

OS MITOS E PRÉ-CONCEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Tamine Rocha Horbylon

RESUMO

O trabalho tem como objetivo esclarecer os mitos e pré-conceitos a respeito da guarda compartilhada, esclarecendo alguns pontos relevantes e controversos sobre o tema, como sua distinção com a guarda alternada, se a imposição legal da guarda compartilhada é compatível com o princípio constitucional da proteção integral do menor e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Abordando ainda a guarda compartilhada em face da alienação parental e finalizando com a guarda compartilhada a título de tutela antecipada na adoção unilateral de filho do cônjuge.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família; Guarda Compartilhada; Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

The work aims clarify the myths and pre-concepts about the shared custody, clarifying some points relevant and controversial about the topic, such as your distinction with the alternating custody, if the legal enforcement of shared custody is compatible with the constitutional principle of integral protection of the minor and the principle of the best interest of the child and adolescent. Addressing also the shared custody in the face of alienation parental and ending with shared custody in terms of early guardianship in unilateral adoption of child of the spouse.

KEYWORDS: Family Law; Shared Custody; The Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	GUARDA DOS FILHOS MENORES	8
2.1	Guarda Compartilhada	10
2.2	Guarda Compartilhada e Guarda Alternada	11
3	OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	13
4	GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE EVITAR A ALIENAÇÃO PARENTAL	18
5	GUARDA COMPARTILHADA A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA NA ADOÇÃO	22
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
	REFERÊNCIAS	26

1 INTRODUÇÃO

O direito de família é importantíssimo nos dias atuais, pois vem esclarecendo e resolvendo conflitos familiares. Nesse trabalho, mais especificamente, serão abordadas as relações parentais, isto é, o poder parental entre genitores e prole, com o instituto da guarda dos filhos menores, com a imposição da guarda compartilhada. Nesse sentido surge o questionamento, se a imposição legal da guarda compartilhada é compatível com o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente.

A guarda compartilhada foi regulamentada pela Lei 13.058 de 2014, sendo marcada por sua obrigatoriedade, isto é, deverá ser aplicada sempre que os genitores forem aptos a exercê-las e esses não manifestarem contrariamente.

A referida lei revogou tacitamente a Lei 11.698 de 2008, que previa a aplicação da guarda compartilhada “sempre que possível”, sendo que atualmente a guarda compartilhada é obrigatória, não dando flexibilidade aos magistrados nas decisões que concerne a guarda dos filhos menores.

Essa questão está diretamente ligada ao princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, pois o melhor interesse da criança deve ser respeitado como prioridade, e nesse sentido, a tamanha relevância do tema.

Todavia, esse assunto ainda gera muitas dúvidas e controvérsias do que realmente é a guarda compartilhada, muita das vezes sendo confundida com a guarda alternada. Assim sendo, existe uma grande controvérsia a respeito dessa questão.

A metodologia abordada foi o método dedutivo, isto é, através da dedução extraímos as conclusões deste trabalho. Sendo que o instrumento de pesquisa foi baseado em referências bibliográficas acerca de doutrinas e artigos científicos. Contextualizamos os princípios constitucionais pertinentes ao melhor interesse da criança e do adolescente, bem como os direitos e garantias fundamentais a respeito da guarda dos filhos menores. Ademais, também foram pesquisadas fontes documentais, tais como legislações e jurisprudências acerca do tema.

Além da conceituação da guarda compartilhada e seus pontos distintos dos outros modelos de guarda, podemos analisar tal guarda na alienação parental, como um meio de prevenir e remediar tal síndrome, sendo este um posicionamento de vários doutrinadores, bem como do próprio legislador, ao instituir a Lei 12.318 de 2010 com tal posicionamento.

E por fim, a guarda compartilhada ainda pode ser utilizada na adoção unilateral de filhos do cônjuge, como tutela antecipada, afinal poderá substituir um requisito essencial da adoção, isto é, o estágio de convivência, sendo que nesse período, mesmo antes de julgada procedente a adoção, o cônjuge adotante exercerá sobre o adotando o poder parental, podendo lhe proporcionar todas as benesses da guarda, como se genitor fosse.

2 GUARDA DOS FILHOS MENORES

O Estado com intuito de preservar as novas gerações, através do princípio da paternidade responsável, instituiu aos pais, direitos e deveres em relação aos filhos menores e seus bens, sendo chamado de Poder Familiar pelo Código Civil de 2002 e “Pátrio Poder” pelo antigo Código Civil de 1916.

O Código Civil, em seu artigo 1630 estabelece que: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (BRASIL, 2002). O disposto nesse artigo, trata-se dos “filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos.” (GONÇALVES, 2010, p. 398).

Nessa perspectiva, tem-se que o Poder Familiar se extingue quando o filho completa a maioridade, e em se tratando de incapaz não há o que se falar em Poder Familiar, e sim de Curatela, conforme o artigo 1768 do Código Civil.

Isto posto, necessário se faz indicar as principais características do referido Poder Familiar, sendo ele um *múnus* público, como já dito, o Estado tem o intuito de preservar o futuro dos menores. É irrenunciável, haja vista que os pais não podem renunciá-lo. Trata-se ainda de um direito-dever inalienável ou indelegável, ou seja, não pode transferir tal obrigação a outro, porém no Estatuto da Criança e do Adolescente observa-se a única exceção, que permite tal transferência: “Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta,” (BRASIL, 1990) (GONÇALVES, 2010, P.398).

O Poder Familiar é imprescritível, pois não caduca com o não cumprimento. E é ainda incompatível com a tutela, o que quer dizer que não pode designar um tutor ao menor, salvo nos casos em que os pais forem destituídos ou suspensos do poder familiar. (DINIZ, 2010, p. 566).

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 226, §5º estabelece que: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988). Entende-se que a sociedade conjugal engloba o poder familiar perante os filhos, e assim o Estatuto da Criança e do Adolescente reafirmou em seu artigo 21, que o exercício do poder familiar deverá ser executado de forma igualitária pelo pai e pela mãe, e em caso de discordância deverão recorrer ao judiciário.

Lado outro, entendemos que a guarda é um atributo importantíssimo do poder familiar, englobando “direitos indisponíveis como o de alimentos e o de conviver com o genitor não-

guardião” (MACIEL, 2010, p.95), ao ponto que no artigo 1634, inciso II, do Código Civil, observa-se a guarda como um dos quesitos referentes ao exercício do poder familiar.

Em relação ao estado civil dos pais, não existe vinculação com a obrigação do poder familiar em face dos filhos. Contudo, o exercício do referido poder, em se tratando de pais casados ou que vivem em união estável será originariamente de ambos, denominada como guarda comum ou natural, conforme o artigo 1631 e artigo 1634, inciso II, ambos do Código Civil de 2002.

O divórcio ou a dissolução da união estável, não altera as relações entre os pais e filhos, como preceitua o artigo 1632 do Código Civil, porém, apesar disso, com o fim do relacionamento conjugal, necessário se faz discutir a respeito da guarda dos filhos, de que forma será exercida pelos pais, observando o melhor interesse dos menores.

Insta salientar, que com advento da Emenda Constitucional 66 de 2010, que modificou o artigo 226, §6º da Constituição Federal de 1988, não há mais que se discutir culpa na separação, assim os filhos ficarão com o cônjuge que tenha melhor condições para desempenhar a guarda, independente de culpa na separação.

Os pais poderão acordar no tocante a guarda dos filhos, e se não acordarem, aplicará o artigo 1584, do Código Civil, isto é: “será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, independente de qual guarda for aplicada, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve prevalecer.

Existem normas comuns a serem sempre seguidas por ambos os progenitores, indiferentemente se trate de uma guarda unilateral, alternada, de terceiro ou compartilhada, no plano legal ou físico, e cujo elo está no pressuposto de proteger e respeitar com a absoluta prioridade os superiores interesses dos menores (SIM), como princípio reitor básico na interpretação e aplicação dos direitos dos menores. (MADALENO, MADALENO, 2015, p. 259)

Em regra, deverá ser aplicada a Guarda Compartilhada, salvo se um dos genitores não estiver apto a exercê-la ou declarar expressamente que não a deseja. A guarda compartilhada tem o objetivo de ampliar a convivência dos pais com o filhos, isto é, mesmo tendo uma base de moradia, a criança terá pleno convívio com o outro genitor, devendo o poder de decisão ser conjunto dos genitores.

Ocorrendo uma das hipóteses que afasta a guarda compartilhada, terá a Guarda Unilateral o genitor que tenha melhores condições de exercê-la, tendo o outro a obrigação de supervisionar, conforme o artigo 1583, §5º do Código Civil.

Se nenhum dos genitores tiverem aptidão para exercer a guarda dos filhos, o magistrado, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança, poderá nomear um terceiro apto a exercê-la, a chamada Guarda de Terceiros, observando o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, conforme o artigo 1584, §5º do Código Civil.

Existe ainda, o quarto e último tipo de guarda de filhos menores, a denominada Guarda Alternada, onde a criança fica períodos alternados com os pais, revezando o domicílio da criança, ora com a mãe, ora com pai.

2.1 Guarda Compartilhada

O conceito de Guarda Compartilhada está previsto no artigo 1583, §1º do Código Civil, qual seja: “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto” (BRASIL, 2002).

Sendo assim, a guarda compartilhada tem o objetivo de resguardar o melhor interesse da criança equilibrando o direito de convivência dos pais, isto é, a criança permanece com uma base de moradia, mas o direito de visitas é ampliado. Tem como intuito “privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor.” (GRISARD FILHO, 2000, p.166)

Outro ponto importante da guarda compartilhada, é que as decisões a respeito do filho, serão tomadas por ambos os genitores, assim como ambos são responsáveis pelo menor. Nesse instituto, como a criança permanece com uma residência principal, a obrigação alimentar do outro genitor é perfeitamente aplicável.

Nesse sentido, a guarda compartilhada “é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.” (GRISARD FILHO, 2000, p.111)

A legislação que instituiu tal dispositivo passou por duas recentes modificações, a primeira, em 2008, com a Lei 11.698, já com o objetivo de garantir a convivência equilibrada dos pais, estabeleceu a aplicação da guarda compartilhada sempre que possível. Porém, a expressão “sempre que possível” deixou uma margem de interpretação muito grande e assim não houve êxito no propósito de melhor atender o interesse dos filhos.

Dessarte, o legislador instituiu a Lei 13.058 de 2014, determinando a obrigatoriedade da guarda compartilhada, alterando a redação do seguinte artigo:

Art. 1584, Código Civil:

A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

(...)

§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. (BRASIL, 2002)

Nessa acepção, a guarda compartilhada será obrigatória sempre que ambos os pais estiverem capacitados a exercê-la e não abrirem mão de tal direito.

De outro ponto de vista, a guarda compartilhada além de preservar o direito dos pais perante os filhos, garante aos filhos “o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores.” (GRISARD FILHO, 2000, p.111)

2.2 Guarda Compartilhada e Guarda Alternada

Existe um grande equívoco no tocante a guarda compartilhada e a guarda alternada, tendo em vista que muitos a tratam como sinônimos, fato esse que não condiz com a realidade.

A guarda compartilhada nada mais é do que equilibrar a convivência dos filhos com ambos os pais, observando o melhor interesse da criança, assim o menor deve continuar com apenas uma base de moradia, mas com constante presença dos pais. Diferentemente da guarda alternada, que a criança tem dois domicílios principais, ficando parte do tempo com genitor e parte com outro.

“A guarda conjunta não implica em alternância de convívio” (FARIAS, 2013, p.149), e sim no equilíbrio. Neste instituto “pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda).” (GRISARD FILHO, 2000, p.167-168)

Na guarda compartilhada, o menor terá uma base de moradia, como já dito anteriormente, e fará jus a contribuição alimentar a título de pensão alimentícia, haja vista que

os pais continuam responsáveis pelo seu sustento e o fato de exercer em conjunto o poder parental não isenta o outro genitor da obrigação de alimentar.

Na guarda alternada, o genitor que estiver com o filho assume sozinho os ônus advindos da guarda. Ou seja, enquanto um dos genitores está com o filho, o outro se abstém de responsabilidades em relação ao menor. Tais ônus implicam os direitos e deveres do poder familiar, como os gastos com o filho, não tendo o que se falar nesse instituto em pensão alimentícia.

Esse tipo de guarda também é conhecido como “filho de mochilinha”, ao ponto que ocorre a alternância de lares, alternância essa que pode ser de dias, semanas, meses, períodos escolares, ou até anos. Assim, o guardião detentor da guarda exercerá de forma exclusiva o poder parental enquanto estiver com a criança, alterando inclusive isso.

Esse instituto de guarda não está previsto no ordenamento brasileiro, contudo é aplicado por algumas famílias após a dissolução do vínculo conjugal. É um modelo bastante criticado, não somente no campo jurídico, mas também no campo da psicologia, pois confronta com a rotina e os hábitos necessários ao desenvolvimento de uma criança, que “carecem de uma moradia de referência e precisam viver em um ambiente previsível e estável para possibilitar o sadio e regular desenvolvimento.” (MADALENO, MADALENO, 2015, p. 112)

Para Silvio Neves Baptista, citado por Rafael Madaleno e Rolf Madaleno, “a guarda alternada constitui em verdade uma duplicidade de guardas unilaterais e exclusivas. Isso obriga que os filhos tenham mais de um local para morar sem um ponto de referência.” (2015, p. 113)

Por consequência, entendemos ser um tipo de guarda traumático ao menor, e por isso deve ser evitado, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

3 OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Inicialmente, insta salientar que a obrigatoriedade da guarda compartilhada é uma imposição recente, tendo em vista que a Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, alterou o artigo 1584, §2º do Código Civil de 2002, estabelecendo que a guarda compartilhada deveria ser aplicada sempre que os genitores forem aptos a exercê-la.

Antes dessa alteração legislativa, o artigo 1584, §2º do Código Civil de 2002, era regido pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que trazia a expressão “sempre que possível”, dando um poder discricionário ao magistrado, o que não ocorre com a atual redação, que é marcada pela obrigatoriedade.

A guarda compartilhada, dentre os outros tipos de guarda já mencionados, é a recomendada também no campo da Psicologia, pois os profissionais dessa área entendem ser a forma menos impactante aos pais e filhos diante a dissolução do vínculo conjugal. Nesse sentido, segundo Sílvio Neves Baptista, citado por Cristiano Chaves de Farias:

Do ponto de vista psicológico, a guarda compartilhada oferece a grande vantagem ao filho de suavizar a ruptura decorrente da separação dos pais, conservando os laços existentes entre eles e os filhos, na medida em que os genitores continuam a participar em conjunto da vida deles, tal como faziam antes da dissolução da sociedade conjugal, estável ou concubinária. (2013, p.147-148)

Já em uma visão jurídica, a guarda compartilhada é o instituto que melhor ampara aos princípios constitucionais, princípios esses que garantem o direito dos pais, e claro, dos filhos. Nessa acepção, Conrado Paulino da Rosa, entende que: “há, portanto, um inescandível fundamento constitucional na guarda compartilhada, materializando a proteção integral infante-juvenil.” (2015, p.66)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 4º, juntamente com a Constituição Federal, no artigo 227, preveem expressamente a aplicação do princípio da proteção integral infante-juvenil, estabelecendo absoluta prioridade a esse preceito.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Quando se fala no princípio da proteção integral, Flávio Tartuce entende que: “Essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor ou maior interesse da criança.” (2015, p.22)

Sobre essa ótica, entendemos que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é a garantia que o menor tem que seus interesses sempre serão preservados com a absoluta prioridade que a lei prevê.

Insta salientar que os menores desfrutam de todos os direitos da pessoa humana, mas por terem a qualidade de criança ou adolescente, desfrutam ainda do princípio da proteção integral e do melhor interesse. Essa ponderação está prevista no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 1990)

No que concerne a obrigatoriedade da guarda compartilhada, essa se encontra em perfeita harmonia com o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que, o próprio dispositivo legal impõe limites a obrigatoriedade, não sendo essa absoluta. Assim, a guarda compartilhada somente será obrigatória, se ambos os pais estiverem aptos a exercê-la, bem como se os dois tiverem interesse.

Nesse ponto de vista, Maria Berenice Dias, em seu artigo “Quem pariu que embale”, ensina muito bem, que a nova lei deve sempre estar de acordo com tal princípio constitucional: “Claro que sua concessão não retira do juiz a responsabilidade de preservar o melhor interesse de quem constitucionalmente desfruta da proteção integral.” (2015, p.1)

Sendo assim, a jurisprudência também entende pela preservação do melhor interesse da criança e do adolescente:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELA GENITORA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. PRETENSÃO AVIADA EM RECONVENÇÃO. PROCEDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. 1. Considerando que o estudo social realizado na instrução constatou que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, viável o estabelecimento de seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante. 2. A ausência de consenso entre os pais não

pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ. 3. Fixação como base de moradia a residência da genitora, com manutenção da obrigação alimentar paterna estabelecida na origem e regulamentação do convívio paterno-filial nos termos acordados pelos próprios genitores em audiência, sem prejuízo de ampliação, em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis. 4. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064179195, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 21/05/2015). (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2015, p.1)

Na guarda compartilhada, o menor tem a satisfação do direito de ser atendido, cuidado tanto por seu pai quanto por sua mãe, sem se abster da companhia de nenhum deles (MADALENO, MADALENO, 2015), o que envolve o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O princípio do melhor interesse do menor está previsto em diversas disposições legais, como por exemplo, o artigo 1586 do Código Civil de 2002: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.” (BRASIL, 2002)

Mais uma vez, observamos que a obrigatoriedade da guarda compartilhada é relativa, pois o melhor interesse da criança e do adolescente sempre prevalecerá em qualquer decisão. Levando em consideração que entende-se a guarda compartilhada como o melhor para a criança.

Em concordância e respeito ao melhor interesse do menor, observamos o seguinte acordo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. Mostra-se correta a decisão que indeferiu o pedido de guarda compartilhada, diante da tenra idade da criança. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a filha, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito e, especialmente pela idade da filha, a guarda compartilhada é totalmente descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70064853344, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 19/05/2015). (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2015, p.1)

Por outro lado, a guarda compartilhada também atende os direitos e deveres incumbidos aos pais, pois garante “uma convivência simultânea e concomitante com o lar de ambos dos genitores, partilhando do cotidiano de ambos os lares” (FARIAS, 2013, p. 148). Assim sendo, julgamos que a guarda compartilhada é benéfica, visto que reafirma e garante o exercício de poder parental entre ambos os genitores.

Nessa lógica, a convivência familiar sempre deve preservada, em consonância ao disposto no artigo 1.579, do Código Civil, que determina que “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos” (BRASIL, 2002), tal como “novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo” (BRASIL, 2002), previsto no parágrafo único do artigo 1579 do Código Civil.

Assim, o Tribunal Superior de Justiça também entende desta forma, onde a situação fática dos genitores não deve influenciar na convivência com os filhos, afinal a relação parental não se exclui com o termino da relação conjugal, e sob essa ótica, podemos analisar o acórdão abaixo:

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015, p.1)

Dessa maneira, conclui-se que o melhor interesse da criança sempre terá prioridade, seja no ponto de vista de qual melhor instituto de guarda, seja no ponto que independente da situação conjugal dos genitores, a relação com os filhos não sofrerá qualquer mudança, preceito esse que é reafirmado no artigo 1634 do Código Civil.

4 GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE EVITAR A ALIENAÇÃO PARENTAL

Inicialmente, insta conceituar a alienação parental, definição prevista na Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, sendo tal alienação a intervenção no desenvolvimento da criança ou do adolescente, por parte do guardião, com intuito de desprezar, denegrir o genitor não guardião. “A síndrome da alienação parental é um distúrbio da infância caracterizado pela doutrinação do menor, usualmente por parte do genitor guardião, a fim de alienar o outro progenitor da vida da criança.” (MADALENO, MADALENO, 2015, p. 143)

Art. 2º, Lei 12.318 de 2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

No parágrafo único do respectivo artigo 2º, da Lei de Alienação Parental, vem um rol exemplificativo das formas de alienação parental:

Art. 2º, Lei 12.318 de 2010:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

Em contrapartida, a guarda compartilhada tem a finalidade de equilibrar a convivência dos genitores com a prole, tendo ambos genitores o poder parental sobre a criança, sendo

assim, “iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.” (ROSA, 2015, p. 63).

A guarda compartilhada foi instituída com objetivo de preservar a afetividade com o filho, mesmo após o término do vínculo conjugal entre os genitores, “manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.” (ROSA, 2015, p. 63)

Apesar da criança possuir uma base de moradia, ou seja, uma residência principal, o convívio com ambos os pais é equilibrado, as decisões a respeito da criança são tomadas em conjunto. Nesse sentido, “a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles.” (ROSA, 2015, p. 64)

O compartilhamento da guarda evita o sentimento de posse por parte do genitor guardião, bastante comum na guarda unilateral, e por isso, muitos doutrinadores entendem a guarda compartilhada como meio de evitar a síndrome da alienação parental.

No propósito de prevenir a síndrome da alienação parental ao retirar do guardião unilateral a noção de posse sobre a criança, que se imagina dono do filho e dos pensamentos do infante, diminuindo desta forma o desejo, a tentação e a aberta possibilidade de empoderamento do menor pelo alienador, distanciando-se os atos de alienação parental com a prática de uma relação cotidiana da criança com ambos os pais, gerando a partir de uma convivência mais intensa recordações precisas de bons momentos e impedindo a incrustação de criminosas falsas memórias.” (MADALENO, MADALENO, 2015, p. 145-147)

Além do sentimento de posse, o distanciamento do genitor não guardião pode facilitar a alienação parental, pois o menor acaba associando o pouco convívio, com o sentimento de abandono. Assim, “este afastamento foi sentido pelos filhos como rejeição e sobre eles teve um impacto prejudicial.” (GRISARD FILHO, 2000, p.170)

Com a guarda compartilhada, ambos os pais têm efetiva participação na vida e criação dos filhos, “não ficando um dos pais como mero coadjuvante na criação do filho, ao contribuir apenas com os alimentos tendo como recompensa o direito à visitaçãõ” (ROSA, 2015, p. 65)

Pelo fato de garantir aos filhos a possibilidade de desfrutarem da presença de ambos os genitores e por se constituir no modelo de convivência mais próximo à forma de viver dos filhos, minimizando o medo do abandono, da culpa, e o sentimento de negação e equilibrando o sentimento de lealdade (MADALENO, MADALENO, 2015, p. 179)

A guarda unilateral, com visitas prévias definidas, representa uma limitação ao poder parental, ao ponto que “a guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral representa, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome da alienação parental.” (ROSA, 2015, p. 63-64)

Maria Berenice Dias, nesse sentido, prevê em seu artigo “Quem pariu que embale”: “Além de salutar aos filhos, a lei certamente vai diminuir os pontos de conflito que acompanham as separações, pois não valerá mais as ameaças: o filho é meu; não poderás mais vê-lo; vou tirá-lo de ti...” (2015, p.1)

Dessa forma, o compartilhamento é fator essencial para frustrar episódios de manipulação do menor, afinal, está preservado na lei o exercício efetivo parental, igualando as atribuições de tal poder. Portanto, “mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.” (GRISARD FILHO, 2000, p. 113)

Douglas Phillips Freitas idealiza o compartilhamento obrigatório da guarda, por meio da imposição então de uma convivência equilibrada dos pais em relação a seus filhos comuns, aumentando deste modo a aproximação dos filhos ao genitor que usualmente deles estava distanciado pela fórmula da guarda única, como um meio eficiente de combate à alienação parental, tendo em conta que a superioridade do tempo de permanência do filho como o ascendente genitor, em comparação com os poucos dias de convivência do progenitor visitante. (MADALENO, MADALENO, 2015, p. 145-146)

Isto posto, a própria Lei da Alienação Parental, em seu artigo 6º, prevê instrumentos de evitar, obstar, intimidar a síndrome da alienação parental, sendo que nos incisos II e V, podemos extrair características da guarda compartilhada:

Art. 6º, Lei 12.318 de 2010:

(...)

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

(...)

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; (BRASIL, 2010)

No inciso II, do referido artigo, ao prever “ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado” (BRASIL, 2010), o legislador descreveu o próprio objetivo da guarda compartilhada, isto é, ampliar, equilibrar, igualar a convivência dos genitores com a prole, à vista disto, entendemos que o próprio legislador considera a guarda compartilhada como instrumento de evitar a alienação parental. Nessa lógica, o inciso V vem consolidar tal acepção.

Não obstante, assim como a guarda compartilhada tem como pilares os princípios da proteção integral do menor e do melhor interesse da criança e do adolescente, a Lei da Alienação Parental, também se funda em tais princípios, respeitando a Constituição Federal em seu artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 4º, conseqüentemente, se caso a guarda compartilhada não consiga evitar a desprezível alienação parental, deve-se, ainda que temporariamente, inverter-se o tipo de guarda. Em seqüência, o artigo 7º, da citada lei, determinar que na alteração da guarda, terá primazia o genitor que permitir, auxiliar, proporcionar o convívio da prole com o genitor não guardião, afastando então, a síndrome da alienação parental.

Da mesma maneira que, se tal conduta não for repelida, como medida extrema pode decretar a suspensão do poder parental por parte do alienante, conforme preceitua o inciso VII, do artigo 6º da Lei da Alienação Parental.

5 GUARDA COMPARTILHADA A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA NA ADOÇÃO

Como já dito anteriormente, o princípio do melhor interesse da criança, juntamente como princípio da proteção integral do menor devem ser aplicados com a absoluta prioridade. Sob essa ótica, o interesse da criança deve ser preservado não somente com a família natural, mas também quando estes forem colocados em família substituta, como o caso da adoção.

A adoção está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nos artigos 39 e seguintes, sendo que nesse trabalho, será abordado especificamente quando um cônjuge adota o filho do outro cônjuge.

De acordo com o disposto no artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível o deferimento da adoção em três hipóteses: “com o consentimento dos pais, quando forem desconhecidos, ou tenham os pais sido destituídos do poder familiar” (BRASIL, 1990). Verifica-se que, no caso em análise, o cônjuge genitor deve consentir com a adoção do cônjuge adotante.

Assim sendo, é necessário salientar que nessa hipótese não há que se falar em lide, e sim em um procedimento de jurisdição voluntária, haja vista que existe o consentimento do genitor, como ensina o artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em regra, a adoção tem como requisito um estágio de convivência entre o adotante e o adotando, o que consiste em um lapso temporal onde será analisada, através de um estudo social, a convivência e afinidade entre o adotante e o adotando (artigo 167, Estatuto da Criança e do Adolescente). Todavia, o referido estágio não será obrigatório nos casos em que o adotante já possuir a tutela ou a guarda legal do adotando, por um tempo satisfatório, inteligência do artigo 46, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa lógica, a guarda legal citada acima pode ser utilizada para regularizar a posse de fato já existente, podendo ser concedida liminarmente ou incidentalmente, na tutela e adoção, como ensina o artigo 33, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), ou seja, prevê possibilidade da concessão da guarda de fato para regularização da situação jurídica da criança nos procedimentos de adoção unilateral.

Em se tratando da adoção unilateral por um cônjuge ao filho do outro, presume-se ocorrer a convivência entre o cônjuge adotante e o adotando, e dessa forma é perfeitamente possível a aplicação da guarda compartilhada da criança entre o cônjuge genitor e cônjuge adotante, primeiramente como substituição ao estágio de convivência, e também, a título de tutela antecipada na adoção.

A guarda compartilhada, nesse caso, pode e deve ser aplicada, afinal seu objetivo principal é equilibrar o convívio, sobrepondo o estágio de convivência. À vista disso, proporcionará ao adotando os direitos oriundos da guarda desde já, isto é, prestação de assistência material, moral e educacional, direitos esses proporcionados antes apenas pelo genitor e agora, também pelo cônjuge adotante, conforme o artigo 33, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda compartilhada como tutela antecipada na adoção, respeita o artigo 300, do Código de Processo Civil de 2015, pois nela é evidenciada a probabilidade do direito, *fumus boni iuris*, com concretude da guarda, e posteriormente com a adoção, o menor fruirá de vários benefícios, de cunho patrimonial e afetivo, tendo ainda sua dignidade integralizada, observando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, existe o perigo de dano, *periculum in mora*, afinal está prologando o direito de uma família ao menor, bem como, está cimentando a impossibilidade do menor receber vários benefícios, além de impedir que o adotante auxilie nos deveres inerentes à guarda.

Dessarte, entendemos que a guarda compartilha entre o cônjuge genitor e o cônjuge adotante a título de tutela antecipada na adoção, atenda em excelência o princípio da proteção integral do menor e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, portanto, é possível sua instituição.

Ao se falar em a adoção do filho do outro cônjuge, nesse caso far-se-á uma interpretação extensiva ao verbete cônjuge, devendo abranger tal possibilidade não somente aos cônjuges, mas também aos companheiros, que vivam em união estável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos então que, atualmente, o casamento nem sempre é pré-requisito para se constituir uma família, e nesse sentido, surge a polêmica a respeito dos filhos. A Constituição Federal estabelece que é dever dos pais criar seus filhos, bem como o Código Civil prevê acerca do poder parental, ou seja, os direitos e deveres dos pais perante seus filhos. E diante disso, inicia-se a discussão a respeito da guarda dos filhos menores.

Entendemos existir quatro tipos de guardas que são aplicadas atualmente no Brasil: a guarda compartilhada, onde se procura equilibrar a convivência dos pais perante a prole; a guarda unilateral, sendo exercida por um genitor, onde o outro genitor tem o dever de fiscalizar de que forma está sendo exercida; a guarda de terceiros, quando os pais estão impossibilitados de exercê-la, é possível a concessão da guarda para um terceiro que esteja apto e, por fim, a guarda alternada, onde se alterna o poder parental, sendo que os genitores a exercem de forma exclusiva e alternada.

Com advento da Lei 13.058 de 2014, em regra, deve-se aplicar a guarda compartilhada, isto é, o tempo de convívio da criança deve ser feita de forma equilibrada com os genitores, tendo a criança uma base de moradia, mas a convivência com os genitores de forma ampliada. Todavia, isso não significa que a guarda deva ser alternada, sendo coisas totalmente diversas, a guarda compartilhada os genitores exercem juntamente à guarda do menor, ao ponto que, na guarda alternada, exercem isoladamente.

Na guarda compartilhada o menor permanece com uma base de moradia, devendo o genitor que não tenha sua casa como base, prestar-lhe pensão alimentícia. Contudo, o direito de convivência deve ser ampliado e as decisões sobre o menor deverão ser tomadas pelos dois genitores.

A aplicação da guarda compartilhada deverá sempre estar em consonância com o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, seja pela hierarquia legislativa, seja pela proteção do menor. Da mesma forma que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que sua obrigatoriedade será condicionada a aptidão dos pais a exercê-la e desde que os pais não abram mão de tal prerrogativa.

Outro objetivo da guarda compartilhada, é evitar a alienação parental, pois com o direito de convivência equilibrado e o direito de decisão na vida dos filhos, ambos os pais se fazem presentes na vida dos filhos, afastando a visão de ter apenas um dos pais.

A guarda compartilhada poderá ser aplicada ainda, no caso de adoção unilateral de filho do cônjuge, isto é, o direito de criar aqueles que não sejam seus filhos biológicos, sendo

a guarda compartilhada instituto de tutela antecipada na adoção. Assim, mesmo que não seja genitor do menor, enquanto não for julgado o processo de adoção, o adotante poderá exercer poder parental perante a criança juntamente com o outro genitor.

Dessa forma, entendemos que a imposição da guarda compartilhada, bem como seu instituto, na alienação parental e na adoção, estão em perfeita harmonia com os princípios constitucionais que versam sobre as crianças e os adolescentes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 dez. 2015.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Vade Mecum Saraiva, 13^a ed. atualizada e ampliada. Saraiva, 2012.
- _____. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.** Vade Mecum Saraiva, 13^a ed. atualizada e ampliada. Saraiva, 2012.
- _____. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Vade Mecum Saraiva, 13^a ed. atualizada e ampliada. Saraiva, 2012.
- _____. **Lei nº. 11.698, de 13 de Junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm Acesso em: 07 dez. 2015.
- _____. **Lei nº.12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm Acesso em: 07 dez. 2015.
- _____. **Lei nº. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os art. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 07 dez. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1428596 RS 2013/0376172-9. Relator: Ministra Nancy Andrigh. **Diário de Justiça.** Brasília, 25 jun. 2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj> Acesso em: 07 dez. 2015.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, DISTRITO FEDERAL, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- DIAS, **Manual de Direito das Famílias.** 8^o ed. Ver. Atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.
- _____. **Quem Pariu que embale!** Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/quem_pariu_que_embale%28%29.pdf Acesso em: 07 dez. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito e Processo das Famílias - Novidades e Polêmicas**. 2. ed. Salvador: Juspodivim, 2013. p. 245.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – volume 6 – Direito de Família**. 7 Ed. São Paulo Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada - Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2000.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al (Org.). **Curso de Direito Da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada - Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

MADALENO, Rolf Hanssen. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais**. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). *Direitos Fundamentos do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 70064853344. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS, 19 de janeiro de 2015. **Diário da Justiça**. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191279283/agravo-de-instrumento-ai-70064853344-rs> Acesso em: 07 dez. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 70064179195. Porto Alegre, RS, 21 de janeiro de 2015. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, 27 maio 2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192179040/apelacao-civel-ac-70064179195-rs>>. Acesso em: 07 dez 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSENVOLD, Nelson. **Autonomia Privada e Guarda Compartilhada**. Disponível em https://bay172.mail.live.com/mail/ViewOfficePreview.aspx?messageid=mgUe_6-3Ja5RGPYgAiZMIIRg2&folderid=flinbox&attindex=1&cp=-1&attdepth=1&n=40633881 Acesso em: 07 dez. 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?id=312> Acesso em: 07 dez. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.