra a população, o instituto em questão deveria ser convertido, temporariamente em guarda unilateral. Pois, diante das circunstâncias a prevenção à saúde se sobrepõe a necessidade de se manter a o cumprimento dos requisitos presentes na guarda compartilhada. Ainda que a criança não pertença ao grupo de risco, esta pode ser responsável por transmitir o vírus para as pessoas que estão ao seu redor. Muitos desses menores convivem diretamente com idosos que estão propensos a contaminação.

A fim de conferir maior proteção a esses idosos, se for necessário deve ocorrer o distanciamento entre avós e netos. No entanto, se os genitores estiverem expostos diretamente, seja, porque se enquadrem por possuírem uma doença crônica ou por trabalharem em ambientes no qual se encontrem pessoas infectadas, os menores devem ser colocados sob a guarda de terceiros que reúnam condições de assegurar o bem estar dessas crianças.

Uma saída para diminuir os impactos emocionais causados pela mudança repentina no cotidiano habitual é a utilização dos meios tecnológicos disponíveis.

Atualmente o âmbito para se manter um diálogo, dispõe de inúmeras ferramentas, ao alcance das mãos de seus interlocutores. Diante da disponibilidade desses mecanismos cabe ao meio jurídico efetuar a inserção de regras para usufruir dessas tecnologias a fim de auxiliar no cumprimento das obrigações tipificadas no modelo de guarda compartilhada.

3 GUARDA COMPARTILHADA E SUA CONTROVÉRSIA IMPOSITIVA

Para Tartuce (2014), o projeto de lei Nº 117/2013 (PL 117/2013), já apresentava em seu texto pontos controversos, capazes de induzirem a equívocos no momento da definição de qual modelo de guarda seria o mais adequado para atender o melhor interesse da criança ou do adolescente.

A controvérsia se deu pelo fato de que antes do PL Nº 117/2013, que posteriormente foi convertido na lei nº 13.058/2014, que regulamenta o instituto da guarda compartilhada, o Código Civil, previa que a guarda compartilhada seria aplicada, sempre que sua implantação fosse possível.

Porém, com a entrada em vigor da lei Nº 13.058/2014, a aplicação da guarda passou a ser a regra, independentemente se houvesse uma relação harmoniosa ou não entre os genitores. Trouxe ainda em sua redação a hipótese de que a guarda somente não seria concedida, se manifestamente um dos genitores não a desejasse.

Tal interpretação literal da lei, dá margem a possibilidade de que em uma disputa de guarda, na qual exista conflitos mal resolvidos entre os genitores, a criança ou o adolescente possa ser utilizado como um meio de atingir o outro.

Como forma de impedir que tal prática ocorra, antes de se decidir pela concessão desse instituto, os juízes e tribunais devem ponderar se a guarda em questão, atende realmente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Em determinados casos para que os interesses da criança ou do adolescente sejam resguardados, o instituto a ser adotado é o da guarda unilateral. Pois, por vezes a convivência cotidiana entre os genitores se torna inviável.

O compartilhamento da guarda proporciona uma maior estabilidade, para que a criança ou adolescente se desenvolva sem que o fim da relação conjugal de seus genitores provoque danos emocionais consideráveis futuramente.

No entanto, ainda que esse modelo propicie a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, um ambiente extremamente hostil, pode ser altamente prejudicial a esse menor. Analisando por esse ângulo, mesmo que o consenso não seja considerado um requisito da guarda compartilhada, já que esta é concedida em inúmeros casos em que comprovadamente os pais demonstrem aversão um pelo outro, os juízes e tribunais devem se questionar até que ponto a ausência de harmonia entre os ex-cônjuges pode ser gravosa em uma decisão que determine a aplicação da guarda compartilhada. SOUSA (2016).

Porém, para as autoras Barbosa, Ganancia (2016), o consentimento da aplicação da guarda compartilhada deveria ser feito exclusivamente através do núcleo de mediação e não pelo poder judiciário. Pois, os especialistas em direito não dispõem de capacidade para lhe dar com contendas geradas após o término de um relacionamento conturbado. A mediação é vista como um mecanismo de resolução de confrontos exacerbados eficaz, pois não tem a finalidade de apenas pôr fim a lide de um processo em que se discuta qual será o lar fixo da criança ou do adolescente, mas de possibilitar aos genitores a construírem uma relação saudável em que o foco seja inteiramente os filhos que estes tem em comum. Para que tal objetivo alcançasse sua eficácia, deveria ser formada uma equipe multidisciplinar e não somente interdisciplinar que é requisitada para auxiliar em discussões pontuais.

3.1. O entendimento do STJ

A imposição da guarda compartilhada é evidenciada no recurso especial de relatoria da ministra Nancy Andrigh de Nº 1.251.000 – MG (2011/0084897.5) em que buscando a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada foi deferida mesmo sendo comprovado a relação instável entre os genitores.

Expôs a ministra que ordenamento brasileiro tem a guarda compartilhada como regra, e esta somente não será aplicada quando um dos pais não optar por esse instituto:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL EPROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 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 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. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bi frontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar acriança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (STJ - Resp.: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ e 31/08/2011)

Fica claro nesse julgado que a ministra concedeu a guarda pautada na interpretação da legislação vigente e no melhor interesse da criança e do adolescente. Já que as desavenças existentes entre os ex-cônjuges não foram consideradas impedimento para a concessão.

Contudo, a preservação da saúde mental do menor é primordial e em alguns casos a convivência habitual com pais que não são capazes de resolverem seus conflitos pessoais, torna-se nociva para essa criança ou adolescente.

Nestes casos recomenda-se que seja aplicado a guarda unilateral, pois, está se mostra mais vantajosa para todos os envolvidos.

No Superior Tribunal de Justiça as desavenças existentes entre os genitores têm provocado exceções a aplicabilidade da guarda compartilhada como evidencia a decisão proferida em agravo interno em recurso especial de Nº 1.688.690 - (20170185629/0) do Distrito Federal, julgado pelo ministro Antonio Carlos Ferreira.

Em sua decisão o ministro entendeu que os conflitos entre os pais impactavam diretamente a vida do menor e sendo assim, a guarda mais adequada, e que melhor atenderia aos interesses do envolvido seria a guarda unilateral:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O GENITORES. MELHOR INTERESSE DO FILHO. SUMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A guarda compartilhada entre pais separados deve ser interpretada como regra, cedendo quando os desentendimentos dos genitores ultrapassarem o mero dissenso, podendo interferir em prejuízo da formação e do saudável desenvolvimento da criança. 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou as provas contidas no processo para concluir que a guarda compartilhada não atende ao melhor interesse do menor. Alterar esse entendimento demandaria reexame do conjunto probatório do feito, vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no Resp.: 1688690 DF 2017/0185629-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de

Julgamento: 15/10/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ e 17/10/2019)

Tal decisão corrobora que os frequentes desentendimentos entre os pais podem ser gravosos para o desenvolvimento dos menores. E que mesmo o modelo da guarda compartilhada atenda com maior eficácia o melhor interesse da criança e do adolescente, as vezes é necessário que não ocorra sua aplicabilidade para evitar que a criança seja testemunha de conflitos desnecessários.

Assim, considerando o melhor interesse da criança e do adolescente foi observado que a guarda unilateral não se mostrava capaz de suprir as necessidades do menor, e que sua aplicação atenderia apenas os interesses de um dos genitores.

Por esse viés, preceitua Aparecida Sena (2019), que o instituto da guarda compartilhada merece maior atenção para que sua finalidade não se perca, pois a mera concessão a fim de cumprir uma regra imposta por lei não é suficiente para dar eficácia ao seu propósito.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou explanar o assunto da guarda compartilhada e consequentemente discorrer sobre sua aplicabilidade em ambientes hostis em que não há consenso entre os genitores.

Teve como base o entendimento de que a guarda compartilhada é a regra, pois esta é a que melhor atende os interesses dos menores. Porém ficou claro que sua aplicação se torna nociva quando não o mínimo diálogo entre os pais. Dessa forma, a fim de se preservar a saúde mental da criança ou do adolescente, os juízes e tribunais abrem mão de implantar esse instituto e concede em seu lugar a guarda unilateral.

A jurisprudência tem entendido, após o advento da lei nº 13.058/2014, que essa espécie de guarda é a regra. Neste viés, mesmo diante de desavenças acentuadas, opta-se por aplicar a guarda compartilhada.

Mas, as divergências não se restringem apenas aos detentores da guarda. Esses conflitos são observados no Superior Tribunal de Justiça, que ora leva em consideração a instabilidade do ambiente familiar e decide por não aplicar a guarda, ora desconsidera esses conflitos e concede o pedido de guarda.

É necessário que o ambiente familiar oferecido a essas crianças seja estável e que ela se sinta protegida para que sua integridade seja preservada. A boa convivência entre os genitores é primordial para o desenvolvimento de seus filhos. Ainda que existem divergências entre ambos, estes devem buscar solucioná-los para evitar desgastes no relacionamento com o menor.

A fim de preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, os tribunais devem se posicionar de forma clara e definitiva em relação ao entendimento quanto a aplicação da guarda compartilhada.

Pois, antes de qualquer coisa, deve-se garantir que a criança não está sendo apenas mero objeto de disputa. E que os genitores estão empenhados em manter um bom relacionamento, visando proporcionar um ambiente equilibrado e seguro para os menores envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Diuvani Tomazoni; VIEIRA, Mauro Luís. A influência da guarda exclusiva e compartilhada no relacionamento entre pais e filhos. **Psicologia em Pesquisa**, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, p. 1-10, out. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-12472009000200005. Acesso em: 13 abr. 2020.

BARBOSA, Aguida Arruda. GUARDA COMPARTILHADA E MEDIAÇÃO FAMILIAR: uma parceria necessária. **Scribd**, São Paulo, p. 1-21, 27 jun. 2014. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/429182816/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-Mediacao-Familiar-Parceria#:~:text=A%20parceria%20entre%20guarda%20compartilhada%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20familiar,da%20igualdade%20e%20do%20superior%20interesse%20da%20crian%C3%A7a.. Acesso em: 18 ago. 2021

BARBOSA, Roberta Eifler. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado Como resquício da doutrina na situação irregular. **Conteúdo Jurídico.** Brasília, p. 1-8. 10 jul. 2019. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53156/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-como-resquicio-da-doutrina-da-situacao-irregular. Acesso em: 13 set. 2020.

BASTOS, Ísis Boll de Araújo; CASTRO, Maíra Lopes de. Direito à Convivência Familiar: um panorama das demandas sobre alienação parental nos tribunais estaduais com enfoque nas decisões do poder judiciário maranhense entre 2010 e 2013. **Scribd.** San Francisco, p. 1-17. 30 jun. 2021. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/513715021/Direito-a-Convivencia-Familiar-Um-Panorama-Das-Demandas-Sobre-Alienacao-Parental-Nos-Tribunais-Estaduais-Com-Enfoque-Nas-Decisoes-Do-Poder-Judiciario. Acesso em: 26 nov. 2021.

BRAGA, Cinara Vianna Dutra. DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. **Revista do Ministério Público.** Rio Grande do Sul, p. 1-16. 19 ago. 2015. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472579724.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Espécies de Guarda. **Jusbrasil.** Bahia, p. 1-15. jun. 2016. Disponível em: https://jucineiaprussak.jusbrasil.com.br/noticias/436126313/especies-de-guarda. Acesso em: 14 maio 2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 ago. 2019REPðBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição (1988). Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 ago. 2019

FACHINETTO, Neidemar José. O direito a convivência familiar e comunitária no Brasil. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 69, p. 1-14, ago. 2011. Disponível em: http://amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323973367.pdf. Acesso em: 05 maio 2020.

GIMENEZ, Angela. A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19. **Conjur.** São `Paulo, p. 1-6. 19 maio 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenez-guarda-filhos-tempos-pandemia. Acesso em: 30 ago. 2020.

GONÇALVES, Camila de Jesus Melo. Breves considerações sobre princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Issuu.** Palo Alto, p. 1-22. 15 maio 2016. Disponível em: https://issuu.com/edileide91/docs/breves_considera____es_sobre_o_prin. Acesso em: 15 ago. 2019.

HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino; GONZALEZ, Gustavo Henrique Oliveira Pereira; STEVANATO, Naira Junqueira. O direito à convivência familiar e comunitária e suas implicações no poder familiar30. **Âmbito Jurídico.** São Paulo, p. 1-17. 30 abr. 2008. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-52/o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria-e-suas-implicacoes-no-poder-familiar/. Acesso em: 17 mar. 2020.

LEMOS., Flávia Cristina Silveira. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil Atual. **Revista Psicologia Política**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 1-219, jun. 2008. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/103185/lemos_fcs_dr_assis.pdf?sequence=1. Acesso em: 08 maio 2022.

MULLER, Crisna Maria. Direito fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no brasil. a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. 2011. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Crisna+Maria+Muller&oq=Crisna+Maria+Muller&aqs=chrome..69i57j0i22i30.676j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 12 ago. 2020.

NERY, Maria Aparecida. A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola. **Cadernos Cedes**, [S.L.], v. 30, n. 81, p. 189-207, ago. 2010. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0101-32622010000200005. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ccedes/a/mmhBZMbJZ4XbKjfgkzSLVPJ/. Acesso em: 10 jun. 2021

SARATY, Jamille. A aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos litígios de guarda. **Jus.** Teresina, p. 1-4. 10 out. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/22786/a-aplicacao-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-nos-litigios-de-guarda/4. Acesso em: 01 abr. 2019.

SENA, Denise Pereira Alves de; PENSO, Maria Aparecida. Guarda compartilhada: instrumento jurídico para o exercício da paternidade após a separação conjugal. **Psicologia em Pesquisa**, Brasília, v. 23, n. 1, p. 1-16, 12 jun. 2019. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v23n1/v23n1a14.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. **Jusbrasil.** São Paulo, p. 1-6. abr. 2014. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/153734851/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-117-2013. Acesso em: 20 fev. 2020.

SIMÃO, José Fernando. Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro. **Conjur.** São Paulo, p. 1-5. 28 ago. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro. Acesso em: 22 set. 2021.

SIQUEIRA, Aline Cardoso. A garantia ao direito à convivência familiar e comunitária em foco. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, [S.L.], v. 29, n. 3, p. 437-444, set. 2012. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0103-166x2012000300013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/estpsi/a/fFgRjFy96wm39yf4kMfdMTF/. Acesso em: 09 mar. 2022.

SOUSA, Catia Pessoa de. A guarda compartilhada e a alienação parental. **Âmbito Jurídico.** São Paulo, p. 1-13. 1 abr. 2016. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-147/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-e-a-alienacao-parental/. Acesso em: 03 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. 1107 p.

VAN WELL, Lívia. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2015. Disponível em: https://www.direitocom.com/estatuto-da-crianca-e-adolescente-comentado. Acesso em: 18 maio 2019.

ZEGER, Ivone. A diferença entre a guarda compartilhada e o poder familiar. **Conjur.** São Paulo, p. 1-3. 27 out. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poder-familiar. Acesso em: 18 fev. 2020