



ESTADO DE MATO GROSSO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
BACHARELADO EM DIREITO



ALINE PEREIRA BARCELOS GARBIM

COM QUEM FICARÃO OS FILHOS? UMA ANÁLISE ACERCA DA
APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.058/2014 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

Pontes e Lacerda – MT

2018

**ESTADO DE MATO GROSSO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
BACHARELADO EM DIREITO**

ALINE PEREIRA BARCELOS GARBIM

**COM QUEM FICARÃO OS FILHOS? UMA ANÁLISE ACERCA DA
APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.058/2014 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito à Universidade de Mato Grosso - UNEMAT, sob a orientação do Professor Gean Carlos Balduino Júnior.

Pontes e Lacerda – MT

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE PEREIRA BARCELOS GARBIM

COM QUEM FICARÃO OS FILHOS? UMA ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.058/2014 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, no Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade do Estado de Mato Grosso.

Em 05/07/2018, a banca examinadora considera aprovado o Trabalho de Curso da Acadêmica Aline Pereira Barcelos Garbim, para obtenção do Grau de Bacharela em Direito.

Orientador:

Gean Carlos Balduino Júnior
Universidade do Estado de Mato Grosso

Membros da banca:

Stefânia Fraga Mendes - 1º membro examinador
Universidade do Estado de Mato Grosso

Luiz Emídio Dantas Júnior - 2º membro examinador
Universidade do Estado de Mato Grosso

Ao meu pai e ao meu filho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço...

A Deus, sempre, pois é Ele quem me sustenta e me mantém de pé.

A minha família, pela compreensão e amor a mim dispensados.

A minha mãe, que sempre me ajudou ao longo desses anos e cujos olhinhos se enchem de lágrimas em me ver feliz, pela realização desse sonho.

Ao meu filho, pelo seu incentivo ao me dizer: “mãe, enquanto a senhora descansa, os seus futuros concorrentes estão estudando”.

Ao Hilário, por nunca ter desistido de mim, pelo colo e por ter me ensinado a ser uma pessoa melhor.

Ao meu irmão, por ser muito mais que padrinho do meu filho, fazendo muitas vezes o que eu como mãe, deveria fazer.

A Caroline, que mesmo distante, sempre foi para mim inspiração e por quem tenho um amor imenso.

Ao meu orientador, Gean Carlos Balduino Júnior, que me ensinou tanto do Direito das Famílias, das normas da ABNT, mas me ensinou ainda mais sobre valores, determinação e vida.

Aos professores da Universidade do Estado de Mato Grosso, por compartilharem conhecimentos que contribuíram em minha formação acadêmica e pelo companheirismo que sempre demonstraram para com a primeira turma do curso de Direito de Pontes e Lacerda.

Aos colaboradores do campus de Pontes e Lacerda, em especial à Noêmia e ao Rafael, por sempre me atenderem tão bem.

Aos meus colegas de turma, pelos momentos enriquecedores que passamos juntos e às minhas companheiras de percurso Ana, Kelli, Rosenir e Waldenize pelos diálogos bem humorados, mas também pelo silêncio tantas vezes necessário.

Aos amigos que levarei para a vida: Adan, Denise, Flávia, Kelli, Leila e Paulo.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC/2002 – Código Civil de 2002

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

COM QUEM FICARÃO OS FILHOS? UMA ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.058/2014 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O presente trabalho foi realizado com o objetivo de investigar como é aplicada a Lei nº 13.058/2014, que regulamenta o instituto da guarda compartilhada pelo Superior Tribunal de Justiça aos casos que lhes são apresentados, uma vez que o objetivo do legislador com a sua propositura era atribuir a esse regime de guarda um caráter obrigatório, permitindo que fosse aplicado até mesmo nos casos em que não existisse consenso entre os genitores. Trata-se de tema de grande importância, pois tutela direitos atinentes à família que é considerada pela Constituição Federal como a base da nossa sociedade, sendo ela responsável pela formação da criança e do adolescente no aspecto emocional, psicológico e físico e para realizar essa empreitada foram separados os julgados no sítio do tribunal, hospedado na internet, referente ao período de 2002 até o ano de 2017, com vistas a abranger a edição do Código Civil de 2002, a Lei nº 11.698/2008 (que apresentou a guarda compartilhada ao ordenamento jurídico brasileiro) e a Lei nº 13.058/2014, que implementou a guarda compartilhada como regime obrigatório, orientando a aplicação da guarda unilateral somente nos casos em que um dos pais declarem não ter interesse na guarda da prole ou ainda naqueles em que a lei determina a suspensão ou a perda do poder familiar. Assim, por meio de pesquisa temático-qualitativa e da leitura de doutrinas consagradas no âmbito do direito das famílias é que foram analisados os julgados proferidos nesse vasto período, com vistas a conhecer os argumentos dos ministros das turmas responsáveis por esses julgamentos.

Palavras-chave: guarda compartilhada; melhor interesse da criança; poder familiar; STJ.

ABSTRACT

WHO WILL THE CHILDREN STAY WITH? AN ANALYSIS OF THE APPLICABILITY OF LAW Nº13.058/2014 BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

The present term paper was carried out with the objective of investigating how is applied the law number 13.058/2014, which regulates the institute of joint custody by the Superior Court of Justice to the cases submitted to them, since the objective of the legislator with its proposition was to assign to this system of regime a mandatory character, allowing it to be applied even in cases where there was no consensus among the parents. This is subject of great importance, since it protects rights pertaining to the family that is considered by the Federal Constitution as the basis of our society, being responsible for the formation of children and adolescents in the emotional, psychological and physical aspect and to accomplish this endeavor were separated the judges on the Court, hosted on the internet, from 2002 until the year 2017, in order to cover the issue of the Civil Code of 2002, law number 11.698/2008 (who presented the joint custody to Brazilian law) and law number 13.058/2014, which implemented the joint custody as a compulsory scheme, guiding the application of unilateral guard only in cases where one of the parents declare not to have interest in the young or those the law determines the suspension or loss of the family power. Thus, through thematic qualitative-research and under the reading of consecrated doctrines of families' law the trials were analyzed in this vast period, in order to meet the arguments of class Ministers responsible for these judgements.

Keywords: joint custody; the child's best interest; family power; STJ.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
1 NOÇÃO SOBRE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	11
2 PODER FAMILIAR	19
3 GUARDA E SUAS MODALIDADES.....	23
3.1 Código Civil de 2002 (Redação Originária dos Artigos 1.583 e ss. do CC/2002)	26
3.2 2008 (Redação dos artigos 1.583 e SS do CC/2002 dada pela Lei nº 11.698/2008).....	28
3.3 2014 (Redação dos artigos 1.583 e ss. do CC/2002 dada pela Lei nº 13.058/2014).....	31
4 METODOLOGIA DA OBTENÇÃO DE DADOS	34
4.1 Análise dos Recursos Especiais Julgados no STJ.....	37
4.2 Apresentação dos Argumentos do STJ.....	46
4.3 Análise Crítica	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

A transformação ocorrida no âmbito da sociedade familiar brasileira ao longo das últimas décadas é incontestável, permitindo assim o surgimento de novas famílias e revelando a necessidade de que passasse a se distinguir vínculo conjugal de vínculo parental, uma vez que estes últimos não se extinguem quando o primeiro se rompe. E para acompanhar essa evolução no âmbito do direito das famílias o poder legislativo têm se preocupado em criar leis que facilitem o convívio nesse novo contexto social e familiar, sendo uma de suas criações o instituto da guarda compartilhada, que surgiu com objetivo de servir como instrumento para que a ligação entre genitores e filhos não termine com o relacionamento conjugal, uma vez que o poder familiar é perene.

E por ser a família a base da sociedade e também merecedora de especial proteção do Estado, é que nasceu o interesse em conhecer a maneira como esse instituto (guarda compartilhada) tem sido aplicado desde o seu surgimento em nosso ordenamento jurídico, até os dias de hoje; quais são as circunstâncias que a sua aplicação é efetivada e também se possui ou não um caráter obrigatório, como quis o legislador ao propor a lei mencionada.

Para perquirir esse intento a opção foi analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça, pertinentes ao tema no período de 2002 a 2017, buscando identificar o posicionamento da corte frente aos avanços na legislação pátria desde o Código Civil de 2002 (CC/2002), passando pela Lei nº 11.698/2008 até a Lei nº 13.358/2014, sendo que a metodologia utilizada foi a pesquisa temático-qualitativa e o objetivo do presente trabalho é verificar se a promulgação da Lei da Guarda Compartilhada influenciou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na maneira como é interpretado o instituto, bem como analisar se a mencionada lei contribuiu para o aumento da aplicação dessa modalidade de guarda.

Alem da análise dos julgados proferidos pelo STJ, foram realizadas leituras de doutrinas tradicionais sobre o Direito das Famílias, com vistas a embasar a interpretação dos argumentos neles usados, e também para trazer a lume conceitos mais vanguardistas sobre concepção de família e a sua finalidade, que de há muito tempo deixou de ser meramente de procriação, caminhando para uma vertente de instrumento para se alcançar a felicidade e a realização como ser humano.

1 NOÇÃO SOBRE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi um marco no ramo do Direito das Famílias tendo em vista que proporcionou ao legislador e também aos operadores do direito uma nova maneira de interpretar o ordenamento jurídico brasileiro. Por trazer entranhado em seu texto princípios e valores que têm como premissa maior a dignidade da pessoa humana, a CF/88 se tornou a base axiológica para a aplicação dos demais ramos do direito, sendo obrigatório que a leitura e interpretação das leis existentes sejam realizadas sob a sua luz. Assim, a força normativa exarada pela Carta Magna permitiu que significativas mudanças ocorressem no direito das famílias e contribuiu para a mudança de paradigmas em seu âmbito.

A constitucionalização do Direito das Famílias acrescentou-lhe humanização e possibilitou que fosse vencido o aspecto patriarcal, hierarquizado e patrimonializado atribuído à família, dando lugar a uma nova visão mais ampla e diversificada e que coerentemente condiz com a realidade vivida hodiernamente, pois se considera como família um grupo social estabelecido por laços de afetividade, que possuam projetos e propósitos em comum (DIAS, 2017, p. 146).

Para a construção dos novos conceitos de família foram de suma importância os princípios especiais deste ramo do Direito que se embasam nos valores sociais fundamentais e que por vezes não estão expressos em nossa legislação pátria, mas norteiam a formação e a existência dessa instituição que é objeto de especial proteção do Estado. Esses princípios não são elencados doutrinariamente de maneira taxativa, sendo que alguns autores chegam até mesmo a discordar quanto ao número de princípios existentes. Mas apesar de existir divergências quanto a esse ponto é impensável não mencionar alguns princípios intrínsecos ao Direito das Famílias.

Desses princípios o primeiro a ser mencionado é o da dignidade da pessoa humana, que é fundante do Estado democrático de direito e que norteia as ações do Estado, fazendo com que suas ações positivas tenham o objetivo de promover essa dignidade e que ele se abstenha de praticar atos que contra ela atentem. Trazendo o princípio da dignidade da pessoa humana para o Direito das Famílias resta incontroverso que todas elas precisam ser tratadas da mesma maneira, sendo indiferente a forma como é composta, uma vez que é a família o solo propício para o

exercício do afeto, da solidariedade, do respeito, enfim, de todos os valores que estão ligados à dignidade da pessoa humana.

Ao se abordar a necessidade de que todas as famílias sejam tratadas de forma igualitária, infere-se a multiplicidade familiar, que também é um princípio do Direito das Famílias e que reconhece a existência de diversas possibilidades de suas constituições. Esse princípio fez com que o termo família não fosse somente atrelado ao modelo convencional, no qual um homem e uma mulher se unem pelo matrimônio para gerar filhos, adquirir bens e viverem felizes para sempre – enquadrando-se numa instituição voltada à produção e à reprodução. Quando a CF/88 reconheceu a existência de outras modalidades de família, ela possibilitou que esse reconhecimento fosse estendido a todos os arranjos familiares, uma vez que o rol expresso no artigo 226 da CF/88 não é taxativo e deve ser observado também nas organizações das famílias contemporâneas.

Em assim sendo, observa-se que a família matrimonializada, na qual as relações afetivas aceitas são somente aquelas decorrentes do casamento, entre um homem e uma mulher e que precisa ser celebrado de acordo com as convenções sociais e legais, foi deixando de ser a única modalidade reconhecida pela sociedade e também na esfera legal. Ela ainda está presente em nossa sociedade, mas atualmente mais como uma opção entre aqueles que a constituem do que por imposição do Estado e da igreja, como outrora.

Concomitantemente ao desfacelamento da família tradicional, a legislação pátria passou a reconhecer também como entidade familiar aquela que foi constituída de maneira informal e que se convencionou denominar de união estável. Destarte, essa modalidade de família também encontra guarida na CF/88 e nas leis, sendo-lhes assegurados os mesmos direitos e deveres da família matrimonializada.

Mas ainda não foi suficiente, uma vez que a nossa sociedade é dinâmica e hoje o ser humano busca a sua realização como pessoa, não se importando, no mais das vezes, com opiniões alheias ou até mesmo com a falta de regulamentação jurídica para a situação vivida. E nesse contexto de falta de regramento jurídico também surgiram as famílias homoafetivas, que terminaram por bater às portas do judiciário em busca de soluções para determinadas questões e em consequência disso também tiveram a oportunidade de se constituírem não somente pela afetividade e pelos projetos em comum, mas também por meio de precedentes da

Suprema Corte (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ) e do Superior Tribunal de Justiça, além da Resolução de nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

As lutas das famílias homoafetivas são constantes e por vezes homéricas, dada ao nível de preconceito por parte da sociedade, mas ainda mais por parte daquele que deveria ser isento na formulação das leis: o legislador. Mas isso não lhes tirou o ânimo e nem lhes fizeram arrefecer o desejo de viver a sua dignidade plena e demonstração disso é o grande número de famílias que estão conseguindo ampliar os seus membros, por meio da adoção ou ainda outros meios que a ciência lhes oportuniza. Mas é inegável que ainda lhes faltam o devido reconhecimento por parte das leis e também da nossa Constituição Cidadã, que empresta juridicidade expressa somente às uniões entre homem e mulher.

Já a família monoparental, que é a família constituída pelo pai ou pela mãe e seus descendentes, é mencionada no artigo 226, § 4º, da CF/88 e sua formação não se dá necessariamente por meio do divórcio. A monoparentalidade pode advir da ruptura da união estável, pela morte de um dos genitores e até mesmo da maternidade ou paternidade biológica ou adotiva unilateral, nos casos em que o indivíduo opta em ser pai e mãe do seu filho, concentrando em si mesmo todos os deveres e todos os direitos.

No que se refere à família anaparental ou parental, mesmo não sendo mencionada em nossa legislação pátria, é ela também merecedora da proteção estatal. Nessa estrutura de família, pessoas convivem sob o mesmo teto e compartilham os mesmos propósitos, sendo que para isso não é determinante que sejam parentes consanguíneos, mas também esta modalidade familiar pode se verificar na hipótese em que há comunhão de afetos entre parentes sem ordem vertical de hierarquia (é o caso da família formada por dois irmãos). O que de fato atribui a essa comunidade o caráter de família é a afetividade e a solidariedade entre os seus componentes.

Temos ainda a família composta ou mosaico, cuja constituição ocorre em um momento posterior ao desfazimento de relações afetivas anteriores e são caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e interdependência (DIAS, 2017, p. 155). Nesse tipo de família, pode ser que ambos os cônjuges ou companheiros ou apenas um deles, tenham vindo de um casamento ou de uma união anterior, trazendo para a nova família os filhos desse relacionamento e muitas vezes, também têm filhos em comum.

Além dessas modalidades, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei nº 8.069/1990, estabeleceu outras conformações familiares. É o caso da família natural, que é aquela formada pelos pais e filhos ou somente por um dos pais e filhos, unidos pelo vínculo biológico. Esse conceito é encontrado no artigo 25 do ECA, sendo que o mesmo dispositivo também define a família ampliada como aquela que se estende para além da comunidade familiar (ou seu núcleo mais próximo, composto por pais e filhos) e abrange os parentes próximos com os quais as crianças e adolescentes convivam e tenham laços de afetividade e afinidade. Por vezes, em casos nos quais se faz necessária a proteção da criança e do adolescente, a família ampliada funciona como família substituta, pois o poder judiciário busca inserir o sujeito vulnerável em seu seio, como forma de protegê-lo e por entender que já existem laços de afeto estabelecidos.

Dentro deste aspecto, o ECA traz em seu artigo 28 a família substituta, cujo conceito construído doutrinariamente é de que são as famílias que estão inseridas no sistema de cadastro à adoção (ou também nas hipóteses de concessão de guarda ou tutela) e o encaminhamento do menor a essas famílias ocorre em casos excepcionais, uma vez que sempre, após a reforma do Estatuto, por meio da Lei nº 12.010/2010, houve a clara opção por buscar-se preferir a reinserção da criança ou adolescente em sua família biológica, seja ela a natural ou ampliada e, somente dentro da impossibilidade, disponibilizá-la a outras famílias interessadas.

Ainda referente a essa pluralidade de famílias que existe na contemporaneidade é preciso mencionar a poliafetiva e a simultânea (também chamada de paralela), sendo que a primeira é constituída por mais de duas pessoas, que moram sob o mesmo teto e possuem direitos e obrigações em comum, firmados por meio de escritura pública de união poliafetiva ou por instrumento particular firmado entre os seus membros e na presença de duas testemunhas. Quanto à família simultânea, é possível dizer que a sua diferença em relação à família poliafetiva é de natureza espacial, pois elas acontecem quando um de seus membros, que na maioria das vezes é o homem, mesmo sendo casado ou tendo uma companheira, se desdobra em outro relacionamento, rompendo assim com o dever de fidelidade e lealdade que se supõe existir no casamento e na união estável (DIAS, 2017, p. 152).

Assim, ao invés de reunir sob o mesmo teto as duas famílias, o indivíduo mantém uma vida dupla, sendo perfeitamente possível que uma família saiba da

existência da outra, mas por motivos dos mais variados (como consequências financeiras, tutela dos filhos, etc.), dão continuidade ao relacionamento. E no que se refere aos direitos e deveres existentes em ambas as famílias (poliafetiva e simultânea) o legislador ainda não se manifestou sobre o assunto, ficando a cargo do poder judiciário a garantia da dignidade dos seus membros, exercendo assim o ativismo judicial.

Por fim, têm-se a família eudemonista que, nas palavras de WELTER (apud in DIAS, 2017, p. 158), é o núcleo familiar que busca a felicidade individual por meio da emancipação de seus membros, na qual prevalece o reconhecimento do afeto como o meio eficaz de definir e preservar a família.

Outro princípio aplicável nesta seara é o da igualdade, que também é um pilar no qual se sustenta a concepção da família na atualidade e fez bem o constituinte ao deixar expresso no artigo 5º, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, pois essa visão democrática contribuiu para que a percepção da sociedade fosse sendo alterada paulatinamente, no que se refere à instituição “família”. E no artigo 226 da CF/88 essa igualdade é estendida de maneira expressa à sociedade conjugal, pois ele determina que os direitos e deveres a ela inerentes devem ser exercidos de forma igualitária pelo homem e pela mulher na administração familiar. Assim, o poder do marido e a figura do chefe de família já não mais estão presentes por não condizerem com a realidade, pois inúmeras famílias já eram mantidas pela mãe, que além de prover o sustento material da prole também detinha o poder familiar.

Esse mandamento constitucional oportunizou que anos da supremacia masculina no âmbito doméstico sofresse um processo de declínio e finalmente atribuiu à mulher o papel de igualdade que lhe era devido, pois no mais das vezes há muito tempo ela tinha saído do papel de coadjuvante de fato, mas esse papel ainda lhe era atribuído pela legislação pátria. Há que se ressaltar que o princípio da igualdade venceu o cerco atinente aos gêneros homem e mulher e alcançou também a filiação, pois elevou ao mesmo patamar de direitos os filhos havidos no casamento ou fora dele, bem como os filhos advindos de adoção.

Outro ponto importante desse princípio é que ele não vincula somente o legislador e sendo assim, o intérprete da lei e os julgadores precisam observá-lo e aplicá-lo de maneira que não gere desigualdades, o que faz com que todo e qualquer tipo de família esteja por ele amparado, sejam eles compostos por homem

e mulher, somente por homens ou somente por mulheres (DIAS, 2017, p. 55). Por fim, é preciso dizer que o mencionado princípio influenciou também nas relações entre pais e filhos, pois a importância dos primeiros em relação à prole deixou de existir e estes passaram a ser vistos como pessoas e por consequência a serem ouvidos no seio familiar. Dessa maneira, deixou-se de praticar a relação autoritária entre pais e filhos para que em seu lugar surgisse uma relação onde o respeito é o principal ingrediente, seguido de perto pelos sonhos em comum, pela afetividade e pelo diálogo.

Mas não se esgota aqui os princípios que contribuíram para a construção do que se convencionou chamar de famílias contemporâneas. Temos ainda o princípio da liberdade que também é um princípio fundamental para que se garanta a dignidade da pessoa humana. E esse princípio, já na CF/88 inspirou o constituinte a facilitar a maneira como devia ocorrer o divórcio em uma sociedade conjugal. E mais: o constituinte andou bem quando olhou com uma atenção especial para a família nesse quesito (liberdade), pois de maneira democrática, entendeu que todo indivíduo tem a liberdade de escolher o seu par, independentemente de sexo ou de orientação sexual, bem como eleger a forma como quer constituir a sua família.

Esse entendimento expresso na constituição brasileira foi um grande avanço no que se refere à questão do divórcio, uma vez que na vigência do código civil de 1916 o casamento era indissolúvel, por ser inspirado em ideias patrimonialistas e patriarcais e também devido à forte influência da igreja católica que reverberava aos quatro cantos que o que Deus uniu, o homem não separa (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 384).

É claro que, desde a vigência do Código Civil de 1916 a possibilidade de dissolução das uniões familiares passou por gradativa evolução. Foi o caso da previsão do desquite, num primeiro momento, que não punha fim ao casamento, mas fazia cessar o estado de mancomunhão dos bens do casal. Posteriormente, já que o desquite se tornou insuficiente, foi autorizado o divórcio por meio da Lei nº 6.515/1977, o rompimento do casamento apenas podia ocorrer uma vez, desde que observados os extensos requisitos de separação na propositura de demandas judiciais – à época era possível um único divórcio para uma pessoa e desde que fosse precedido de no mínimo cinco anos de separação judicial.

Com o advento da CF/88 o lapso temporal para a obtenção do divórcio foi diminuído e no ano de 1989 foi extinta a condição de poder haver somente um

divórcio por pessoa. Longe de ser o ideal, pois quando não mais existem projetos e anseios em comum, não é mais possível se manter uma família, a sociedade precisou aguardar vários anos para que o princípio da liberdade fosse realmente aplicado ao Direito das Famílias permitindo que a dissolução do casamento fosse vista como algo natural e que pudesse ser exercida pela simples vontade de ambas ou de uma das partes envolvidas.

E assim aprovou-se a emenda constitucional nº 66/2010 que possibilitou o exercício do divórcio como mero direito potestativo, dando ao indivíduo total liberdade de se divorciar e reconstruir sua vida. Mas é necessário mencionar que o divórcio põe fim à sociedade conjugal, mas nos casos em que dessa família advieram filhos, o exercício do poder familiar é *perene*, e é direito/dever de ambos genitores.

Diante de tudo o que já foi mencionado é notória a preocupação que o poder legislativo tem para com a família, bem como o objetivo de protegê-la, tal qual determina o artigo 226 da CF/88. Assim, é possível verificar que a instituição família está presente em diversos diplomas legais de nosso ordenamento jurídico, sobre os quais se passa a discorrer brevemente.

O artigo 226 da CF/88, em especial o *caput*, considera a família como a base da sociedade brasileira, concedendo-lhe especial proteção do Estado. Assim, não restringe o significado do que se considera como núcleo familiar àqueles que são formados conforme as convenções legais ou religiosas. Nesse sentido, a constituição formal ou informal pouco importa, bem como se essas famílias são formadas por casais homo ou heteroafetivos, uma vez que o avanço no plano dos costumes e do pluralismo é incontestável em nossa Constituição cidadã.

O artigo 227 da CF/88 também é de suma importância no âmbito do Direito das Famílias, pois preceitua vários direitos que a criança e o adolescente possuem, dentre eles se destaca o direito à convivência familiar e comunitária, corroborando assim o que veio previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19, *caput*.

Por sua vez o ECA é reconhecido internacionalmente, como um dos mais avançados microssistemas legislativos no que se refere à garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes. Trata-se de um instrumento que visa dar aos seus destinatários uma vida digna, na qual estar inserido em uma família, seja ela natural ou substituta, é um direito fundamental, com vistas a garantir-lhes um crescimento

saudável em todos os sentidos. É preciso também mencionar o Código Civil (Lei de nº 10.406/2002) que traz em seu texto um livro dedicado exclusivamente ao Direito das Famílias (Livro IV, Do Direito de Família) e que se constitui em um importante instrumento para garantir direitos e deveres pertinentes a elas.

Além disso, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, contribuiu para a abertura do conceito de família – embora esse não tenha sido o seu objetivo primordial, já que visa tutelar questões relativas à vulnerabilidade da mulher no âmbito das relações familiares. Diz-se isso porque tal diploma legislativo foi o único, em ideologia vanguardista, a definir família como uma relação íntima de afeto (art. 5º), sem distinguir a sua composição.

Esse detalhe pode até parecer insignificante diante da velocidade com que ocorrem as mudanças nos arranjos familiares em nossa sociedade, mas para uma população que até os dias de hoje teve os seus direitos defendidos por meio da jurisprudência e doutrina, trata-se de um avanço no sentido de que possa, em um futuro próximo, tê-los expressos em leis e também na própria Constituição.

Derradeiramente, a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) reconheceu enfim a importância da família para todos os indivíduos, criando condições legais para que as pessoas com deficiência possam constituir o seu núcleo familiar. Assim, ao modificar integralmente o regime das incapacidades dos artigos 3º e 4º do Código Civil, o legislador ordinário autorizou que a pessoa com deficiência pudesse, por sua livre escolha e desde que possa exprimir sua vontade, constituir entidade familiar com o objetivo de buscar a felicidade plena.

2 PODER FAMILIAR

Assim como ocorreu com a formação e com o conceito de família, o poder familiar, por conta dos novos conceitos jurídicos e também devido à reformulação de valores sociais, cujos alicerces foram o texto constitucional, evoluiu com o decorrer do tempo. Anteriormente era denominado pátrio poder e segundo a doutrina majoritária sua origem está ligada ao direito romano, sendo que o referido instituto visava atender ao interesse do chefe de família, uma vez que as relações familiares giravam em torno dele. Dessa maneira, os poderes lhe eram concedidos de forma ampla e abrangia tanto os aspectos pessoais, quanto às questões patrimoniais, pois todas as finanças e bens da família estavam sob o seu poder.

Nesse âmbito o pátrio poder era visto como um conjunto de direitos que eram atribuídos ao pai sobre a pessoa e os bens dos filhos, não cabendo nesse instituto à figura materna como codetentora desses poderes e tampouco a percepção de que a figura paterna também possuía deveres em relação à prole.

O Código Civil brasileiro de 1916 concedia o pátrio poder ao chefe da família, no caso o homem, e a mulher somente o exercia na falta do marido ou em casos que ele estivesse impedido de fazê-lo. Posteriormente, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) flexibilizou minimamente o exercício do pátrio poder, permitindo que ele fosse praticado também pela mulher, mas como colaboradora do marido e, em casos que existissem divergências entre ambos, prevalecia a vontade do pai, restando à mãe recorrer ao Poder Judiciário para tentar fazer valer a sua vontade. Foi somente com a CF/88 que se concedeu à mulher igualdade de direitos e deveres no que se refere à sociedade conjugal, passando a ser possível o desempenho do poder familiar de maneira plena, também por parte da genitora.

Nesse período de avanços do instituto do poder familiar ocorreram paralelamente críticas acirradas por parte da doutrina ao termo “pátrio poder”. Isto porque se entendia que tal termo era a expressão de uma visão hierárquica entre o pai em relação aos filhos, o que não comungava mais com a realidade, tendo em vista que a criança e o adolescente alcançaram o patamar de sujeitos de direitos. Nesse contexto, o poder familiar passou a ser um instrumento por meio do qual os pais tornaram-se responsáveis por proporcionar aos filhos dignidade – não sendo

mais identificado como um direito potestativo atribuído aos pais e passando a dispor de um viés relativo aos deveres parentais.

Hodiernamente a discussão sobre o melhor termo a ser usado ainda existe, mas prevalece por ora, o termo poder familiar. E sobre o poder familiar ROSA (2015, p. 15) aduz que:

(...) tradicionalmente conceituado pela doutrina como um múnus público, representando um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige enquanto durar a menoridade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de um poder/dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com vistas a sua educação e desenvolvimento.

O poder familiar apresenta características que lhes são inerentes devido à sua amplitude e também ao aspecto de dever dos pais para com os filhos até que estes alcancem a maioridade ou sejam emancipados pelos pais, ou ainda nos moldes mencionados no artigo 5º do CC/2002 (pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria).

Assim, trata-se de um instituto inalienável, pois não pode ser transferido à outra pessoa, seja a título gratuito ou oneroso; é irrenunciável, uma vez que não se pode renunciar a um dever, ou seja, os pais não podem desobrigar-se do poder familiar, pois isso acarretaria na transgressão dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, e tampouco podem os filhos renunciar aos pais, tendo em vista que tal ato implicaria na abdicação dos seus direitos fundamentais; é imprescritível, pois mesmo que os pais não o exerçam, não perdem a condição de detentores (ROSA, 2015, p. 17-18).

Necessário é informar que mesmo sendo um instituto que atribui aos pais uma gama de deveres e direitos em relação aos filhos menores, o poder familiar não é nem intangível e nem absoluto, com vistas a evitar abusos por parte daqueles que o detêm (GRISARD, 2016, p. 59). Dessa forma, o Estado tem legitimidade para fiscalizar o seu exercício, a fim de verificar se os deveres a ele inerentes estão sendo cumpridos pelos genitores, podendo até mesmo decretar a sua suspensão, perda ou extinção, conforme previsto no Código Civil de 2002, nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638 (sem prejuízo das sanções administrativas previstas no ECA).

A suspensão do poder familiar é a medida menos gravosa e está sujeita a atuação por parte do Poder Judiciário. O seu objetivo não é punir o seu detentor, mas sim proteger os interesses e até mesmo a integridade física e psicológica do filho; deste modo, superada a causa que lhe deu ensejo, a suspensão pode ser revogada, desde que a convivência com a família venha a atender o melhor interesse do filho (DIAS, 2017, p. 497). É aplicada em casos em que o exercício do poder familiar ocorre de forma abusiva e em prejuízo do filho, podendo alcançar somente algumas de suas faculdades e, assim como acontece na perda do poder familiar, não exime o genitor do dever de sustento para com a sua prole.

De outro turno, conforme estabelece o art. 1.635 do Código Civil, a extinção do poder familiar pressupõe a ocorrência da morte dos pais ou do filho; do alcance da maioridade ou da emancipação e também pela adoção do filho, por outra família. O referido artigo menciona ainda que o poder familiar é passível de extinção por meio de sentença judicial na forma do artigo 1.638, de modo que esta espécie de extinção do poder familiar é costumeiramente chamada de perda ou destituição.

Dentro deste contexto, a perda (também chamada de destituição) do poder familiar é uma medida imperativa aplicada pela autoridade judiciária e consiste em sanção de maior gravidade que se ajusta à violação de um dever mais relevante, cometida por aquele que o possui. O artigo 1.638 do Código Civil elenca em um rol exemplificativo, condutas que ocasionam a perda do poder familiar e o Estatuto da Criança e do Adolescente também menciona, no artigo 23, § 2º, que o crime doloso praticado contra o filho, cuja pena seja de reclusão, também ocasiona a perda do poder familiar.

Oportuno é mencionar que DIAS (2017, p. 498-499) entende que a perda do poder familiar é permanente, mas não definitiva, sendo que nas hipóteses em que as causas que lhe deram origem tenham cessado, ele poderá ser recuperado pelos genitores, o que não ocorre com a extinção do poder familiar. Assim, defende que existe no inciso V do artigo 1.635 uma terminologia equivocada, uma vez que considera como extinção, que é de caráter perene, hipóteses que podem ser revertidas, desde que atenda ao princípio do melhor interesse da criança.

Vencidas as argumentações de aspectos mais legalistas, necessário é mencionar que o poder familiar não se extingue com o término da sociedade conjugal (embora nem sempre tenha sido assim). Ao contrário, ele é perene e além de ser um dever dos genitores, também é um direito que eles possuem de

acompanhar o desenvolvimento de sua prole, dele participando ativamente. Dentro deste contexto, é fundamental que os componentes desta família que se desfez, seja pelo divórcio, seja pela dissolução da união estável, entendam que ambos são detentores dos direitos e dos deveres atinentes ao poder familiar e que o seu exercício deve sempre ser realizado com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, quando do rompimento dos vínculos conjugais (independentemente de sua origem), surge a questão relativa à guarda e aos cuidados da prole eventualmente existente. O fim do casamento ou da união estável gera, além dos aspectos patrimoniais inerentes à sua constituição, também consequências pessoais relativas aos pais e aos próprios filhos – estes que, como visto acima, recebem a especial proteção do constituinte originário e do legislador infraconstitucional.

É dentro deste panorama de ideias que o legislador ordinário se viu incumbido da missão de regulamentar a forma com que a guarda dos filhos passasse a ser exercida quando do término do amor entre os pais – já que o poder familiar destes permanece intacto –, questionando-se: com quem ficarão os filhos?

3 GUARDA E SUAS MODALIDADES

A união da família formal ou afetiva permite à criança desfrutar do convívio e do poder familiar dos seus dois (ou mais) genitores e somente quando ocorre a ruptura conjugal é que se faz necessária a aplicação do instituto da guarda com o objetivo de dar-lhes condições de ter em seu redor os seus pais, para que estes possam por meio do poder familiar lhes prestar toda a assistência necessária, seja ela de ordem emocional, material ou psíquica. E objetivando atender a essa necessidade das crianças e adolescentes é que o ordenamento jurídico brasileiro foi sendo alterado ao longo dos últimos anos, ampliando o conceito de guarda de filhos, e caminhando ao encontro de decisões judiciais proferidas em nossos tribunais.

Perpassando esse instituto, verifica-se que no Código Civil de 1916 tínhamos um regramento que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não detivesse a culpa pelo término do casamento como se fosse uma punição ao pai/mãe que violou um dos deveres do casamento, destoando assim do que a sociedade à época considerava como “um comportamento oportuno”.

Já no Código Civil de 2002 houve avanços na questão da atribuição da guarda de filhos – conforme analisaremos no decorrer desse capítulo –, mas ainda assim insuficientes, o que foi melhorado com a promulgação da Lei nº 11.698/2008, que passou a possibilitar a aplicação da guarda compartilhada mas que ainda se mostrou ineficaz por propiciar entendimentos jurisprudenciais no sentido de que a sua aplicação deveria ocorrer desde que os pais estivessem acordados nesse ponto.

E foi no sentido de afastar essa interpretação que surgiu a Lei nº 13.058/2014, por meio da qual foi instituída a guarda compartilhada, que hodiernamente, em tese, é a modalidade mais aplicada no direito das famílias brasileiras.

Com o objetivo de conhecer esses diferentes momentos do instituto da guarda de filhos fixados em lei passaremos aos tópicos seguintes analisando o contexto em que esses artigos foram sendo alterados, buscando vislumbrar os objetivos por detrás das palavras neles escritas.

Antes, porém, de nos adentrarmos na análise das alterações legislativas no que concerne ao regime de guarda de filhos no âmbito da legislação brasileira, é preciso ter em mente que a guarda é atributo do poder familiar e que se refere à

convivência propriamente dita, que concede aos genitores o direito de coabitar com o filho menor ou incapaz, juntamente com o dever de assumir responsabilidades com vistas a zelar e proteger o interesse dos mesmos (MADALENO, 2016, p. 643).

Também é necessário considerar que se trata de instituto do direito civil que, para ser aplicado no caso concreto, precisa ser analisado em primeiro lugar, a felicidade dos filhos, não vindo ao caso os interesses particulares dos pais e mais: que tampouco se deve conceder a guarda com o objetivo de proporcionar ao genitor menos culpado pelo fim da sociedade conjugal, um troféu, que nesse caso seria a guarda física do filho.

Em um julgado (REsp 964.836 – BA) que levou ao poder judiciário uma ação de guarda cautelar ajuizada quando as crianças tinham 6 e 7 anos e que só foi efetivamente resolvida quando a prole já alcançava 16 e 17 anos, submetendo esses filhos há 10 anos de insegurança e indecisão, em uma fase fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente, a ministra Nancy Andrigui proferiu um voto fenomenal no sentido de que é necessário que prevaleça diante de qualquer situação, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, muito embora não tenha sido essa a interpretação feita pelas instâncias inferiores, no caso em comento.

Percebe-se, que a mencionada ação de guarda cautelar se arrastou por anos, sendo que ao final foi deferida a guarda definitiva ao genitor dos menores, mesmo com a manifestação das crianças durante as entrevistas realizadas pelo serviço social no sentido de que preferiam ficar com a mãe no dia a dia, alegando que o detentor da guarda era agressivo e não mantinha com os rebentos diálogo e tampouco lhes dava carinho e atenção, sendo que a sua ausência, por motivos profissionais era constante e nesses períodos as crianças/adolescentes eram deixadas com a funcionária da casa, pois o genitor sequer considerava a possibilidade dos menores ficarem sob a tutela da mãe, por ocasião da sua ausência. O contato entre mãe e filhos somente era permitido nos dias designados pelo poder judiciário, quinzenalmente, pois até mesmo o contato por telefone era controlado pelo genitor.

Dessa maneira, infere-se que os filhos foram instrumentos para o guardião demonstrar todo o seu mau sentimento e rancor em relação à ex-mulher, pois conforme os relatos das entrevistas realizadas no decurso do processo foram essas as impressões que os profissionais tiveram sobre o comportamento do pai dos

infantes. A mágoa que ele ainda nutria pela ex-esposa não permitia que ele enxergasse o mal que estava fazendo aos filhos, quando por anos proibiu que eles se relacionassem de forma mais ampla com a genitora, faltando-lhe sensibilidade para enxergar o quão é fundamental a presença da mãe na formação dos filhos.

Diante da grandiosidade da mensagem transmitida pela relatora do REsp 964.836 – BA, necessário é transcrever parte do voto, mesmo longo, com o objetivo de esclarecer o quanto é prejudicial quando os interesses de um dos genitores é sobreposto ao interesse da prole, o que por conseguinte termina por afastar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

Ressalte-se que, neste processo, assim como em qualquer outro em que se discute a guarda de menores, não se está tratando do direito dos pais – postulantes da guarda –, mas sim, e sobretudo, do direito dos menores a uma estrutura familiar que lhes confira segurança, amor, afeto e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado e que mantenha preservada a integridade física, psíquica, emocional, intelectual e espiritual da criança e do adolescente.

Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA.

Sobremodo, devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA.

É consabido que a guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido – saúde, segurança e educação.

Melhores condições para o exercício da guarda de menor evidencia, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo.

A preponderância das condições essenciais para o exercício da guarda nas mãos de uma das partes, tais como a assistência emocional, moral e educacional, secundado por um menor poder econômico, caracterizando capacidade de oferecer assistência material reduzida quando comparada à da outra parte, não serão causa de deferimento da guarda a esta, eis que tal situação pode facilmente ser resolvida por meio de prestação de alimentos do que detém melhores condições econômicas.

Diversamente, aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem contudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a

bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irrecuperáveis prejuízos, com sequelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta.

Dessa forma, se o conjunto probatório apresentado no processo atesta que a mãe oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação dos menores, bem assim, de assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação materno-filial ser assegurada, sem prejuízo da relação paterno-filial, preservada por meio do direito de visitas. Registre-se que o pai deverá ser chamado para complementar monetariamente em caráter de alimentos, no tocante ao sustento dos filhos, dada sua condição financeira relativamente superior à da mãe, o que não lhe confere, em momento algum, preponderância quanto à guarda dos filhos, somente porque favorecido neste aspecto, peculiaridade comum à grande parte dos ex-cônjuges ou ex-companheiros.

Portanto, considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída a guarda dos filhos à recorrente, invertendo-se o direito de visitas.

O simples fato de entender como egoísta e caprichosa a vontade da parte, como o fez o TJ/BA, não tem o condão de avançar sobre todo o cenário fático descrito no processo, que atesta às escancaras para a vontade expressa dos menores no sentido de que com a mãe pretendem estar. Ressalte-se, que para se chegar a essa conclusão não há propriamente o empecilho da Súmula 7/STJ, porquanto em processos deste jaez, em que se tem nas mãos a responsabilidade de decidir a vida futura de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, deve prevalecer o princípio da prevalência e salvaguarda absoluta e irrestrita do interesse do menor. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964836 - BA, 2007/0151058-1. Recorrente MLCA. Recorrido AP dos S. Relator: Ministra Nancy Andrigui. Brasília, DF, 02 de abril de 2009. DJe).

3.1 Código Civil de 2002 (Redação Originária dos Artigos 1.583 e ss. do CC/2002)

O Código Civil de 2002 (CC/2002), que vigora hodiernamente, com algumas alterações pontuais, teve o seu projeto confeccionado no ano de 1975, demonstrando assim o transcorrimento de vinte e sete anos até a promulgação da Lei nº 10.406/2002.

Destarte o lapso temporal entre um fato e outro, somado à constante mutação nos arranjos familiares, em pouco tempo o tema passou a ser tratado por meio de jurisprudências em nossos tribunais, com vistas a tutelar de forma mais efetiva os direitos da criança e do adolescente, bem como de seus genitores, uma vez que o CC/2002, em sua redação originária favorecia a aplicação da guarda unilateral.

Eis que o CC/2002 traz expresso em seus artigos:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Pela leitura dos dispositivos, percebe-se que o legislador outorgou aos pais o direito sobre a tutela dos filhos, independentemente de sua vontade. O legislador se eximiu de tratar da matéria de forma ostensiva. O problema surgiria quando os pais não acordassem sobre a guarda dos filhos, judicializando a questão. Na maioria das vezes, não havendo consenso entre os pais, a guarda era exercida de forma unilateral (1.584 do CC/2002), de modo que um dos genitores tinha total responsabilidade pela prole, enquanto o outro se restringia a visitá-lo e custear suas despesas (na condição de provedor financeiro). É óbvio para o legislador que, se a sociedade conjugal não dispunha de consenso quando constituída, muito menos teria ele quando dissolvida. Nessa época, na prática, era como se o genitor não guardião não mais exercesse o poder familiar (ele não tinha qualquer tipo de vínculo de decisão em relação à prole), cabendo única e exclusivamente ao detentor da guarda de fato e de direito a responsabilidade pela tomada de decisões inerentes à vida do filho.

Dessa forma, com o intuito de tutelar os direitos dos filhos, a guarda unilateral era atribuída ao genitor que tivesse mais condições de exercê-la, leia-se, que aos olhos do julgador fosse mais capacitado para tomar as decisões supostamente mais acertadas em relação a eles. Com isso, por vezes, impunha-se uma separação e redução no convívio entre o genitor não detentor da guarda e o filho, causando ao infante sofrimento, além de danos na formação de sua personalidade.

Todavia, a interdisciplinariedade do fenômeno familiar falou mais alto e em tempos recentes o Direito das Famílias, passou a adotar uma nova compreensão desse instituto com vistas a atender os mandamentos constitucionais, com prevalência para a dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade,

liberdade, bem como a proteção integral do menor e do incapaz (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 684), sendo que para isso o legislador se preocupou em possibilitar aos filhos de ex-casais, que tivessem a presença de ambos em seu crescimento, sendo que o meio por ele usado foi a lei que trouxe ao nosso ordenamento jurídico a guarda compartilhada e sobre a qual discorreremos no próximo tópico.

3.2 2008 (Redação dos artigos 1.583 e SS do CC/2002 dada pela Lei nº 11.698/2008)

A alteração no regime de guarda dos filhos nasceu da necessidade de se avançar nas questões de direito atinentes às famílias às quais não mais se contentavam com o que lhes eram oferecido quando ocorria o término do relacionamento conjugal. Assim, essas famílias batiam às portas do Poder Judiciário, com o objetivo de verem suas pretensões atendidas, o que terminou por influir na jurisprudência dos tribunais brasileiros e consequentemente se refletiu na criação de leis que alteravam a visão tradicional sobre o assunto.

A Lei nº 11.698/2008 foi a manifestação material desse desejo e se originou do Projeto de Lei nº 6.350/2002, proposto pelo deputado federal Tilden José Santiago, que tinha como objetivo tornar a modalidade de guarda compartilhada o procedimento normal nos casos de separação/divórcio dos pais, para que estes pudessem exercer de forma conjunta e solidária a responsabilidade parental sobre os filhos. A esse projeto foi apensado o Projeto de Lei nº 6.315/2002, de autoria do deputado federal João Miguel Feu Rosa, cuja proposta era alterar o dispositivo do Código Civil para instituir a guarda compartilhada nos termos de acordo celebrado pelos pais, por ocasião do desfazimento da relação conjugal.

À época se entendeu também que as alterações previstas pelos projetos de lei acima citados, vinham ao encontro de uma tendência crescente de decisões dos tribunais pátrios, tendo em vista que existiam jurisprudências em favor da guarda compartilhada, entendida como o método mais eficaz para garantir a proteção dos filhos, buscando a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, frente à separação dos pais.

Ao se fazer uma comparação no que disciplinava o Código Civil de 2002, em seus artigos 1.583 e 1.584, antes e após a promulgação da Lei nº 11.698/2008,

percebe-se que o objetivo do projeto de lei que originou a norma mencionada foi o de estimular a guarda compartilhada, como um instrumento de proteção à família brasileira, tendo em vista que ele levou em consideração que o conceito e a estrutura de família se alterou ao longo dos anos, acompanhando os costumes da sociedade na qual essas famílias estavam inseridas.

Outrossim, a lei mencionada também objetivou proporcionar aos genitores a percepção de que a presença diária de ambos era indispensável na vida dos filhos, uma vez que os deveres e direitos dos pais não cessam com o fim do casamento ou da união estável. Dessa forma, a lei que apresentou o instituto da guarda compartilhada ao nosso ordenamento jurídico contribuiu para diminuir a grande desigualdade que vinha ocorrendo com a aplicação da guarda única, na maioria das vezes concedida à mãe e que permitia que o pai tivesse um contato maior com o rebento somente em um ou dois dias por semana, o que não contribuía em nada para a preservação de laços afetivos entre pai e filho, permitindo também a formação de ambiente propício para a prática de atos de alienação parental.

Percebe-se então que o legislador atento a essa problemática foi mais pontual ao tratar das hipóteses de guarda, estabelecendo inclusive a sua modalidade compartilhada, em detrimento da guarda unilateral.

O Código Civil de 2002, após as alterações trazidas pela Lei nº 11.698/2008, dispôs que:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

A Lei nº 11.698/2008 veio estabelecer a guarda compartilhada como regra geral em nosso ordenamento jurídico, sendo que a sua fixação se dava quando existia o requerimento consensual das partes, ou então decorrente de decisão direta do juiz, após manifestação do Ministério Público.

Há de se reconhecer que sobre vários aspectos o legislador avançou ao aprovar as alterações e inserções de novos parágrafos nos artigos do CC/2002, acima mencionados, sendo que dentre as inovações trazidas, vale destacar a possibilidade da fixação do regime de guarda compartilhada até mesmo nos casos em que não houvesse acordo entre os genitores.

Mas mesmo com essas alterações a aplicação da guarda compartilhada não se tornou obrigatória. Constituía-se como uma possibilidade ao julgador que entendesse que os pais seriam capazes de lidar com o regime de guarda compartilhada, não sendo necessário um acordo prévio entre ambos.

Já na vigência dessa lei existia entendimento diverso no sentido de que havia necessidade de que os pais possuísem um bom relacionamento ou ao menos que se tratassem de forma civilizada, sendo que muitos doutrinadores já defendiam a guarda compartilhada mesmo nos casos em não houvesse consenso entre os genitores. Esse entendimento era partilhado até mesmo na Terceira Turma do STJ, o que terminou por influenciar a criação de uma nova lei regulamentando o assunto: a Lei da Guarda Compartilhada, promulgada no ano de 2014.

3.3 2014 (Redação dos artigos 1.583 e ss. do CC/2002 dada pela Lei nº 13.058/2014)

Antes mesmo de estar expressamente no ordenamento jurídico o texto dos artigos 1.583 e seguintes do CC/2002, a partir promulgação da lei da guarda compartilhada já era aplicado aos casos concretos. Mencionamos de forma especial o REsp 1.251.000-MG, que teve como relatora a ministra Nancy Andrighi, cujo voto contribuiu sobremaneira para inspirar o Projeto de Lei nº 1.009/2011, que teve como objetivo permitir que a aplicação do regime da guarda compartilhada fosse uma preferência legal e passasse a ter um caráter obrigatório, mesmo no caso em que não houvesse acordo entre os genitores.

Na vigência da Lei nº 11.698/2008 previa-se que não havendo acordo entre mãe e pai (leia-se mãe/mãe; pai/pai), sempre que possível, seria aplicada a guarda compartilhada, cabendo ao juiz a opção pela sua adoção, a depender do caso concreto. E com o intuito de alterar a possibilidade da aplicação do instituto da guarda compartilhada, que ocorria com base na realidade de cada caso apresentado ao Poder Judiciário e que, no mais das vezes eram aplicadas em situações que os ex-cônjuges conseguiam manter um diálogo foi que o autor do projeto de lei em sua propositura, afirmou que a nova lei (que veio a ser promulgada sob o nº 13.058/2014) não se destinava aos casais que sabiam separar as relações de parentesco de (ex) marido/(ex) esposa da relação de pai/mãe, pois esses indivíduos estavam prontos para exercerem a guarda compartilhada uma vez que já compreendiam a necessidade da figura materna e paterna na vida dos filhos. Esse posicionamento é verificado ao se analisar o projeto de lei depositado no site da Câmara dos Deputados Federais, sendo possível também constatar que a lei já mencionada, destinava-se aos casais que não tinham a percepção da importância do convívio da criança e do adolescente, com os pais o que consequentemente acarretava no distanciamento da criança/adolescente de um dos genitores, o que não era recomendado uma vez que era preciso priorizar o desenvolvimento saudável na esfera física, emocional e psicológica da prole, independentemente da faixa etária.

Segundo Arnaldo de Sá (autor do projeto de lei que deu origem a Lei nº 13.058/2014) a interpretação da expressão “sempre que possível” estava sendo feita de forma equivocada por magistrados e por membros do *Parquet*, pois a atrelavam a

existência de um bom relacionamento entre os genitores. Assim, não existindo um bom relacionamento, inexistia também a guarda compartilhada.

Ponderava ainda que se existisse um bom relacionamento entre os pais do rebento, não haveria sequer motivo para o término da sociedade conjugal e que a suposição da existência de acordo ou de bom relacionamento para se fixar a guarda compartilhada, permitiria que qualquer genitor beligerante provocasse situações de litígio para proibir a aplicação dessa modalidade de guarda.

Na ocasião, o parecer do deputado Dr. Rosinha (Florisvaldo Fier), na Comissão de Constituição e Justiça, foi no sentido de que “a guarda compartilhada deve ser efetivamente aplicada”, mesmo sem o consenso dos pais, por entender que a guarda dos filhos é parte do poder familiar e como tal, deve ser mantida ao pai e a mãe, após o fim do casamento/união estável ou até mesmo naqueles casos em que os pais jamais tenham morado sob o mesmo teto.

Dessa maneira, com a edição da Lei nº 13.058/2014, o CC/2002 passou a dispor que:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Promulgada a lei da guarda compartilhada, foi corroborado o entendimento do STJ sobre o tema, mas ainda assim não cessaram os posicionamentos diversos apresentados nas doutrinas, tendo em vista que a cada caso existe a possibilidade de se deparar com nuances nunca vistas, o que faz com que o aplicador do direito possa dar uma nova interpretação a determinado trecho da lei. Mesmo existindo divergências, é inegável o avanço que houve acerca do tema, por ser agora permitida a aplicação da guarda compartilhada como regra, sendo o seu afastamento necessário somente nos casos de estar presente o que dispõe o artigo 1.584, § 2º, segunda parte, ou em casos mencionados em lei, que tratam da suspensão e da perda do poder familiar.

4 METODOLOGIA DA OBTENÇÃO DE DADOS

De proêmio, infere-se que a partir da promulgação da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada deixou de ser um instituto de aplicação facultativa e se tornou regra em nosso ordenamento jurídico, com vistas a atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e também com o escopo de conservar e aprofundar os laços parentais que não se extinguem quando pais se separam. Mas fazendo leituras de doutrinas consagradas no ramo do Direito das Famílias é perceptível que não existia ainda uma uniformidade sobre o tema e tampouco descrições claras de quais seriam as circunstâncias em que a aplicação da lei deveria ser afastada.

Assim, por não encontrar respostas sobre questões que fazem parte do dia a dia de muitas famílias e por verificar que o instituto da guarda compartilhada é considerado por maioria da doutrina do Direito das Famílias, como ferramenta imprescindível para se aplicar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é que foi realizado o primeiro recorte da pesquisa presente: o temático.

Decidido o tema, vislumbrou-se a possibilidade de achá-las (as respostas) nos julgados proferidos pelo STJ, fixando assim o segundo recorte da pesquisa – o institucional – tendo em vista que o nosso sistema jurídico permite que temas controversos cheguem ao tribunal, oportunidade em que são apreciados por seus membros, os quais se tratam de pessoas altamente comprometidas com os valores constitucionais e legais a que se propuseram defender.

Para isso a análise dos acórdãos foi o caminho escolhido com o intuito de conhecer as decisões que o STJ tem tomado para preservar a instituição mais cara à nossa sociedade: a família, que deve aqui ser compreendida em sua forma plural, tal qual ocorre hodiernamente em nossa sociedade.

Objetivando fazer um estudo mais detalhado e específico sobre o tema, passou-se aos critérios de escolha dos julgados que comporiam o objeto de estudo do trabalho em pauta, cuja opção foi o recurso especial e que se deve a leitura do artigo 105 da CF/88, que diz ser esse o recurso destinado a combater causas decididas em única ou em última instância, por tribunais regionais federais, bem como pelos tribunais de justiça estaduais e do distrito federal nos casos em que essas decisões contrariarem lei federal ou lhes negue vigência ou ainda que atribua à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

E por último e não menos importante, o recorte temporal que se deu por meio da legislação aplicada em nosso país, sendo que a primeira parametrização foi feita a partir do CC/2002, que permitiu o estabelecimento de acordo entre os ex-cônjuges em relação à guarda dos filhos após a separação/divórcio. O segundo marco temporal foi a Lei nº 11.698/2008, por ser essa a lei que introduziu de forma clara a guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio e por fim sendo o terceiro marco temporal a Lei nº 13.058/2014 que nos trouxe o instituto da guarda compartilhada com uma prescrição ao invés de mera possibilidade. Daí a análise dos recursos especiais que foram do período de 10 de janeiro de 2002 até 31 de dezembro de 2017.

Feitos os recortes e fixado o período, passou-se à pesquisa no sítio virtual do STJ, sendo que o primeiro passo foi digitar o termo “guarda compartilhada” na parte específica que trata sobre as jurisprudências do tribunal e desse ato nos foram apresentados trinta e três acórdãos. A partir disso, passamos a buscar entre esses acórdãos quais se tratavam de recursos especiais, por ser esse o recurso cabível para impugnar decisões que contrariem lei federal, que a ela negue vigência ou ainda que lhe dê interpretação diversa da que tem lhe dado outros tribunais.

Assim, dos acórdãos encontrados no *sítio* do STJ, tornou-se objeto da pesquisa somente dezesseis, sendo que ao se fazer um estudo detalhado de todos eles, foram descartados quatro acórdãos, por não se referirem de maneira direta ao tema guarda compartilhada. São eles: REsp nº 1.164.547-PE, que pedia o reconhecimento da competência da justiça brasileira para julgamento de ação de guarda entre mãe brasileira e pai alemão, com julgamento realizado na data de 7 de outubro de 2010; REsp nº 1.315.342-RJ, que solicitava o reconhecimento da justiça brasileira como competente para tratar de questões de guarda de filhos de mãe brasileira e pai norueguês e por meio do qual foi declarada a incompetência da justiça pátria em 27 de novembro de 2012; REsp nº 1.351.325-RJ, que tratava de sequestro de filho nascido na Itália, por mãe brasileira, cujo julgamento ocorreu em 10 de dezembro de 2013; e por fim o REsp nº 1.196.954-ES, que também se referia ao sequestro de duas crianças irlandesas, por mãe brasileira, julgado no dia 25 de fevereiro de 2014.

Deste modo, foram considerados para a pesquisa doze julgados advindos do STJ, sendo então separados de acordo com o ano que ocorreu o respectivo julgamento. Após a separação devida, foi realizada a leitura e as marcações

necessárias, ano a ano, sendo anotados em tabela própria quantos recursos especiais foram agraciados com o deferimento ou manutenção da guarda compartilhada; quantos foram indeferidos e também quantos não foram analisados pelo STJ.

Em seguida, foram analisados os argumentos utilizados pelas turmas competentes nos julgados deferidos e indeferidos, com o objetivo de identificar quais argumentos embasavam a concessão (ou não) da guarda compartilhada aos genitores.

Os apontamentos dos argumentos presentes nos julgados serão feitos em tópico pertinente, sendo importante mencionar que dos doze recursos especiais que foram objeto de estudo, somente o primeiro recurso especial (REsp nº 1.147.138-SP) foi julgado pela Quarta Turma do STJ e todos os outros foram apreciados pela Terceira Turma do referido tribunal, sendo imprescindível informar que são essas as turmas responsáveis por julgamentos cujo assunto seja guarda de filhos, sendo que a competência lhes são atribuídas por força do Regimento Interno que dispõe caber à Segunda Seção do STJ (da qual se compõem a Terceira e a Quarta Turmas) o julgamento de temas pertinentes às famílias (artigo 9º, § 2º).

4.1 Análise dos Recursos Especiais Julgados no STJ

O STJ foi criado pela CF/88 e é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, sendo de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem da justiça especializada. Seu principal instrumento para promover essa uniformização é o recurso especial, que tem como objetivo permitir que o tribunal resolva interpretações divergentes sobre determinado dispositivo de lei federal.

A sua composição e competência estão descritas na CF/88, sendo que o artigo 105 expressa o que compete ao STJ e o inciso III traz em seu bojo, de forma clara, a incumbência do tribunal em “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância” ou ainda recursos pertinentes a causas que foram decididas por Tribunais Regionais Federais, tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e que contrariem tratado ou lei federal, ou lhe negue vigência (alínea “a”) e também nos casos em que a lei federal foi interpretada de forma divergente de interpretação que lhe deu outro tribunal (alínea “c”).

Assim, o objeto de análise são todos os Recursos Especiais entre o período de 2002 a 2017, que tenha como tema o instituto da guarda compartilhada, com o intuito de conhecer o posicionamento da corte brasileira acerca do mesmo.

Em consulta ao sítio virtual do STJ verifica-se que na vigência da redação original do CC/2002 (entre o período de 2002 até 2008) não houve um único recurso especial que versasse sobre o tema da guarda compartilhada, sendo essa ausência explicada em função do contexto social e legal da época, no qual prevalecia o regime de guarda unilateral e na maior parte das vezes, concedida à mãe.

Somente sob a vigência da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, é que o STJ recebeu o primeiro recurso especial pertinente ao tema e no ano de 2010 é que foi proferido o primeiro acórdão pela corte brasileira referente ao REsp nº 1.147.138-SP, cujo relator foi o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

O recurso em questão foi analisado pela Quarta Turma e versava sobre o pedido de reconhecimento de guarda compartilhada de uma menor, em favor da avó e de tio paterno, objetivando regularizar a situação fática já existente. O juiz de piso indeferiu o pedido alegando impossibilidade jurídica do pedido, e o Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo manteve a negativa, alegando que a família substituta disposta no ECA era aquela existente a partir de um casal e mencionou que por ser o tio paterno solteiro, a qualquer momento poderia deixar o lar no qual convivia com a infante.

Em seu voto o relator discordou veementemente dos posicionamentos adotados em ambos julgamentos, afirmando que se tratava de mera regularização de uma guarda que já existia e mencionou a verificação de duas situações muito importantes que precisavam ser levadas em consideração, sendo a primeira o desejo da criança em ter a avó e o tio como seus guardiões e, a segunda, a autorização dos genitores da pequena, que concordavam com essa atribuição de guarda.

O julgado apresentou um aspecto inovador, pois o ministro relator concedeu a guarda compartilhada à avó e ao tio paterno da criança, reconhecendo assim a importância da família estendida, alçando-a à condição de principal. Em seu voto, percebe-se que a preocupação do ministro foi garantir o atendimento do melhor interesse da criança, regulamentando uma situação que já existia de fato e que iria lhe proporcionar uma melhor condição no que se referia a cuidados com a saúde e também na perspectiva social, pois os futuros guardiães tinham como lhe proporcionar mais estabilidade nesse sentido. Foi levado em consideração o afeto existente entre essas pessoas no deferimento do pedido e ao final o ministro relator foi acompanhado em seu voto pelos demais ministros componentes da turma.

O segundo recurso que chegou ao STJ causou uma revolução na aplicação do instituto da guarda compartilhada, servindo inclusive como substrato para a proposição da Lei da Guarda Compartilhada, aprovada no ano de 2014. Trata-se do REsp nº 1.251.000-MG, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, e o seu julgamento ocorreu em 2011. Nesse caso o recorrente buscava a guarda unilateral do filho, alegando que a mãe da criança tentara mudar de cidade sem o conhecimento dele, sendo que Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a guarda compartilhada ao pai/mãe da criança, aplicando o que determinava a lei à época, mas o pai, alegando que esse tipo de guarda somente deveria ser deferido nos casos em que existisse um relacionamento cordato entre os pais, ingressou com recursos.

Em seu voto a ministra relatora afirmou que o tema era bastante controverso, pois não existia uma posição definida sobre a necessidade da

existência de consenso entre os pais que requeriam a guarda dos filhos, mencionando que essa questão não estava pacificada nem na doutrina e tampouco na jurisprudência, já que vigia, na época a Lei nº 11.698/2008.

Arguiu ainda que o ordenamento jurídico pátrio já havia superado essa visão estanque das relações parentais ao contemplar no CC/2002 a guarda compartilhada como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres pelos pais, mesmo que esses não vivam mais sob o mesmo teto, pois ambos (direitos e deveres) são partes do poder familiar que deve ser exercido pelo pai e pela mãe. Mencionou que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que esse tipo de guarda faça com que haja necessidade de que reestruturações e concessões sejam realizadas, objetivando proporcionar aos filhos o ideal psicológico do duplo referencial, durante a sua formação.

Restou claro nesse julgado o posicionamento da Terceira Turma do STJ primando pela aplicação da guarda compartilhada mesmo nos casos da existência de dissenso entre os pais. E com fortes argumentos a favor da guarda compartilhada, o recurso especial supracitado teve seu provimento negado por todos os ministros que compunham a turma julgadora, criando assim um paradigma a outras inúmeras demandas em todo solo brasileiro.

Na data de 3 de junho de 2014 – portanto, antes da vigência da Lei nº 13.058/2014, que instituía a guarda compartilhada como obrigatória –, foi julgado o REsp nº 1.428.596-RS, também pela Terceira Turma do STJ, que reafirmou ser possível a implementação da guarda compartilhada mesmo inexistindo consenso entre os pais. O caso se referia a um divórcio litigioso com pedido de guarda compartilhada, a qual havia sido indeferida pelas instâncias inferiores, com fundamento na falta de um bom relacionamento entre os ex-cônjuges.

No voto condutor a Ministra Relatora Nancy Andrighi proferiu uma extensa aula sobre a possibilidade da concessão da guarda compartilhada na ausência de consenso entre os genitores, fundamentando sua decisão com o acórdão do REsp nº 1.251.000-MG. Assim, pela segunda vez o STJ concedia aos filhos o direito de ter seu crescimento amparado pelos pais em detrimento da falta de consenso existente entre os ex-cônjuges, primando assim pelo exercício do poder familiar de forma conjunta, mesmo após o término da sociedade conjugal.

Percebe-se então que no período entre a Lei nº 11.698/2008 e a Lei nº 13.058/2014, foram proferidos três julgados versando sobre o tema da guarda de filhos, visto que somente após quase dois anos do último julgamento de um deles é que chegou ao STJ um novo recurso, dessa vez já sob o esteio da Lei nº 13.058/2014.

Coube à Terceira Turma o seu julgamento, que foi realizado em 23 de fevereiro de 2016, sendo o relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (REsp nº 1.560.594-RS), sendo que nesse caso o tribunal de origem havia reconhecido a inviabilidade da guarda compartilhada tendo em vista a extrema beligerância existente entre o ex-casal. Em seu voto, o ministro relator entendeu que a falta de consenso entre os pais não apresentava gravidade suficiente para o óbice da guarda compartilhada, pois considerava que a falta de diálogo entre ex-cônjuges tratava-se de mera consequência natural dos desentendimentos que culminaram no rompimento do vínculo matrimonial.

Aduziu ainda que a falta de consenso não constituía fundamento suficiente para justificar a supressão do direito de guarda de um dos genitores, pois caso o fosse, a regra no ordenamento jurídico não seria a guarda compartilhada, mas sim a guarda unilateral, além do que o não deferimento da guarda a um dos pais somente deve ocorrer se ensejada por motivos graves suficientemente para comprometer o convívio saudável com os filhos, como por exemplo nos casos que existam agressão física, uso de entorpecentes e assédio sexual. Por fim, o ministro considerou superados os fundamentos que havia dado ensejo à atribuição do regime de guarda unilateral e determinou o retorno dos autos ao tribunal de origem no que foi acompanhado pelos demais ministros da turma.

O REsp nº 1.417.868-MG também foi julgado pela Terceira Turma, na data de 10 de maio de 2016, sendo que o recorrente buscava a reforma de decisão que lhe negou a guarda compartilhada da filha. Analisando o acórdão desse recurso, resta claro que a guarda compartilhada não foi a opção do STJ - contrariando as decisões que vinha proferindo - por consideração as particularidades do caso apresentado, pois segundo o ministro relator (João Otávio de Noronha), o desentendimento dos pais ultrapassavam o mero dissenso, uma vez que ambos eram imaturos e levavam em conta primeiro os próprios interesses, não demonstrando nenhuma possibilidade de diálogo, cooperação e responsabilidade conjunta. Logo, reconhecendo que no Direito das Famílias é preciso ter cuidado na

aplicação de teses ao caso concreto, pois nesse contexto estão envolvidos sentimentos profundos, é que foi negado o provimento do recurso pelo STJ, para reformar a decisão, mantendo assim a guarda unilateral em favor da mãe da criança.

Nesse julgado o Ministro João Otávio de Noronha aduziu que mesmo sendo possível rever o regime de guarda já atribuído, existem situações que essa possibilidade não deve ser considerada, pois caso isso acontecesse no caso em questão a criança seria submetida a uma experiência, cujos danos psicológicos e emocionais são imensuráveis, além de ser uma clara demonstração de que os interesses atendidos seriam o dos pais e não o da criança. O voto do ministro relator foi acompanhado por todos os membros da turma.

O próximo recurso mencionado é o REsp nº 1.605.477-RS, julgado pela Terceira Turma em 21 de junho de 2016, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e foi postulado com o intuito de obter o regime de guarda compartilhada, cujo caso concreto apresenta um diferencial que consiste no fato dos pais envolvidos no litígio residirem em estados diferentes da federação (Santa Catarina e Rio Grande do Sul). O recurso foi conhecido e não provido tendo em vista a necessidade de se proceder o reexame de matéria fático-probatória, o que não é permitido em sede especial, conforme dispõe a Súmula nº 7 do próprio STJ. Mas é preciso registrar que em seu voto o relator afirma que a guarda compartilhada não se sujeita a transigência dos genitores, mas que o caso concreto apresentava peculiaridades que inviabilizavam a adoção desse instituto, sendo uma delas a distância geográfica entre as residências dos pais. Assim, o relator em seu voto ponderou que uma mudança no regime de guarda poderia impactar de forma drástica na vida das jovens, pois poderia causar a alternância de residência, permitindo que as filhas pudessem até mesmo estudar por um tempo em um local e por outro tempo em um segundo local, o que implicaria na perda de referências importantes, como escola, amizades, vida social.

Assim, mesmo o CC/2002 dispondo sobre a possibilidade de que a cidade considerada como base de moradia dos filhos seja aquela que melhor atender aos interesses destes, deixando expresso que é possível que os pais residam em cidades diferentes, no caso em pauta o relator mencionou em seu voto que deveria ser reconhecido o conforto e a estabilidade das crianças, em detrimento do que dispõe a letra da lei, uma vez que foi realizada uma análise à luz da CF/88, mitigando assim a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

Na data de 15 de setembro de 2016 ocorreu o julgamento do REsp nº 1.626.495-SP, sustentado nos pressupostos formais e também informando que as instâncias de piso e de segundo grau, não levaram em conta a demonstração de que o pai do menor era pessoa apta a exercer a guarda compartilhada, juntamente com a mãe do rebento. Julgado pela Terceira Turma e relatado pela Ministra Nancy Andrighi, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi reformado, por unanimidade dos votos, pois mais uma vez, o que originou a demanda foi a falta de consenso entre os pais da criança.

Em seu voto a ministra relatora afirmou que o Estado-Juiz não pode ser cúmplice em uma situação injusta que se caracteriza pelo fato de um dos ascendentes impedir, com o acirramento dos ânimos, que o filho não conviva com o outro genitor. Alega também que a lei que trata da guarda compartilhada tem força impositiva, pois o artigo 1.584, § 2º, do CC/2002 traz o verbo “será” e não a expressão “deverá ser” quando trata da fixação do regime de guarda compartilhada nos casos em que não existam acordo quanto a esse quesito, por parte dos pais. Assim, como é de costume nos julgados que tem como relatora a ilustre ministra, a guarda compartilhada venceu mais uma batalha contra a falta de diálogo e de um bom relacionamento entre os ex-cônjuges, forte no argumento de que haja o que houver, deverá sempre prevalecer o real interesse da criança e do adolescente.

O último recurso analisado pelo STJ (novamente pela Terceira Turma) no ano de 2016 foi o REsp nº 1.629.994-RJ, na data de 15 de dezembro 2016 e apresentou-lhes um pedido de concessão de guarda unilateral em favor do pai de duas meninas, sendo pleiteado em caráter subsidiário que caso o STJ não se manifestasse nesse sentido, ao menos fosse mantida a guarda compartilhada decidida pelo juízo de primeiro grau, sendo que no presente caso a mãe alegava a seu favor a existência de duas condenações do ex-cônjuge por agressão contra ela praticada e também pugnava pela concessão da guarda unilateral a seu favor.

Em seu voto, a relatora do recurso inicia mencionando mais uma vez a imposição trazida pelo legislador por ocasião da aprovação da lei da guarda compartilhada no ano de 2014 e após relato de que o presente recurso apresentava especificidades no sentido de existir condenações do pai por agressões corporais à mãe, trazendo assim um ponto ainda não debatido ao STJ, a Ministra Nancy Andrighi decidiu pela manutenção da guarda compartilhada, ponderando que a violência doméstica outrora ocorrida não envolveu as crianças em nenhum momento

e nem de qualquer forma as atingiu, conforme demonstrava o acervo probatório dos autos.

O primeiro recurso julgado no ano seguinte, também pela Terceira Turma, em 02 de fevereiro de 2017, teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi e se trata do REsp nº 1.642.311-RJ. O julgado ora analisado refere-se a um pedido de adoção cumulado com guarda compartilhada, no qual atuou como advogada de uma das partes a doutrinadora Maria Berenice Dias. No caso em tela, após o término de uma relação homoafetiva, a mãe biológica não aceitando o deferimento da guarda compartilhada, recorreu da decisão que a tinha determinado, por entender que o ex-casal não se conciliava no que se referia à educação e orientação do filho, afirmando ainda existir entre ambas, elevado grau de animosidade.

Ao fim e ao cabo, a decisão anteriormente proferida foi mantida, afastando mais uma vez a necessidade da existência de consenso entre os ex-cônjuges, priorizando-se o interesse da criança e do adolescente, que no caso concreto já havia construído uma relação de afeto com a recorrente. Em seu voto, a ministra relatora reafirmou o seu entendimento no que se refere à inexistência de consenso entre os pais, dizendo que a questão sobre a necessidade de fixação da guarda compartilhada, até mesmo nos casos em que há animosidade entre os pais, de forma intensa, está pacificada no colegiado da Terceira Turma, mencionando recursos especiais já julgados pelo STJ.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva foi quem relatou o REsp nº 1.591.161-SE, cujo julgamento se deu em 21 de fevereiro de 2017. Mais uma vez a falta de consenso entre os pais foi o motivo da interposição do recurso por parte do genitor pleiteando o restabelecimento de sentença anterior que lhe havia concedido a guarda compartilhada do filho e cuja reforma ocorreu em sede de apelação cível por parte da genitora.

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe reformou a decisão que concedia guarda compartilhada de uma criança que à época estava com três anos de idade, embasando-se no fato de que nos dias que eram atribuídos ao pai os cuidados com o filho, a criança passava-os na casa da avó paterna e somente à noite ia pernoitar com o pai, pois esse trabalhava o dia todo. Em sede de apelação o tribunal entendeu que o fato da criança passar por três lares em uma única semana poderia gerar uma rotina cansativa. O relator do recurso de apelação enfatizou ainda que a avó paterna não se dispunha a manter um diálogo com a mãe da criança, o

que afastaria a convivência harmoniosa e saudável entre ambas, ou seja, nesse caso não existia consenso entre duas figuras importantes na vida da criança: mãe e avó paterna.

No voto proferido pelo relator foi mencionado um trecho de julgado anterior no qual a Ministra Nancy Andrighi dizia que, em caso de dissenso entre os pais da criança, necessário é que se imponha judicialmente a atribuição de cada um dos genitores e também o período de convivência sob o regime de guarda compartilhada, uma vez que é essa a modalidade de guarda que deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta sua efetiva expressão sempre que possível. E assim por considerar que o contexto dos autos era favorável à aplicação da guarda compartilhada, ela foi restituída com as devidas recomendações de que a avó paterna buscasse manter um diálogo com mãe do infante.

Mais uma vez temos a Ministra Nancy Andrighi como relatora do REsp nº 1.654.103-RJ, julgado em 16 de maio de 2017, por meio do qual foi requerida a alteração do regime de visitas, com pedido de antecipação de tutela. Por unanimidade foi negado provimento ao referido recurso, por não preencher os requisitos formais necessários, o que não impediu a ministra relatora de expressar o seu entendimento sobre o instituto da guarda compartilhada, mais especificamente referente aos genitores que se opõe a esse regime de guarda. E se não cabe aqui o breve relato do presente recurso por não atender as especificações metodológicas desse trabalho, a transcrição de trecho do voto da relatora é enriquecedor no sentido de demonstrar o que lhe vai arraigado na alma, quando se trata de defender o melhor interesse da criança:

Os julgadores, diante de um conflito exacerbado entre os genitores/ascendentes, vislumbram que aquela situação conflitiva, perdurando no tempo e no espaço, poderá gerar uma situação de grave estresse para a criança/adolescente e optam por recorrer à histórica fórmula da guarda unilateral, pois nela a criança/adolescente conseguirá “ter um tranquilo desenvolvimento”.

Ignora-se, contudo, nesse cenário que, primeiro: o “tranquilo desenvolvimento” é, na verdade, um tranquilo desenvolvimento incompleto, social e psicologicamente falando, pois suprime do menor um ativo que é seu por direito: o convívio com ambos os ascendentes.

Segundo: que o genitor/ascendente, que se bate contra a guarda compartilhada, salvo nas exceções que serão declinadas adiante, é aquele que, primariamente, vitupera o superior interesse do menor, seu filho.

Essa conclusão é impactante, mas a outra não se pode chegar, pois salvo quando houver fundadas razões para se opor a que o antigo cônjuge/companheiro partilhe a guarda da prole comum, o ascendente que intransigentemente nega a seu filho um convívio mais íntimo com o outro

ascendente, age dando primazia aos seus interesses, sem considerar a intuitiva e, cientificamente comprovada, necessidade do referencial binário para uma perfeita formação. (REsp 1654103/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 31/05/2017).

Por fim, mencionamos o REsp nº 1.654.111-DF, julgado em 22 de agosto de 2017, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e por meio do qual foi mantida a guarda unilateral da filha com a genitora, concedida no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Em seu voto, o ministro disse que a aplicação da Lei da Guarda Compartilhada necessita de uma interpretação à luz dos princípios constitucionais, pois a lei que trata do tema tem como escopo a proteção dos interesses do menor, devendo se primar pelo resguardo do seu bem-estar. Afirma ainda que mesmo que se entenda que a guarda compartilhada deva ser adotada independentemente da vontade dos pais ou da existência de acordo entre eles, ela não deve prevalecer nos casos em que possa gerar efeitos ainda mais negativos aos conflitos já existentes, sob o risco de potencializá-los e colocar em perigo o interesse da criança.

No caso relatado nesse julgado também não existia um bom relacionamento entre os pais, além de existir nos autos a menção de que o genitor, em um passado recente, consumia bebida alcoólica em demasia. Assim, percebe-se que nesse caso concreto, existia uma complexidade maior e todo o contexto foi analisado e o relator foi favorável à manutenção da guarda unilateral em favor da mãe e manteve também o regime de visitação quinzenal, mas de forma livre, sem a necessidade do acompanhamento de uma terceira pessoa, em favor do genitor, com a possibilidade de que a criança fosse pega na escola no último dia de aula da semana e devolvida também na escola, no próximo dia útil letivo.

4.2 Apresentação dos Argumentos do STJ

No período de 10 de janeiro de 2002 a 12 de junho de 2008 (tempo da vigência da redação original do Código Civil atual), não foi apreciado nenhum recurso especial pelo STJ referente à guarda compartilhada, e em assim sendo, não existe qualquer argumento a ser mencionado.

No segundo interstício, entre as datas de 13 de junho de 2008 e 21 de dezembro de 2014 (quando o texto que tratava da guarda de filhos foi alterado pela Lei nº 11.698/2008), chegaram ao STJ três recursos especiais versando sobre o tema (REsp 1.147.138-SP, 1.251.000-MG e 1.428.596-RS) e nesse período, de acordo com a mais embasada doutrina, tínhamos a guarda compartilhada como uma opção dada pelo legislador ao julgador no caso concreto, cuja decisão precisava ser tomada levando-se em consideração o metaprincípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nos três recursos recebidos nesse período, o STJ se manifestou favoravelmente à guarda compartilhada e o principal argumento defendido pelos ministros relatores, foi o de atender o melhor interesse da criança, aplicando assim o princípio que norteia todas as decisões que a esse segmento se refere. Com exceção do primeiro caso, que se tratava de caso singular de pedido de guarda compartilhada por parte de avó e tio paterno, nos outros dois o argumento foi de que à luz da Constituição Federal fazia-se necessário admitir uma participação mais ativa por parte do pai – aqui no gênero masculino –, na criação dos filhos, em razão da igualdade de gêneros e também da necessidade de que as relações entre pais e filhos não sejam alteradas após o término da sociedade conjugal, pois os genitores têm o dever e o direito de exercerem o poder familiar em todas as circunstâncias. Outro argumento que os ministros sustentaram foi o de que os pais precisam se comprometer para que a guarda compartilhada seja desempenhada com êxito, mas que a falta de consenso entre eles não servia como empecilho para que ela fosse estabelecida por meio de acordo ou pelo poder judiciário.

Os julgados atinentes ao período final, de 22 de dezembro de 2014 a 31 de dezembro de 2017 (oportunidade em que passou a vigorar a Lei nº 13.058/2014) totalizaram nove recursos especiais, sendo que desse montante somente um deles não teve seu mérito apreciado por não preencher os requisitos formais necessários. Feita a devida subtração, restaram oito julgados, dos quais três não obtiveram

sucesso na fixação do regime de guarda compartilhada. Ou seja, cinco deles tiveram êxito, buscando a implementação desse instituto.

Em comum nos cinco julgados que concederam a guarda compartilhada pode-se observar que todos relatavam a falta de consenso entre os genitores, e que os argumentos defendidos pelos relatores respectivos foram no sentido de que não é necessária a existência dele para a fixação da guarda compartilhada sob o risco de se ver priorizado o litígio entre os pais em prejuízo a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

De outro turno, nos três julgados que negaram a guarda compartilhada, há que se fazer algumas observações sobre os argumentos usados pelos relatores. No primeiro julgado (REsp nº 1.417.868-MG, de 10 de maio de 2016), o relator entendeu que não era possível impor aos pais a guarda compartilhada, apenas por ser o entendimento atual de que seja esse o melhor caminho ou ainda por força impositiva do texto legal, quando o caso concreto demonstra que os pais não apresentam maturidade para esse compartilhamento, o que poderia se traduzir em uma imposição à criança de tenra idade dos conflitos existentes entre os genitores, o que por sua vez poderia expô-la a riscos atinentes ao seu desenvolvimento psicossocial.

No segundo julgado (REsp nº 1.605.477-RS, de 21 de junho de 2016), ao qual foi negado provimento, o relator reconheceu que o regime de guarda compartilhada é o preferido na atualidade, mencionando inclusive que não existe necessidade de que exista consenso entre as partes, citando precedentes do STJ nesse sentido. Mas ao se realizar uma leitura com mais acuidade, vê-se que existe no presente caso uma questão geográfica que dificulta a guarda compartilhada, que é a distância entre as residências dos genitores (cerca de 310 quilômetros). Assim, percebe-se que prevaleceu mais uma vez o superior interesse da criança, respeitando o equilíbrio físico e emocional das mesmas.

No último julgado, que foi conhecido e provido parcialmente, o relator escreveu em seu voto que mesmo sendo a guarda compartilhada a regra em nosso ordenamento, a sua aplicação ao caso concreto não será automática uma vez que existem casos que apresentam uma maior complexidade e que a esses casos é possível atribuir a guarda unilateral, que ainda está vigente em nosso sistema (REsp nº 1.654.111-DF, de 22 de agosto de 2017).

De todo o exposto nos capítulos anteriores é possível identificar que os ministros da Terceira e Quarta Turmas do STJ convergem quanto à aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e que esse foi o argumento mais utilizado tanto no período em que a guarda compartilhada era considerada como de aplicação facultativa, quanto após a Lei nº 13.054/2014, por meio da qual, esse instituto foi considerado por grande parte da doutrina e jurisprudência como de aspecto obrigatório.

Desse modo, verifica-se que não existe uma divisão de argumentos por parte do STJ, ao analisar os casos que lhes são apresentados e isso é tão nítido que o julgado mais emblemático proferido pelo tribunal se deu no ano de 2011, ou seja, antes da lei da guarda compartilhada, demonstrando de forma clara que a promulgação da lei que tinha como objetivo proporcionar no direito material, igualdade entre os pais no que se refere à guarda dos filhos, não influenciou em nada nas decisões tomadas pelos ministros da corte.

Ademais, os argumentos utilizados para fundamentar as decisões dos ministros são os mesmos, sejam suas decisões no sentido de conceder ou de negar a guarda compartilhada aos pais da criança: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a necessidade ou não da existência de consenso entre os genitores, sendo que nesse ponto, a depender do grau desses conflitos alguns ministros preferem optar pela guarda unilateral enquanto outros defendem que até mesmo na falta de diálogo entre os pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, sob pena de não permitir que os filhos tenham o apoio necessário de ambos os pais para o seu desenvolvimento saudável ou ainda de valorar o interesse de um dos genitores, em detrimento do outro, no caso da aplicação da guarda unilateral.

4.3 Análise Crítica

Não há como deixar de lado uma constatação acerca dos recursos analisados, haja vista que ela salta aos olhos até mesmo daqueles que não têm muita afinidade com o tema. Em um linguajar simples: percebe-se que o STJ apresenta os mesmos argumentos tanto para negar quanto para conceder a guarda compartilhada. O que leva ao êxito de se ver deferido esse regime de guarda não são necessariamente os argumentos levantados pelo relator do recurso, pois até mesmo nas decisões que negam ou que concedem são mencionados trechos muito similares de casos precedentes. O êxito do genitor que busca o exercício do poder familiar que lhe é devido, de forma plena, não está relacionado aos fatos mencionados nos autos e tampouco às especificidades do caso concreto. Esse êxito deve-se tão somente à presença da ministra Nancy Andrighi no julgamento do recurso especial, pois em todos os que foram analisados, somente não tiveram sucesso àqueles nos quais ela não estava presente no julgamento ou em um único caso, no qual ela se declarou impedida.

Destarte, não são os argumentos que pesam nas decisões do STJ. O que pesa é o poder de convencimento da única mulher que compõe a Terceira Turma do STJ, pois diante dele todas as alegações feitas nas instâncias inferiores caem por terra e prevalece o entendimento de que a guarda compartilhada sempre é o melhor caminho a ser adotado, uma vez que a ministra defende que a falta de consenso entre os genitores pode ser algo criado de forma artificial por um deles e principalmente por aquele que detém a guarda unilateral provisória, com o intuito de sensibilizar os julgadores para que a guarda unilateral lhe seja atribuída de maneira definitiva.

Desse modo, parece ser Nancy Andrighi a ministra que foi capaz de ter uma percepção mais aprofundada quanto à interpretação da lei da guarda compartilhada, considerando que a aplicação é para os casos em que existam litígios entre os pais, sem ser necessário medir a sua intensidade, sob pena de se criar a possibilidade de transformar o pai que não detém a guarda do filho em mero visitante e que poderá *a posteriori*, ser alçado à condição de um estranho na vida da criança/adolescente.

No que se refere à guarda compartilhada, em apenas duas condições ela deve ser afastada tendo em vista a importância do direito que será atingido nos casos em que esse regime de guarda não foi reconhecido. A primeira condição é

quando um dos genitores não tem interesse em ter a guarda dos filhos, por motivos diversos. Mesmo sendo doloroso, não há como se obrigar alguém a cuidar e amar um filho. A segunda condição é a incapacidade de um dos genitores em exercer o poder familiar, sendo que nessa questão se faz necessário que exista uma decretação judicial do fato: um ascendente somente poderá perder ou ter suspenso o seu poder/dever inerente ao poder familiar por meio de uma decisão judicial e somente a partir dessa decisão, ele não mais estará apto a pleitear esse tipo de guarda.

Nos demais casos há que se reconhecer a literalidade do texto da lei, pois todas essas pendengas foram objeto de análise pelo autor do projeto de lei e pelas comissões competentes, quando da elaboração da Lei nº 13.058/2014. Assim, não foram ignorados por ocasião de sua aprovação os conflitos que existiriam na vida real e por isso a questão não é a fixação da guarda compartilhada pelo juízo competente, mas sim a maneira como a guarda compartilhada será fixada: qual a moradia que será a base da prole, se o tempo será dividido igualmente ou se será melhor para as crianças que passem a semana com um dos pais e somente o final de semana com o outro, se deve ser dado a oportunidade da criança se manifestar sobre o assunto no decorrer dos dias.

Que a guarda compartilhada é a guarda a ser adotada, não restam dúvidas. O que será objeto de debate é como ela ocorrerá, uma vez que extrapola a convivência física e se atém também às questões morais e de decisões por parte de ambos os pais. Tudo isso porque quando se cria uma lei, não se pensa nas exceções: pensa-se na regra. E a regra é que todos os ex-cônjuges terão no mínimo a honradez de agir sempre em prol do interesse dos filhos, o que no mínimo fará com que ele não tente colocar o filho contra o pai/mãe. Presume-se que todos agirão com boa fé e voltados à felicidade dos rebentos.

Na pior das hipóteses, caso não se mostre a decisão mais acertada, a guarda pode ser revista a qualquer tempo e existem também os mecanismos de tutela antecipada nas questões do Direito das Famílias. O que não há que se tolerar é que os pais façam com que os filhos se tornem instrumentos de vingança e de manifestação de desamor de um para com o outro.

Outro ponto importante a ser mencionado é que guarda compartilhada não se equivale à guarda alternada (aquela em que o filho precisa dividir o seu tempo entre os genitores e que divide também a responsabilidade parental, sendo que

quando a guarda física está com um genitor, estará com ele também a responsabilidade nas tomadas de decisões pertinentes ao menor) e que essa diferenciação deveria ser mais bem trabalhada pelos ministros da Terceira Turma, pois quando o § 2º do artigo 1.583 da CC/2002 atual diz que na “guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai”, ele acrescenta que é preciso que sejam consideradas as condições fáticas e também o interesse dos filhos. Isso acontece porque na guarda compartilhada não existe uma divisão do poder familiar, pois ele é ininterrupto e de ambos os genitores, o que por sinal facilitaria muito a concessão desse regime, sendo que poderia ser fixada a guarda compartilhada até mesmo em casos mais complexos, desde que se primasse pelo interesse da criança.

Atualmente são muitos os meios que se pode ter acesso à presença, ainda que virtual, do outro. Com isso, os pais teriam a guarda compartilhada, para que ambos decidissem sobre questões corriqueiras da vida do filho, o que por certo contribuiria para prevenir qualquer tipo de responsabilização pelo suposto abandono material ou afetivo dos filhos. E a depender da circunstância a criança teria uma residência como base de moradia, demonstrando assim que o tempo que o filho passa em companhia dos pais não é somente o tempo que se está fisicamente presente, até mesmo porque a presença física não traduz a convivência de qualidade e, por vezes, diálogos mantidos à distância podem ser tão ou mais prazerosos que os que são feitos presencialmente. Dessa maneira, mesmo nos momentos em que um dos genitores esteja longe do filho ele não deixa de ter responsabilidades sobre ele, uma vez que as decisões que a ele interessam precisam ser tomadas pelos pais conjuntamente.

Depreende-se então que existe uma interpretação literal do que dispõe atualmente o artigo 1.583, § 2º do CC/2002, por parte de alguns ministros do STJ, pois ao abrir mão do instituto da guarda compartilhada, perdem a oportunidade de fixar os limites do seu exercício na forma física, proporcionando aos filhos o direito de ver a sua vida cuidada por ambos os pais/mães e perdem ainda a oportunidade de dar eficácia ao argumento que é amplamente por eles utilizado, que é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Portanto, mesmo com toda a boa intenção do legislador ao instituir a Lei nº 13.058/2014, constata-se que o princípio constitucional do artigo 227 da CF/88 é superior à lei da guarda compartilhada e é diretamente aplicado ao caso concreto,

até mesmo nas hipóteses em que não se verifica os casos excepcionados pelos artigos 1.583 e 1.584 do CC/2002.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a leitura de extenso material sobre o tema e também o estudo dos recursos especiais julgados pelo STJ, há que se mencionar que por mais que exista a vontade do legislador ao elaborar uma lei e que ao fazê-la todo um estudo sobre o tema tenha sido realizado, levando-se em consideração diversas situações do cotidiano, imputar-lhe o caráter de obrigatoriedade vai além do razoável, pois aquele que irá aplicá-la possui suas experiências pessoais e suas convicções, sendo que delas não conseguem se afastar totalmente ao fazer a análise dos casos concretos que lhes são submetidos.

É o que aconteceu com a Lei nº 13.058/2014, por meio da qual o legislador buscou impor a guarda compartilhada em todos os casos, com o objetivo de que a criança e o adolescente sejam efetivamente atendidos no princípio basilar sobre todos os assuntos a eles referentes: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Mas o seu intento não foi alcançado, pois conforme se percebe ao final desse trabalho, a sua aplicabilidade não acontece em todos os casos, como queria o legislador ao propor a lei mencionada. Os motivos pelos quais a lei da guarda compartilhada não alcançou o seu objetivo não são possíveis de serem aferidos, mas o que percebe é que existe ainda uma forte resistência por parte de alguns ministros do STJ em atribuir a guarda compartilhada nos casos em que consideram que os litígios entre os pais/mães sejam exacerbados. E assim, diante das dificuldades de relacionamentos que lhes são apresentadas, preferem navegar em um terreno por alguns considerados como seguro, que é a guarda unilateral, ao invés de impor limites aos destemperos de alguns genitores, que usam os filhos como troféus ou como meros instrumentos de vingança, por suas frustrações pessoais e sentimentais.

No mundo ideal todos os pais, casados, ex-casados ou nunca casados, se preocupariam primeiro com o bem-estar de sua prole, deixando para segundo plano os melindres do relacionamento com o outro genitor. Mas a realidade é outra e por isso é preciso entender que cada pessoa traz em si um mundo imprevisível, particular, infinito e que está relacionado com as suas experiências de vida, que podem ter sido menos dolorosas, como nos casos em que existem separações consensuais e acordo sobre questões atinentes aos filhos ou não tão boas, como

nos casos em que existe uma litigância por parte dos genitores, o que pode arruinar a família parental e deixar nos filhos marcas profundas e problemas psicológicos e emocionais grandiosos para serem resolvidos no futuro.

Mas é preciso ressaltar que todo esse universo de sentimentos não deve ser suficiente para tirar dos filhos algo que é de suma importância na sua construção como ser humano, que é o relacionamento com os pais. E são nessas circunstâncias, que possam causar nos operadores do direito certa apreensão sobre a melhor decisão a ser tomada, é que se faz necessária uma percepção mais aprofundada das razões pela quais se buscou a aprovação da lei que é objeto de nosso estudo. Também é necessário que se entenda que a guarda compartilhada foi criada para os filhos, para o seu benefício, e não para o interesse dos pais.

Dessa maneira, mesmo que a concessão da guarda compartilhada possa soar como medida extrema em um determinado momento há que se criar condições para que após a sua implementação, ela possa ser exercida de maneira a atender o que é melhor para o filho. E que se for necessário, que o pai/mãe que lhe cause empecilhos seja devidamente conscientizado, tratado, advertido, tudo isso com o objetivo de que ele entenda que a presença do outro genitor, seja ele biológico ou afetivo traduz um direito fundamental da criança e do adolescente, pois lhe permite ter por perto alguém amado e que pode lhe proporcionar segurança emocional e também psíquica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed.– Salvador: JusPodivm, 2016.

GRISARD, Waldir Filho. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed.– Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2018.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Brasília. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em 01 fev. 2018.

_____. Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 01 fev. 2018.

_____. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em 08 set. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Brasília. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 01 fev. 2018.

_____. Lei nº. 13.058, de 06 de julho de 2014. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. Lei nº. 13.146, de 06 de julho de 2015. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Projeto de Lei nº 6.350, de 2002. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84B379C88D0DEC2F4923AEA490B7D40.proposicoesWebExterno1?codteor=360805&file name=Tramitacao-PL+6350/2002>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Projeto de Lei da Câmara nº 117, de 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115668>>. Acesso em 10 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1654111. Recorrente: C R A B. Recorrido: A L E S. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 29/08/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75089158&num_registro=201603301315&data=20170829&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1654103. Recorrente: M S M B. Recorrido: P M P. Relatora Ministra Nancy Andrigui, DJe de 31/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71874631&num_registro=201602797988&data=20170531&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1591161. Recorrente: R A X P. Recorrido: S A B. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 24/02/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68915900&num_registro=201500489667&data=20170224&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1642311. Recorrente: T C DE M. Recorrido: V G V. Relatora Ministra Nancy Andrigui, DJe de 10/02/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=67908312&tipo=51&nr eq=201602619145&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170210&formato=PDF>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1629994. Recorrente: M B. Recorrido: D G P. Relatora Ministra Nancy Andrigui, DJe de 15/12/2016. Disponível em: <<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=66225565&tipo=51&nreg=201502237840&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161215&formato=PDF>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1626495. Recorrente: K R K. Recorrido: R S F. Relatora Ministra Nancy Andrigui, DJe de 15/09/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65214627&num_registro=201501516182&data=20160930&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, REsp 1605477. Recorrente: C F P. Recorrido: M C K. Relatora Ministra Maria Isabel Galotti, DJe de 12/11/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=62040644&tipo=51&nreg=201600611909&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160627&formato=PDF>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1417868. Recorrente: B A C. Recorrido: L G M e outro. Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 10/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53728986&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1560594. Recorrente: J P L. Recorrido: M DE A L. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 23/02/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57406036&num_registro=201402347550&data=20160301&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1428596. Recorrente: J C G. Recorrido: C G. Relatora Ministra Nancy Andrigui, DJe de 25/06/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35207625&num_registro=201303761729&data=20140625&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, REsp 1196954. Recorrente: V M O. Recorrido: UNIÃO. Relator Ministro Humberto Martins, DJe de 13/03/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33543354&num_registro=201001009180&data=20140313&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma, REsp 1315342. Recorrente: J M C DE A. Recorrido: T R B. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 27/11/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32866933&num_registro=201202277053&data=20131216&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1251000. Recorrente: R R F. Recorrido: A M P J DE S. Relatora Ministra Nancy Andrigui, DJe de 31/08/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 1164547. Recorrente: S L DA C Z. Recorrido: J R P. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 27/06/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11839129&num_registro=200902171102&data=20101112&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, REsp 1147138. Recorrente: G C J e outro. Recorrido: H C L C e outro. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 27/05/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=9309090&tipo=51&nreg=200901256402&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100527&formato=PDF>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 964836. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4726864&tipo=51&nreg=200701510581&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090804&formato=PDF>>. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, REsp 1351325. Recorrente: V DE O DA S. Recorrido: UNIÃO. Relator Ministro Humberto Martins, DJe de 16/12/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202277053&dt_publicacao=16/12/2013>. Acesso em 16 dez.2017.