



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA

**POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE A COMPLEXIDADE DA  
GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR  
INTERESSE**

ORIENTANDO (A) – HABIA SAMPAIO ASSIS

ORIENTADOR (A) - PROF. (A) JOSÉ EDUARDO BARBIERE

GOIÂNIA

2021



**HABIA SAMPAIO ASSIS**

**POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE A COMPLEXIDADE DA  
GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR  
INTERESSE**

A Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicações, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).  
Prof. (a) Orientador (a): JOSÉ EDUARDO BARBIERE

GOIÂNIA  
2021



**HABIA SAMPAIO ASSIS**

**POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE A COMPLEXIDADE DA  
GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR  
INTERESSE**

Data da Defesa: 04 de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Barbieri

Nota:

---

Examinador Convidado: Prof<sup>a</sup>. Godameyr Alves P. De Calvares

Nota:



## Dedicatória

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em tudo que eu faço, ao meu pai José Dos Santos Assis que me guia por toda trajetória da minha vida e que sempre me incentivou a estudar, a minha mãe Marinalva Sampaio Assis por ser o meu suporte sempre que desanimei e por suas orações, as minhas irmãs por sempre me motivarem e me mostrarem a realidade da vida.



## Agradecimentos

A todos os professores que se fizeram presente nessa trajetória de estudos e em especial ao meu professor e orientador José Eduardo Barbieri por ter segurado em minha mão durante dois semestres de realização deste trabalho, aos meus amigos e ao meu namorado que me auxiliaram durante a execução do presente.

## **Sumário**

RESUMO:.....	7
Palavras-chave: .....	7
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1. COMPREENDER A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. ELEMENTOS QUE NORTEIAM AS RESPONSABILIDADES DOS PAIS NA GUARDA COMPARTILHADA.....</b>	<b>21</b>
<b>3. ANALISAR O POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE A COMPLEXIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE.....</b>	<b>31</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>39</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....</b>	<b>43</b>

## RESUMO

A presente monografia jurídica analisou o posicionamento do STJ sobre a complexidade da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse, onde visou à compreensão da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista, que o direito de família passou por diversas modificações e sendo essa guarda, considerada a melhor modalidade já prevista na legislação atual. Este trabalho, também expôs os elementos norteadores referentes às reponsabilidades dos pais nesta modalidade de guarda, a qual é essencial ser estudada quando se trata de guarda compartilhada, bem como, expôs o entendimento jurisprudencial e doutrinário referente ao tema abordado, principalmente quando se tratou do princípio do melhor interesse.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, família, criança, adolescente, legislação.

## INTRODUÇÃO

O direito de família passou a ter mais importância com a Constituição Federal de 1988, quando passaram vinte anos da longa trajetória do projeto de Lei n. 634/1975 do Código Civil brasileiro o qual resultou em inúmeras transformações ao poder familiar, assim, com a Constituição Federal de 1988 o legislador reuniu os valores que já estavam consolidados, ou seja, ampliou o conceito de família, e trouxe uma proteção igualitária entre os indivíduos que a compõe.

Apesar de essas ampliações terem facilitado em alguns casos práticos, tem também prejudicado as relações familiares, ficando a criança muitas vezes esquecida, ou deixadas em segundo plano pelos pais.

Nesse diapasão, o legislador trouxe a autonomia para o Pai e a Mãe de como administrar a relação familiar com os filhos, principalmente quando diz respeito à separação/divórcio, porém, o maior problema nessa administração é de como regulamentar a guarda, com quem a criança vai ficar e com quem ela pode ficar.

Daí surgem diversas questões a serem analisadas e pontuadas, nesse sentido, na maioria dos casos se faz necessário à intermediação do Estado para com a família, a fim de trazer maior proteção e propiciar uma melhor condição de vida a criança e ao adolescente em conflito.

Destaca-se que a relação da criança, do adolescente e do jovem com a sua família é direito assegurado pelo artigo 227 da CF/88, com absoluta prioridade, e é tido como direito fundamental da criança e do adolescente, sendo indispensável para a construção de sua personalidade.

Isso posto, fica claro a relação do direito da criança e do adolescente para com a complexidade da guarda compartilhada, não bastando apenas observar a melhor situação e a melhor circunstância dos pais, mas tendo que estudar as melhores condições da criança, e saber se essas condições para o menor, serão de fato cumprida pelos próprios pais.

Destaca-se a relevância do estudo para melhor esclarecer sobre a responsabilidade dos pais com os filhos quando o casamento chega ao fim, ou quando nem sequer foi constituído casamento, pois conforme exposto, esse deixou de ser um requisito para formação da família, o que não altera a responsabilidade dos pais, e como o estado poderá auxiliar nessa relação familiar, busca também expor como tem sido as decisões sobre o tema da guarda compartilhada, e qual o

entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do princípio que rege as decisões nos Tribunais.

Atualmente o tema que tem prevalecido e ajudado os julgadores a solucionarem esses conflitos causados nas famílias monoparentais, principalmente aquelas causadas por divórcio, é a utilização das espécies de guarda, e a mais utilizada é a guarda compartilhada, pois ela é uma espécie que se tornou uma regra perante o Código Civil, visto que, se não houver acordo o juiz é quem fixará a guarda, essa regra só não irá prevalecer caso um dos genitores não tiver aptidão para exercer a guarda ou um deles manifestar o não interesse perante a guarda.

Porém, quando a decisão passa a ser do juiz, entra um cuidado maior ao analisar o caso concreto, e essa é a vertente principal cujo trabalho realizado visa abordar, principalmente no âmbito do exercício da guarda bem como as responsabilidades dos genitores para com o menor.

Nos casos fáticos, sabe-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem um peso enorme nas decisões dos Tribunais, visto que este é amparado por lei e já é pacificado no STJ, porém, o que pouco se sabe é como é a aplicação deste princípio e se ele está realmente consolidado nos casos de guarda compartilhada e como funciona a complexidade dessa guarda.

Do delineamento do princípio do melhor interesse de acordo com Akel (2008, p. 126), conforme citado por Gonçalves (2012, p. 245), “Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo”.

É sobre as dúvidas e sobre a guarda compartilhada e a relação entre o princípio do melhor interesse, que aqui se faz necessário expor, estudar e analisar diante da trajetória do Direito de família, das atualizações na legislação que surgem de acordo com a evolução da sociedade nas relações familiares atuais, e como tem sido consolidado os elementos norteadores para a responsabilidade dos pais com os filhos na guarda compartilhada, visando assim, auxiliar os estudantes do direito de família e os ajudar a melhor entender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em conjunto com a guarda compartilhada nos casos práticos, em especial nas decisões perante o STJ.

Dessa forma, é de suma importância entender como esse princípio tem auxiliado os julgadores, e quais os entendimentos jurisprudenciais e a sua

importância na prática, como também a tamanha complexidade da guarda compartilhada e em quais pontos pode-se verificar esta.

## **1. Compreender a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.**

Diante da grande evolução que se teve e ainda tem no âmbito do direito de família, principalmente quando se fala nas famílias monoparentais, tem-se que não é mais necessário à figura de um pai e uma mãe para a configuração da família, basta apenas ter um pai e um filho ou uma mãe e um filho, essas são as modalidades de família que mais temos nos dias atuais, é por isso que se faz necessário expor como é feita a regulamentação dessa formação familiar, de filhos com os pais separados.

O direito de família passou a ter mais importância com a Constituição Federal de 1988, quando passados vinte anos da longa trajetória do projeto de Lei n. 634/1975 do Código Civil brasileiro o qual resultou em inúmeras transformações ao poder familiar, assim, juntamente com a Constituição Federal de 1988 o legislador reuniu os valores que já estavam consolidados, ou seja, ampliou o conceito de família, e trouxe uma proteção igualitária entre os indivíduos que a compõe.

O modelo clássico de família definido nas leis passadas, era considerado como uma forma hierárquica, onde o Pai era o chefe da família, e a Mãe era colocada em segundo lugar, pois era considerada relativamente como uma pessoa incapaz.

Além do exposto, nos mostra os autores Pamplona Filho (2019, p. 82) que apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas. O matrimônio, influenciado pelo sistema do Direito Canônico, era indissolúvel. Vínculos havidos fora do modelo formal estatal eram relegados à margem da sociedade, sendo que os filhos eventualmente nascidos dessas relações eram considerados ilegítimos e todas as referências legais, nesse sentido, visivelmente discriminatórias, com a finalidade de não reconhecimento de direitos.

Contudo, as famílias passaram a se modernizarem e a evoluírem, e se fez necessário que a legislação modificasse, não apenas para satisfazer a vontade das formações familiares, mas para protegê-las, ampliarem e também redireciona-las diante de tais evoluções.

Nesse sentido, menciona Madaleno (2018, p. 43), que a Constituição Federal de 1988 realizou a primeira e verdadeira grande revolução em relação ao Direito de Família brasileiro, surgindo através de três tópicos: a) A família criada por várias formas de constituição e que é chamada por família plural (ex.: o casamento,

a união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade na filiação entre pais perante a lei que antes era cheia de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.

No mesmo sentido, expõe Gonçalves (2012, p. 29), afirmando que a Carta Magna ampliou o conceito de família, passando a incluir as relações monoparentais, a figura de um pai com seus filhos. Esse novo conceito de família acabou afastando a ideia de que, para se formar uma família é preciso do casamento. Com essa mudança, não se faz mais necessário à configuração de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a propagação.

Ainda sobre a ampliação, afirma Guilherme Calmon Nogueira Da Gama (2003, p.520) mencionado pelos autores Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 82) de acordo com as modificações da Constituição Federal, as relações familiares, passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica na defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior.

Em continuidade, a dignidade da pessoa humana, colocada principal no ordenamento jurídico, encontra na família o um lugar popicio para o ser desenvolvida, daí a ordem constitucional direcionada ao Estado no sentido de entregar uma efetiva proteção à família, seja qual for a sua espécie.

Ainda, se propõe através da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais importate entre os familiares, os quais sejam: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, dando espaço ao total desenvolvimento pessoal e social de cada integrante familiar, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Dessa forma, resta claro a percepção do conceito de família, diante da necessária evolução no âmbito familiar, tendo como consequência as ampliações na legislação.

Assim, nos ensina Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 647) dessa maneira, é perceptível, que, em virtude do processo de constitucionalização por que passou o Direito Civil nos últimos anos, o papel a ser desempenhado pela família ficou mais nítido, podendo-se, inclusive, concluir pela ocorrência de uma inafastável repersonalização. Vale dizer, não mais a (hipócrita) tentativa de estabilização matrimonial a todo custo, mas sim a própria pessoa humana, em sua dimensão existencial e familiar, passaria a ser a especial destinatária das normas de Direito de Família. A família deve existir em função dos seus membros, e não o contrário.

Cardoso leciona (2004, p. 91), que no início do século XXI ergueu-se no sistema jurídico brasileiro um divisor de águas. A Constituição Federal de 1988 avança como resposta social às necessidades dos indivíduos, até então excluídos da tutela jurídica. A família permanece como base de sociedade civil, merecendo especial proteção estatal, todavia altera sua essência, devendo apresentar-se de modo convergente com o Estado Social Democrático, tendo como princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana.

Percebemos a importância e o grande reflexo da Constituição Federal de 1988 para com a família, dando o ponto inicial para o surgimento da guarda compartilhada. Quando se fala em “ponto inicial” quer dizer que a CF/88 trouxe um amparo maior ampliando e se adequando as necessidades das famílias brasileiras, e trazendo um amplo amparo a elas. Fazendo assim, a necessidade de assegurar ainda mais a prole, através dessa modalidade de guarda, a qual hoje é amparada especificamente no Código Civil.

Dessa forma, vejamos a disposição de Poter e Nickel, afirmam que a guarda compartilhada é:

O conjunto de deveres ordenados juridicamente e impostos aos pais em relação às pessoas e bens dos filhos integram a guarda. A doutrina considera a guarda de duas formas:

“- guarda jurídica – constitui-se nas relações de caráter pessoal surgidos do poder familiar; – guarda física – caracteriza-se pela ideia de posse, custódia”. A guarda compartilhada surgiu com a árdua tarefa de reequilibrar os papéis parentais, uma vez que a sociedade encontra-se insatisfeita com o modo como esta sendo deferido a guarda nos tribunais.

Poter, Helena Nickel. Nickel, Cristiano Poter, 01.08.2016, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/guarda-compartilhada/> acesso em 30 de maio de 2021.

Sobre o contexto dessas vertentes de guarda, ensina Madaleno (2020, p.760) à guarda compartilhada encontrou duas vertentes, uma que pode ser chamada de guarda compartilhada legal ou jurídica, da antiga e vigente Lei n. 11.698/2008, e a guarda compartilhada física, de pura posse física da prole, esta, criada pela Lei n. 13.058/2014. A guarda de filhos no seu sentido jurídico, em princípio, está representada pela convivência da prole, com os pais sob o mesmo teto, ambos atendendo com o dever de assistência material e psicológica necessários à subsistência material e ao desenvolvimento psíquico dos filhos, até que eles alcancem a plenitude da sua capacidade civil.

Vejamos então, que guarda compartilhada é uma inovação no direito civil, vale lembrar que antes de sua aprovação tinham muitas reclamações por não ter uma lei que tratasse a respeito. Porém, essas reclamações foram atendidas com aprovação da Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, e posteriormente com as

alterações significativas trazidas pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, tal lei veio para modificar a redação dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, todos do Código Civil, artigos os quais passaram a mencionar e apresentar sobre a guarda compartilhada.

A lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008 veio para suprir a necessidade, a carência que tínhamos na aplicação perante a guarda dos filhos. Vejamos que essas ampliações na legislação vieram justamente para proteger a prole, como também para buscar aplicar o que de fato é o mais importante no âmbito familiar, proteger e amparar tanto os pais como os filhos.

Importa destacar, que mesmo antes da regulamentação da guarda compartilhada, essa já era o entendimento de muitos doutrinadores e juízes, por mais que não havia amparo legal ela também não era proibida.

Assim, vejamos sobre o conceito de guarda compartilhada, temos o entendimento doutrinário de Filho (2000, p. 111), menciona que essa modalidade de guarda é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor, pessoas residentes em locais separados.

A guarda compartilhada é ainda conceituada por Carbonera (2000, p. 64), expõe que é o instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Ainda afirma Filho, (2000. p 147), alega que, os filhos devem passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, a residência continua sendo única.

Em relação aos avanços e ampliações no direito de família, há de ponderar a realidade, a qual, hoje existe diversas famílias separadas, ou seja, pais e mães que tem filhos e que, por algum motivo, não tem mais o vínculo conjugal. É esse ponto que vamos estudar o dever dos pais com seus filhos perante a dissolução conjugal.

Ainda expondo sobre as evoluções na legislação do direito familiar, vale destacar e aprofundar o avanço que surgiu para essa família moderna, a chamada guarda compartilhada, a qual chegou para complementar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil.

Ensina Diniz (2012, p. 1.153) que a guarda compartilhada está amparada nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, e é considerada como uma forma de

aplicação do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, e busca garantir a proteção dos filhos, noutra giro, é também o exercício de direitos e deveres pertinentes ao poder familiar.

Assim, o código civil nos traz várias disposições a respeito do tema aqui apresentado, com a finalidade de redirecionar os aplicadores da lei, regulamentar o que deve ser feito diante de uma separação conjugal quando se tem filhos, e principalmente expor o dever dos pais e o dever da família perante essa situação.

Insta salientar, que cada caso é um caso. Diante da atualidade, temos vários casos de separação/divórcio com conflitos no momento de regulamentar a guarda do menor, mas já temos também outros casos em que tudo é feito de forma consensual, os pais observam qual será a melhor condição para a criança e assim entram em um acordo de como ela deverá ficar.

Foi diante das evoluções das famílias ao decorrer dos tempos, e com essas situações, que o legislador ao perceber que há conflitos e que são de difíceis soluções e harmonização entre o casal, que hoje temos tais disposições regulamentadas no Código Civil.

Conforme o entendimento de Diniz (2002, p.503) guarda compartilhada é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato.

Dessa análise, nas disposições contidas no Código Civil, insta saber que os pais são titulares do poder familiar, tendo direito a ter seus filhos com eles, assim, podem e devem instruir na educação e formação de sua família, desde a formação pessoal, até a moral, o que é certo e o que é errado.

O autor Madaleno (2018, p. 412), dispõe que, quando há o rompimento conjugal, seja pela separação ou pelo divórcio consensual, ou ainda, pela dissolução de união estável ou medida provisória, leciona o artigo 1.584, inciso I, do Código Civil, sobre como os filhos deverão ficar nesta situação. Tal artigo trás o entendimento que essa situação deve ser analisada pelos pais os quais deverão entrar em acordo sobre a guarda dos filhos.

Em continuação a essa linha de entendimento dispõe o autor Gonçalves (2012, p. 206) utilizando da interpretação dos artigos 1.574, parágrafo único, e 1.590 ambos do Código Civil, assim, sobre a separação consensual, quando os pais consentirem sobre a guarda dos filhos, esse acordo será observado pelo juiz e cabe a ele homologar ou recusar a homologação e ainda, não decretar a separação, se por algum motivo ele observar que os interesses dos filhos menores e dos maiores

inválidos não estão preservados. Dispõe ainda o Código Civil em seu artigo 1.583, § 2º, que já nos casos de separação judicial litigiosa, a qual foi declarada com fundamento na grave infração dos deveres conjugais que torne insuportável a vida comum, caso em que não tenha acordo na guarda dos filhos, a guarda então será atribuída a aquele cônjuge que apresentar melhores condições para exercê-la.

Assim, verifica-se que os pais não acordando sobre a guarda, essa deverá ser levada ao juiz para que ele observe as melhores condições para a criança, e então fixar a guarda. E mesmo que os pais entrem em acordo, ainda caberá ao juiz à homologação, e sempre será requisito o melhor interesse dos filhos.

Nesse sentido, vale ressaltar ainda, que principalmente antigamente, as mães sempre eram as mais favorecidas com a guarda dos filhos, pois o pai nem sempre era visto como uma figura de referência e de tão importante para o menor.

Ensina Madaleno (2020, p. 764) historicamente, a guarda dos filhos na hipótese de separação dos pais foi considerada como custódia individual, maciçamente outorgada à mãe, salvo raras e graves exceções capazes de afetar os interesses do menor. A preferência em favor da mãe para continuar com a custódia dos filhos na separação dos pais era tida como razoável para o contexto social e familiar existente em um período em que a mulher não trabalhava e costumava ter tempo para poder se dedicar inteiramente ao lar e aos filhos, sendo deferida ao pai a faculdade de visitar seus filhos.

Porém, a legislação tem mudado cada vez mais, vejamos o ilustre entendimento de Coelho (2012, p. 242) afirma que, a concepção, que por muito tempo vagou pelos feitos de separação e divórcio, de que a mãe estaria naturalmente inclinada a exercer melhor a guarda dos filhos do que o pai é puro machismo. Não existe essa inclinação natural. Sua difusão atendia mais à necessidade de explicar o confortável distanciamento dos pais como uma exigência da natureza humana, do que aos interesses dos filhos. Homens e mulheres estão igualmente aptos a cuidar da descendência. Apenas nos primeiros meses de vida do filho, enquanto é amamentado, pode-se cogitar da maior importância da presença materna.

Sobre a culpa a separação dos cônjuges, preleciona Madaleno (2020, p. 761) que jamais poderia subsistir como substrato único da guarda dos filhos apenas a noção de culpa ou inocência conjugal, quando, sabidamente, a culpa não é causa, mas efeito de uma relação problemática, mas sem correlação direta com a custódia dos descendentes, a não ser que os fatos motivadores da separação atingissem

diretamente os interesses dos filhos, como a sua saúde física e mental, em cuja hipótese a causa seria apenas investigada para efeito de apurar os relevantes interesses dos filhos, mas nunca endereçados às subjetivas dissensões e resoluções afetivas de seus pais.

Conforme explana os autores e o próprio Código Civil, antes no artigo 10 da Lei do divórcio os filhos menores ficariam com o cônjuge que a ela não houver dado a causa, além dos casos práticos e atuais, em que, na maioria das vezes a mãe era a beneficiária da guarda do menor, não por questão da legislação ou por de fato fazer jus a essa, e sim por puro “machismo”, onde a mãe é que tem que cuidar dos filhos, quando na verdade ambos estão lado a lado na responsabilidade de cuidar e de poder ter a guarda dos menores.

Já na legislação vigente, se extrai a seguinte explicação, por mais que a mãe seja considerada culpada pela separação, o juiz poderá deferir-lhe a guarda dos filhos menores, caso esteja comprovado que o pai não tenha condições de cuidar bem deles.

Além disso, a Constituição Federal em seu artigo 5º menciona a ampla igualdade entre homem e mulher. Ou seja, os pais têm entre si os mesmos deveres familiares, estando juntos ou separados.

Leciona o doutrinador Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 647), se não há razão fundada no resguardo do interesse existencial da criança ou do adolescente, o cônjuge que apresentar melhores condições morais e psicológicas poderá deter a sua guarda, independente da aferição da culpa no fim da relação conjugal.

Afirma também Venosa (2017, p. 191), inicialmente há que se pontuar que cabe em princípio, aos pais dispor e acertar sobre a guarda dos filhos, sua forma de convivência, educação, convívio familiar etc. Nem sempre isso é possível de ser obtido harmoniosamente, mormente quando os casais que se separam usam os filhos menores como escudo e justificativas para suas dissidências. A intervenção judicial somente deve suprir com suas decisões quando falta bom senso aos pais.

Não é sobre quem decidiu separar, ou qual deles é inocente ou não, é sobre quem tem mais condições de cuidar dos filhos, e de exercer de fato, a guarda dos menores, os quais os interesses devem ser colocados em primeiro lugar. Essa dificuldade dos pais decidirem sobre a guarda, harmoniosamente, acaba retardando o processo de quem tem o poder de exercê-la, então, conforme o entendimento do autor acima mencionado será necessário o Estado intervir.

Nesse sentido, o autor Venosa (2017, p. 191) nos trás o entendimento que sempre sustentamos, que não há necessidade de que o legislador desça a minúcias nessa matéria. Por isso se afirma que o fundamental nessa área é a ampla margem de decisão relegada aos conciliadores e ao juiz e que o legislador não deve contemplar parâmetros de forma estrita. O caso concreto deve sempre nortear a solução. Houve por bem o legislador, no entanto, introduzir esses dois artigos em matéria que, de fato, já vinha de há muito sendo aplicada pelos tribunais. Não havia necessidade premente de texto expresso para que o juiz harmonizasse a convivência de filhos e pais separados, aplicando essa denominada guarda compartilhada, ainda que não se utilizasse dessa denominação. Outros dispositivos legais, porém, foram acrescentados pela Lei n o 13.058/2014.

Diante dos conflitos causados pelos pais no momento de regulamentar a guarda dos filhos, se fez necessário não apenas a intervenção do Estado, mas também a criação desse novo instituto chamado de guarda compartilhada, a qual veio também para auxiliar os conciliadores e julgadores desses conflitos.

Dispõe Venosa (2017, p. 192) que o instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuição ao pai e à mãe concomitantemente. Essa modalidade de guarda dita compartilhada não se torna possível, de forma ampla, quando os pais se apresentam em estado de beligerância, ou quando residem distantes um do outro. Essa solução dependerá da análise minuciosa do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fricção que reina entre eles após a separação.

A guarda compartilhada traz as melhores condições para os menores. Vejamos o entendimento de Venosa (2017, p. 192) que expõe sobre a guarda compartilhada de forma clara, e afirma que a ideia é fazer com que pais apartados, separados a qualquer título, compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

Assism, expõe Michelle Amaral e Thanabi Bellenzier:

O ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais certos deveres, em virtude do exercício do poder familiar. A Constituição Federal, em seu art. 227, atribui à família o dever de educar, bem como o dever de convivência e o respeito à dignidade dos filhos, devendo esta, sempre primar pelo desenvolvimento saudável do menor. No mesmo sentido, o art. 229 da CF/88 atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil brasileiro evidenciam a existência de deveres intrínsecos aos poder familiar, conferindo aos pais, obrigações não somente do ponto de vista material, mas especialmente, afetivas, morais e psíquicas. Nesse sentido o artigo 3º do ECA preceitua que toda criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No mesmo sentido O Código Civil, em seu artigo 1.634, impõe como deveres conjugais, o sustento, criação, guarda, companhia e educação dos filhos (1.566, IV).

Dill, Michele Amaral. Calderan. Thanabi Bellenzier, 17.01.2011, disponível em:

[https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+#:~:text=229%20da%20CF%2F88%20atribui,criar%20e%20educar%20os%20filhos.&text=No%20mesmo%20sentido%20O%20C%C3%B3digo,filhos%20\(1.566%2C%20IV\).](https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+#:~:text=229%20da%20CF%2F88%20atribui,criar%20e%20educar%20os%20filhos.&text=No%20mesmo%20sentido%20O%20C%C3%B3digo,filhos%20(1.566%2C%20IV).>)> acesso em 17 de maio de 2021.

Dessa forma, a Lei maior expõe de forma geral deveres para a família, mas traz de forma clara e objetiva que os pais sempre serão responsáveis por seus filhos.

Ainda nesse sentido, Venosa (2017, p.193) afirma que não resta dúvida de que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e na formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra faceta do direito de visita, que poderá ficar elástico quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada.

Nesse exposto, vejamos ainda o entendimento de Michelle Amaral e Thanabi Bellenzier:

A convivência efetiva dos filhos com os pais, mesmo após a ruptura da relação conjugal, é direito fundamental. Necessária para que a criança se desenvolva de forma saudável. A proteção ao direito à convivência familiar está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos. 4º, *caput* e 19 a 52, com especial proteção na Constituição Federal em seu artigo 227. Desta forma, a legislação prevê que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, entre outros, o direito à dignidade e à convivência familiar e comunitária.

Dill, Michele Amaral. Calderan. Thanabi Bellenzier, 17.01.2011, disponível em:

[https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+#:~:text=229%20da%20CF%2F88%20atribui,criar%20e%20educar%20os%20filhos.&text=No%20mesmo%20sentido%20O%20C%C3%B3digo,filhos%20\(1.566%2C%20IV\).](https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+#:~:text=229%20da%20CF%2F88%20atribui,criar%20e%20educar%20os%20filhos.&text=No%20mesmo%20sentido%20O%20C%C3%B3digo,filhos%20(1.566%2C%20IV).>)> acesso em 17 de maio de 2021.

Ou seja, conforme a constituição Federal o Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentaremos também o Código Civil, tais legislações nos mostram que é dever da família, e até do poder público, resguardar os direitos fundamentais da criança.

Sobre os pais se fazerem presentes na vida dos filhos menores expõe o Código Civil em seu artigo 384:

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

**I. Dirigir-lhes a criação e educação.**

**II. Tê-los em sua companhia e guarda.**

Sobre os deveres dos pais, o Estatuto da Criança e do Adolescente leciona que:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Também estabelece a Constituição Federal em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desse exposto, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seus artigos a melhor forma para manter a convivência da criança com os pais, para que essa não fique desamparada. Assim é de perceber que uma legislação completa a outra, ambas estabelecendo sobre o dever da família e o principal, a seguridade da criança.

Como bem analisado, é nítido que a lei em todo o momento está amparando a criança, lembrando os pais de seus deveres. Como já mencionados aqui, rememoram-se novamente, aos pais incumbe o dever de cuidar dos seus filhos, mesmo que não haja o vínculo conjugal, cabe então o dever de se fazer presente na vida das crianças, de terem, para com seus filhos a afetividade, ou seja, carinho, amor cuidado, fornecer-lhes educação, saúde e lazer.

Infelizmente alguns desses deveres não têm como a legislação impor, mas ela tenta ao máximo resguardar para que a criança não fique desamparada. Por isso a necessidade da guarda compartilhada, a qual veio para fortalecer essa teoria de que a criança precisa de amparo seja qual for à necessidade dos pais.

Assim ensina Dias (2010, p. 436) o maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez nascer à guarda conjunta ou compartilhada, que

assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugal.

Continua expondo ainda Dias (2010, p. 436) é o modo de garantir, de forma efetiva, a co-responsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não d a espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

Desse exposto, percebe-se a importância da Legisla o ter se atualizado e evoluído em prol da família, a qual necessita de amparo e imposi es legais, tais mudanças vieram principalmente para atender as necessidades da sociedade.

Hoje, se pode observar a imprescindibilidade desse instituto de guarda na realidade do povo brasileiro, onde há as modalidades de divorcio/separa o e união estável, onde a criança fica mais vulnerável perante esses casos.

Dessa forma, sempre visando o bem da criança e do adolescente, a guarda compartilhada tem o papel de conservar os deveres dos pais para com os filhos, sem ser necessário que eles vivam juntos sob o mesmo teto, ou seja, ela pretende alcançar a efetividade do poder familiar quando há o rompimento conjugal, sendo de grande importância para as crianças a fim de manter a rela o de afetividade com os pais.

A guarda compartilhada veio para o ordenamento jurídico para ficar, e foi muito bem recebida. É considerada uma das melhores modalidades de guarda perante a dissolu o da prole, e ainda irá alcançar mais ainda as necessidades da família, visto que essa apenas começou a surtir efeito nos casos práticos.

## **2. Elementos que norteiam as responsabilidades dos pais na guarda compartilhada.**

A Família é a base de todo individuo. É onde o ser humano guarda suas origens, seus primeiros ensinamentos,   onde se tem a base psicológica, a qual se leva para toda vida. Assim,   de suma importância que, principalmente os pais que são naturalmente capazes e instituídos por lei, estejam preparados emocionalmente para receber, criar, e educar seus filhos.

Afirma Franklin (2000, p.02) "A base de tudo é a família e nesta deve repousar qualquer linha primeira de a o", tem se então, que a família se faz indispensável na cria o e no desenvolvimento dos filhos.

Neste sentido, além dos pais estarem preparados, vê-se o que nos ensina WINNICOTT (1999, p. 80) sobre a importância de eles serem presentes na vida de seus filhos, não somente depois de nascido, como também, durante o período de gestação: a base de todas as teorias sobre o desenvolvimento da personalidade humana é a continuidade, a linha da vida, que provavelmente tem início antes do nascimento concreto do bebê; continuidade em que está implícita a ideia de que nada daquilo que fez parte da experiência de um indivíduo se perde ou pode jamais vir a perder-se para este indivíduo, mesmo que venha a viver causas mais complexas do que ele já viveu anteriormente, viesse a tornar-se inalcançável à consciência, o que de fato torna.

Os pais precisam se fazer presentes na vida de seus filhos, oferecendo-lhes os princípios básicos previstos na nossa Constituição Federal, apesar de terem um primeiro olhar como deveres do Estado, esses deveres podem ser facilmente interligados aos pais para com os filhos.

Vê-se o direito a vida e a saúde: é onde os pais precisam cuidar da fase de gestação do bebê para que ele venha ao mundo com vida e com o máximo de saúde possível; o direito ao lazer e a educação: pois toda criança precisa se divertir, brincar, e precisa também de uma boa educação, não apenas educação escolar, como também educação familiar e social.

Compreende-se ainda, que toda criança precisa se sentir amada e ser cuidada intensamente por seus pais, afirma Comel (2003, p.80) o indivíduo humano, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vai precisar de ajuda e participação de dois componentes que foram essenciais à geração dela.

Assim é o entendimento de NOLTE e HARRIS (2003, p. 98), o amor é o solo no qual as crianças crescem, a luz que determina a direção para onde se voltam à água que as alimenta. Elas precisam se sentir amadas desde o momento em que nascem, ou melhor, até mesmo antes de nascerem, os recém-nascidos são totalmente dependentes de nosso calor, afeto e atenção.

Afirma ainda, que os cuidados dos pais satisfazem a sensação de serem queridos e fazerem parte da vida deles. Conforme crescem, as crianças continuam a esperar que seja demonstrado nosso amor por elas. Compreendem melhor esse amor, através nossas atitudes, de nossos gestos de cuidado e carinho. Aceitá-las integralmente é a nascente de onde fluiu nosso amor.

Esse amor e cuidado é preciso partir dos pais e também de toda a família.

Ensina-nos GONÇALVES (2017, p. 503) incumbe a cada um dos pais e a ambos simultaneamente, zelar pelos filhos, fornecendo à sua manutenção material, guardando-os ao tê-los em sua companhia e educando-os moral, intelectual e fisicamente, de acordo com suas condições sociais e econômicas. Garante e reforça essa ideia o art. 1.634, I a VII, do Código Civil, que dispõe sobre o exercício do poder familiar, ao estatuir que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, “dirigir-lhes a criação e educação” e “tê-los em sua companhia e guarda”, bem como praticar outros atos que decorrem dos aludidos deveres.

Incumbe aos pais, preparar seus filhos emocionalmente, fisicamente e psicologicamente, trabalhando com eles o seu desenvolvimento moral e ético.

Percebe-se na prática desse exercício familiar, que, regra geral, cabe à mãe o papel mais flexível, de transmitir afeto e segurança, cabendo ao pai a transmitir caráter e personalidade.

Pertence ao pai fazer, compreender ao filho que a vida não é só aconchego, mas também trabalho, que não é só bondade, mas também conflito, que não há apenas sucesso, mas também fracasso, que não há tão-somente ganhos, mas também perdas, esse é o entendimento de BOFF (2005, p.195).

Nessa esteira, sabe-se que as responsabilidades dos pais para com os filhos têm sido apenas ampliadas, e que essa responsabilidade é diversa e complexa, principalmente na guarda compartilhada, a qual não é diferente.

Compreende sobre a guarda compartilhada:

**Art. 1.583, § 1º do Código Civil - Compreende-se 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.**

Afirma Ana Carolina Brochado Teixeira, mencionada pelas autoras Veluma Rocha e Pryncia Vieira Lourenço:

A guarda compartilhada é: um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetarem os filhos. <https://jus.com.br/artigos/38608/aspecto-da-guarda-compartilhada> acesso em: 31 de agosto de 2021.

Assim tal entendimento traduz bem sobre essa modalidade de guarda, a qual é um plano “guardião” onde ambos os genitores dividem a responsabilidade, ou

seja, não é porque os pais estão divorciados que não vão ter responsabilidades com os filhos, ou quando acham que terão apenas a responsabilidade de suprir algumas necessidades materiais e apenas quando necessário. Mas essa responsabilidade vai além. É onde os pais precisam ter tomadas de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente.

Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda, na qual os filhos, perante o divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

A Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetarem os filhos.

Ou seja, é onde os pais dividem as suas responsabilidades, de cuidar, dar assistência aos filhos, entre outras responsabilidades exercendo assim o Poder Familiar, que é definido por Cavalieri Filho (2014, p.239) como um vínculo legal e jurídico entre pais e filhos, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa.

Em consonância a este entendimento, menciona a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 229 no rol de deveres dos pais “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Vê-se ainda, que a Lei n. 11.698/2008 traz no art. 1.589 do Código Civil, que “a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro” e ainda o art. 249 do ECA “ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente”.

Percebe-se, que a guarda compartilhada, além de conceder ao menor, a oportunidade de conviver com ambos os genitores, tem também o objetivo de garantir a efetividade do poder familiar, cabendo o cumprimento desse poder, aos pais detentores dessa guarda.

Os detentores da guarda compartilhada, muitas das vezes querem terceirizar suas responsabilidades e deveres para Estado, como matricular os filhos na escola, tendo até mesmo a finalidade de que eles sejam educados de forma integral no seu local de estudo.

Nesse sentido é o que menciona o art. 55 do ECA “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

Rememora-se o artigo 1.634 , I e II do Código Civil:

Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:  
I. dirigir-lhes a criação e a educação,  
II. exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584.

Vale destacar alguns artigos do Estatuto da Criança e Adolescente, para melhor compreendermos os requisitos que norteiam a responsabilidade dos pais, como também entender quais são essas responsabilidades. Analisa-se então, os art. 22 e 33 do ECA:

**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.  
Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

**Art. 33.** A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

A legislação é clara, quando descreve sobre a responsabilidade dos pais na educação dos filhos, não deixando sequer dúvidas quanto a isso. Assim como a criança tem o direito de estar com sua família tem também o direito de ter assistência e ser assistida pelos pais. Vale ressaltar, que essas responsabilidades também atingem aqueles pais que tem filhos adotivos.

Assim expõe Wagner Pulzi:

Vale ressaltar que a assistência prestada aos filhos não deve ocorrer apenas materialmente, pois a criança é um ser dotado de sentimentos e emoções, de capacidades e habilidades a serem desenvolvidas e aprimoradas, necessitando também da presença, do afeto e do preparo necessário para a vida em sociedade e, futuramente, para o mercado de trabalho, o que necessariamente implica em educação. Negligenciar a educação, portanto, é colocar a criança em situação de abandono. Ainda, devemos considerar que cuidar dos filhos é um dever ético. Independentemente de como a criança foi inserida no seio familiar, seja fruto de um relacionamento de um casal, adotada ou até mesmo pela da técnica de reprodução assistida para casais homoafetivos e mães que desejam continuar solteiras, a vida de uma criança não é brincadeira. Essa

criança necessitará de todos os cuidados para desenvolver-se de forma saudável, necessitará de atenção, afeto, educação e orientações para a vida.

<<https://www.cpp.org.br/informacao/ponto-vista/item/15640-educacao-responsabilidade-dos-pais>> acesso em 19 de agosto de 2021.

Extraí-se desse entendimento, que a criança é um ser humano e não uma coisa, ou algo qualquer, onde necessita de cuidados e atenção e também de uma boa assistência, independente, com qual genitor a criança vai estar.

Neste sentido, afirma Madaleno (2020, p. 574 e 575) que, na guarda compartilhada, não importa quem estará ocupando o lugar da custódia física do filho, como ocorre na guarda unilateral, ou no âmbito de uma guarda alternada, porque na guarda conjunta pura não deveria contar o tempo de custódia, e na qual tratam os pais de repartir suas tarefas parentais, e assumem a efetiva responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos, e não só um deles, como usualmente sucede, e de tanta relevância se mostra a presença conjunta dos pais na criação e formação dos filhos, que sequer a ausência de um dos progenitores é capaz de induzir à presunção de uma guarda conjunta.

Aos pais cabem os deveres de cumprir as necessidades de seus filhos, além de dar assistência material, nessa modalidade de guarda é necessário que eles se façam presente na vida das crianças, ela precisa se sentir segura em relação ao seu relacionamento pessoal com seu pai e com sua mãe.

Essa convivência, da criança com o outro cônjuge, exige muita maturidade e responsabilidades dos genitores, não podendo transmitir para a eles, (caso tenham) sua raiva ou sua intriga com o outro genitor, ou em algum momento por algum motivo, querer privar o outro de ver seu filho.

Para auxiliar os pais a lei dispõe os deveres dos cônjuges, para quando ainda estão casados, porém, podemos também aplicar algumas dessas lições aqui, como as que os pais devem ter com ambos na guarda compartilhada, efetivando ainda mais as responsabilidades com seus filhos e o exercício da guarda.

Assim ensina COELHO (2012, P. 129), os deveres dos cônjuges listados pela lei são os de manter vida em comum entre si, devotar respeito e consideração recíprocos, dar mútua assistência, sustentar, guardar e educar os filhos,

Tudo isso é necessário e indispensável, para que se tenham uma efetiva guarda compartilhada e para assegurar que os filhos estejam satisfeito e felizes com essa convivência.

Muito interessante o entendimento de GAGLIANO e FILHO (2019, p. 788) a responsabilidade civil nas relações familiares, de forma geral, sem sombra de

dúvida, é imensa onde os limites somente se encontram na imaginação das pessoas (ou seja, não há limites.).

É instigante, pois quando se estuda esse entendimento, e se analisa juntamente com os casos práticos, percebe-se que os pais muitas das vezes querem impor limites em suas responsabilidades com os seus filhos, onde é totalmente errado, e imaturo, e não é essa a finalidade da guarda compartilhada.

MADALENO (2020, p. 783, 784), afirma que, a guarda compartilhada legal exige dos genitores um juízo de ponderação, incumbidos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egocêntrico dos pais.

O autor entende ainda, que deve se ter como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora tenha perdido a sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de plena realização parental, ao cuidar de priorizar o fundamental interesse da prole e realizar no plano concreto a felicidade dos filhos e, logicamente, a partir da atenção a esses princípios e as prioridades efetivas dos filhos, a guarda compartilhada física ou a denominada custódia física flui com naturalidade e segurança.

Ensina ainda MADALENO (2020, p. 776) a guarda compartilhada deve ser compreendida como o coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade, a fim de manter com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos, devendo, eles repartirem essas suas responsabilidades naturais como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências.

Corroborando com esse posicionamento o ilustre doutrinador MADALENO (2020, p. 775) é inquestionável que os pais sempre compartilharam suas responsabilidades para com os cuidados de seus filhos, assim procedendo com maior intensidade enquanto coabitavam, mas cuja responsabilidade não desaparece e talvez tenha de ser redobrada em razão da separação dos pais.

Ensina também COELHO (2012, p. 128) as árduas responsabilidades atinentes ao sustento, à guarda e a educação dos filhos, biológicos ou não, devem ser repartidas entre os cônjuges. Quando os referimos ao sustento, a divisão é proporcional aos ganhos de cada um deles (CC, art. 1.568), mas a guarda e educação correspondem a deveres igualmente distribuídos.

Têm-se que, as responsabilidades na guarda compartilhada exigem ainda mais dos pais, visto que na prática, os pais sempre tem um receio quando a criança

está com outro cônjuge, principalmente se ele estiver com um(a) outro(a) companheiro(a). Ou até mesmo querer passar suas responsabilidades para o outro cônjuge o “sobrecarregando”, como assim não o é.

Vê-se o estudo de Poter e de Nickel:

Assim, o sucesso da guarda compartilhada vai depender da maturidade e cooperação dos pais nas divisões das responsabilidades parentais, repassando a seu (s) filho (s) que mesmo, após a saída de um dos cônjuges de casa, fato que não acarretará na diminuição do vínculo entre pais e filhos que já existia antes da ruptura familiar.

Poter, Helena Nickel. Nickel, Cristiano Poter, 01.08.2016, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/guarda-compartilhada/> acesso em 25 de agosto de 2021.

Conforme já estudado no decorrer deste capítulo, os elementos norteadores sobre as responsabilidades dos pais na guarda compartilhada ficam claro e evidente, que essa, deve ser exercida como divisão de tempo e responsabilidade de uma maneira justa entre ambos os pais, não podendo prejudicar a rotina de seus filhos.

Ainda, é importante estudar um pouco mais, sobre as despesas com a criança, tais como, alimentação, escola saúde e moradia e os demais gastos com a criança.

Sobre os alimentos, conforme já mencionado acima incumbe aos cônjuges concorrerem de forma igualitária em todas as responsabilidades, e em relação aos alimentos não é diferente, porém, desde que supram esse dever de acordo com o seu ganho mensal, ou seja, proporcional ao que cada um recebe.

Nesse sentido explica MADALENO (2018, p. 417, 418) no que tange à manutenção dos filhos, os pais contribuirão na proporção de seus recursos (CC, art. 1.703), estejam eles casados ou separados, podendo estabelecer a forma e o valor da contribuição desses alimentos em sua separação ou no seu divórcio, e até mesmo em acordo específico de alimentos, como podem, na hipótese de inconciliáveis desavenças, discutirem o valor desse direito alimentar em ação litigiosa de pedido ou de oferta de alimentos, de separação litigiosa, se assim preferirem, ou de divórcio direto, deixando ao livre-arbítrio judicial a fixação do montante mensal dos alimentos a serem pagos pelo ascendente não custodiante da prole.

Corroborando plenamente com esse entendimento GONÇALVES (2012, p. 503) afirma que, a separação judicial e o divórcio não alteram os direitos e deveres dos pais para com os filhos (CC, art. 1.579). Esses deveres são impostos a ambos, na proporção de seus recursos e de suas possibilidades (art. 1.703). Se, ao marido,

com melhores rendas, cumpre prover o lar dos meios indispensáveis, à mulher que disponha de rendas ou que as aufera de seu trabalho, cabe concorrer nas despesas.

Ainda, afirma COELHO (2012, p.449) se os pais são divorciados ou viviam em união estável e que agora está desfeita, cada um é responsável pelos alimentos do filho proporcionalmente aos respectivos recursos econômicos e patrimoniais (art. 1.703). Dessa maneira, se, por exemplo, a mãe ganha mais que o pai, ela deve responder por porção maior dos alimentos de que necessita o filho.

Conforme MADALENO (2018, p. 592) os alimentos visam garantir e proteger que os filhos não sofram uma diminuição na atenção de suas necessidades, pois já bastam às perdas afetivas dos pais que se separaram e, naturalmente, quando se produz a ruptura da convivência dos cônjuges ou conviventes, também acontece uma ruptura no sistema econômico que regulava a relação familiar, mesmo porque a pensão alimentícia, por maior que seja o seu percentual ou o seu valor, jamais terá a mesma representação dos recursos que na constância do matrimônio eram inteiramente canalizados para a sociedade familiar, e, de alguma forma, deverá haver certo cuidado para que o dinheiro não seja uma causa adicional da instabilidade familiar.

É extremamente necessário que os alimentos sejam prestados conforme era na época que os pais eram casados, para que não prejudique a criança.

Neste sentido, não restam dúvidas que os pais devam arcar com todas as necessidades de seus filhos, sejam elas morais, éticas, físicas, emocionais e também materiais, independente se estejam casados, divorciados, em união estável, ou exercendo a modalidade de guarda.

Insta mencionar, que essas responsabilidades permanecem até certo período da vida do filho, PEREIRA (2003, p. 47, 48) ensina que os filhos, têm direito ao alimento desde a concepção até a maioridade. Analisa-se que algumas responsabilidades dos pais se extinguem com a maioridade, como muito bem descrito pelo autor, uma delas são os alimentos. Porém, enquanto os filhos não atingem essa maioridade é dever dos pais suprir as necessidades da criança mesmo que eles se casem com outras pessoas e até tenham outros filhos.

Este é o entendimento de GONÇALVES (2012, p. 503) o casamento ou novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos não implicará restrição alguma aos seus direitos e deveres em relação aos filhos do relacionamento anterior, “exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro” (CC, art. 1.636).

A relevância de uma guarda bem efetivada vem de uma guarda bem exercida, e a guarda bem exercida, é onde os pais estão dispostos a cuidar de seus filhos, cumprindo suas responsabilidades consigo mesmo, com o outro cônjuge e principalmente com seus filhos. Afirma Fabiola Lathrop Gómez (p. 529-534.) mencionada por MADALENO (2018, p.593):

Nessas situações adquire especial relevância a valoração econômica dos deveres domésticos e dos cuidados assumidos, sobretudo daqueles pais que abandonaram ou reduziram a sua atividade laboral para se dedicarem aos filhos. Sugere a autora que cada genitor desembolse as despesas diárias arrostadas, enquanto os filhos estão sob a sua guarda física e subsista uma pensão alimentícia para a satisfação das despesas de caráter fixo, por exemplo, os custos da escola e de atividades similares, pesando a melhor situação econômica que onera esse genitor em maior percentual alimentar a ser por ele desembolsado e, que, por fim, deveria existir um fundo comum para o atendimento de gastos extraordinários com imprevistos derivados de enfermidades, intervenções cirúrgicas ou no desenvolvimento de atividades acadêmicas, acreditando a autora ser essa a melhor forma de prevenir desequilíbrios e desordens econômicas, podendo ser retomado o sistema da pensão alimentícia integral se algum dos progenitores não aportar com regularidade a sua obrigação alimentar, que não se extingue com a custódia compartilhada física.

A guarda compartilhada é considerada como regra nos casos de dissolução conjugal, pois prevê que é o melhor para criança. Mas exige muito mais dos pais no momento de seu exercício, do que exigia quando estavam casados.

Conforme exposto, as responsabilidades dos pais aumentam, não só no exercício físico com a criança, mas no exercício moral, ético e maduro para lidar com a situação do outro cônjuge, para nova vida que ele vai iniciar, e para os ambientes e as pessoas que a criança vai estar sem sua presença.

Percebe-se, que esses são os principais elementos que norteiam as responsabilidades dos pais com seus filhos, pois, a criança precisa ver e sentir o bom relacionamento entre os pais, para que não a prejudique psicologicamente e emocionalmente, para que ela não sofra com a separação de seus pais, ela deve sentir ainda, esse amor entre os seus genitores, vendo e vivendo o bom relacionamento entre eles, o esforço de vê-la bem e feliz.

Posteriormente, virá às responsabilidades já existentes desde o casamento, que é a prestação de educação, lazer, alimentos, e as demais despesas extraordinárias entre outras responsabilidades, que caberão inteiramente aos pais exercer de forma integral.

Assim, os pais devem se prestar integralmente aos seus filhos, suprindo suas necessidades e se mostrando e sendo presentes na vida deles, independentemente da situação em que estejam vivendo, sejam casados, ou

divorciados, se tiverem outros filhos posteriores ao fim do relacionamento conjugal anterior, o qual agora divide a guarda.

Para os pais, o filho será sempre filho, e as responsabilidades existirão enquanto eles existirem, elas nunca se extinguem, apenas diminuem, momento este, é quando os descendentes alcançam a maioridade. Portanto, incumbe sempre aos pais estarem atentos para dar total efetividade no momento do exercício da guarda compartilhada.

### **3. Analisar o posicionamento do STJ sobre a complexidade da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse.**

O princípio do melhor interesse da criança é um tema extremamente relevante em que se baseia a maioria das decisões proferidas a respeito do menor, principalmente em conjunto com a guarda compartilhada, contudo, apesar de amplas explicações e estudos sobre o tema, é perceptível a tamanha complexidade desta modalidade de guarda nos casos práticos.

Este princípio é recepcionado pela convenção de Haia e pela Constituição Federal, que trata da proteção dos interesses do menor. Para melhor compreendermos, faz se necessário utilizar a origem do seu conceito para posteriormente analisar a sua aplicabilidade.

Camila Colucci (2014, p. 25) explica:

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.

Assim, explica Gonçalves (2011) que o princípio em tela, não tem previsão expressa na Constituição Federal. É o que explana: “os especialistas do tema lecionam que este princípio decorre de uma interpretação hermenêutica, está implícito e inserido nos direitos fundamentais previstos pela Constituição no que se refere às crianças e adolescentes”.

Conforme o entendimento de GONÇALVES, este instituto se encontra entendido na Constituição Federal 1988 em seu artigo 227 caput, onde traz os deveres que as famílias têm para com o menor e os adolescentes:

**Art. 227** É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Bem como, nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente previsto na Lei 8.069/2013, o qual reforça o disposto na Constituição Federal:

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 de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

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.

Vê-se que a criança e o adolescente devem ser tratados como prioridades independentes da situação, o seu interesse deve prevalecer, ou seja, aquilo que for melhor para eles.

Nesse sentido, afirma-se que, na Lei brasileira tal princípio é reconhecido principalmente quando se fala da guarda do menor. Porém, tal princípio perante as decisões no judiciário, no que tange as decisões sobre a vida, e principalmente sobre essa guarda, se analisa a precariedade na ausência de interpretação social que o melhor interesse traz em sua essência.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente carrega a proteção e a preocupação com o menor. O Estado tem se preocupado cada vez mais com as crianças e os adolescentes, seja qual for o caso em que eles estejam envolvidos. Atualmente tem-se este princípio como um dos mais importantes para o Estatuto da Criança e do Adolescente e para qualquer caso em que envolver o menor.

Assim, foi estabelecida a doutrina da proteção integral e especial da criança e do adolescente e deliberou no artigo 3º do ECA, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, sem prejuízo da proteção integral, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades, com vistas a lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Sobre a Lei da proteção Integral, dispõe MADALENO (2020, p. 134) que, a proteção especial da criança deu início na Declaração dos Direitos da Criança

anunciada em 1959, quando expressou no seu segundo princípio, gozar o infante desta proteção especial, devendo ser-lhes dadas oportunidades e facilidades legais e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social em um ambiente saudável e normal, e em condições de liberdade e dignidade, e reafirmado no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas, ou órgãos legislativos, terão preferencialmente em conta o interesse superior da criança.

Sabe-se que, a criança é vista como um ser frágil, diante da sua falta de maturidade física e intelectual, fazendo com que elas fiquem submetidas a uma situação especial de integral proteção na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana durante toda sua fase de desenvolvimento, sendo então, resguardadas por um regime especial onde, as garantias são necessárias para a construção de sua integral potencialidade como pessoa.

Visto que, é comum que os pais, e também o judiciário deixem de olhar para o menor como um indivíduo com direitos e que é dotado de personalidade onde seus interesses devem e merecem serem garantidos.

Corroborando com esse entendimento o autor MADALENO (2020, p. 135):

Dotados de direitos especiais, têm as crianças e adolescentes, por sua exposição e fragilidade, **prioridade em sua proteção**, como fato natural dessa etapa de suas vidas, quer fiquem expostas por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por abuso dos pais ou responsáveis. **Crianças e adolescentes são destinatários do princípio dos melhores interesses**, conceito jurídico **indubiosamente indeterminado**, mas que **sempre haverá de prevalecer em favor do infante quando em confronto com outros valores, pois sempre será necessário assegurar o pleno e integral desenvolvimento físico e mental desse adulto do futuro, sujeito de direitos.**

O autor deixa bem claro o porquê das crianças e os adolescentes serem submetidos ao princípio do melhor interesse, pois, por ser um ser frágil e ainda em desenvolvimento mental e físico, e o que estiver em conflito com seus valores, será sempre levado em consideração o interesse do menor.

Observa-se uma problemática através dessa proteção por parte do Estado, pois continuamos vendo a obscuridade e as dúvidas no momento da interpretação das normas e aplicação de medidas pelos órgãos da justiça.

Diante dessa situação a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de resposta em relação às dúvidas apresentadas, respondeu por meio de uma Opinião Consultiva nº 17, a qual se tornou um dos precedentes jurídicos mais

importantes do sistema interamericano de proteção, principalmente sobre os direitos da criança, e tornou a fonte legal para as próprias decisões da Corte.

Vê-se, (OC-17, 2002, pág. 113):

(A) atuação judicial (deve estar) perfeitamente motivada de acordo com a lei: razoável e pertinente no fundo e na forma, **atendendo ao melhor interesse da criança** e sujeita a procedimentos e garantias que permitam verificar em todo momento sua idoneidade e legitimidade (Traduzi e Grifei).

Conforme exposto, o princípio do melhor interesse tem ganhado muita força jurídica ao longo do tempo, porém essas dúvidas e questionamentos têm aumentado no decorrer de cada decisão. Neste momento, já se percebe a complexidade nas decisões do judiciário, pois perante a guarda compartilhada, apesar de ser a melhor modalidade para o infante, ela ainda se conflita com o princípio do melhor interesse.

Sabe-se, a guarda compartilhada foi adotada pela Lei 13.058/2013 e que também foi adotada pelo ordenamento jurídico como uma modalidade de guarda prioritária.

Assim, é importante analisar como são as decisões nos casos da guarda, e a principal aqui estudada, a guarda compartilhada. Tal modalidade de guarda, onde mais ocorrem conflitos, fazendo necessária a aplicabilidade do princípio em tela, cabendo ao judiciário analisar cada caso, tendo sempre como passo primordial em suas decisões, o melhor interesse da criança.

Pode-se citar como um exemplo simples, que, é quando os pais visam apenas o seu tempo, suas vontades, se colocando sempre em primeiro lugar. Nessas situações cabe a composição junto ao judiciário para melhor solução deste “conflito”.

Dessa forma, o juiz deverá analisar as questões entre o pai e a mãe, as especificidades e a relação deles, e acima de tudo, ponderar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Já é possível demonstrar a força que este princípio tem. Tal afirmação se faz diante da análise de que nem sempre os pais vão entender o que é melhor para os seus filhos, ou mesmo entendendo, não vão querer melhorar por eles.

Contudo, quando ocorrem as situações dos genitores não se entenderem, pode até não ser mais possível a imposição dessa modalidade de guarda compartilhada a qual é a regra do Código Civil, o que pode até mesmo acarretar na alteração dessa guarda, para a guarda unilateral.

Assim é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. (...) FAMÍLIA. **PRETENSÃO DE ADOÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS MENORES.** ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, COM BASE NOS ELEMENTOS E PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, CONCLUIU QUE **A GUARDA COMPARTILHADA NÃO ATENDE O MELHOR INTERESSE DOS FILHOS.** (...) 2. Esta eg. Corte Superior já decidiu que a guarda compartilhada dos filhos é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar, na medida em que a lei foi criada com o propósito de pai e mãe deixarem as desavenças de lado, em nome de um bem maior, qual seja, o bem-estar deles. 2.1. Contudo, a questão envolvendo a guarda de menores não pode ser resolvida somente no campo legal, **devendo também ser examinada** sob o viés constitucional, consubstanciado na observância do **princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da CF**, que também deve ser respeitado pelo magistrado, garantindo-lhes a proteção integral, **que não podem ser vistos como objeto, mas sim como sujeitos de direito.** 2.2. Em situações excepcionais e, em observância ao referido princípio, a guarda compartilhada não é recomendada, devendo ser indeferida ou postergada, como nos casos em que as condutas conturbadas e o **alto grau de beligerância entre os seus genitores ao longo do processo de guarda não observam o melhor interesse dos filhos.** 3. No caso dos autos, as instâncias ordinárias **concluíram pela inviabilidade da instituição da guarda compartilhada** não apenas em virtude da intransigência dos genitores das crianças, mas porque **as circunstâncias do caso e a dinâmica familiar indicaram que aquele instituto não atenderia**, pelo menos naquele momento, o melhor interesse dos infantes. Alterar tal entendimento demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ. (...) **(Grifei).**<sup>1</sup>

No caso acima mencionado, percebe-se que os pais até queriam a guarda compartilhada dos seus filhos, porém o STJ decidiu ao contrário da decisão destes pais, pois não basta apenas à análise da vontade dos pais, é necessário também analisar a situação em que eles vivem e se será de fato possível aplicar essa modalidade de guarda, e acima de tudo deverá ser analisado o princípio do melhor interesse.

É nítida a complexidade nessa modalidade de guarda, tanto para deferi-la como também para ser exercê-la, de primeira análise e estudo esta não apresenta ser tão complexa.

Conforme o exposto, o STJ tem firmado suas decisões totalmente voltadas para a análise do princípio do melhor interesse, e caso esse não esteja favorecido, a guarda compartilhada deixará de ser uma prioridade. Ou até mesmo, por mais que seja fixada, poderá ser alterada.

Vejamos a decisão do Supremo Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. **GUARDA COMPARTILHADA. OBRIGATORIEDADE. RELAÇÃO HARMONIOSA ENTRE OS GENITORES. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO**

<sup>1</sup>(STJ, AgInt no REsp 1808964/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/03/2020, DJe 11/03/2020).

**ADOLESCENTE. RESIDÊNCIA DO FILHO COM A MÃE. INCOMPATIBILIDADE. AUSÊNCIA.** 1- Recurso especial interposto em 2/4/2019 e concluso ao gabinete em 5/6/2020. 2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) **a fixação da guarda compartilhada é obrigatória caso ambos os genitores sejam aptos ao exercício do poder familiar;** e b) a vontade do filho e problemas no relacionamento intersubjetivo dos genitores representam óbices à fixação da guarda compartilhada. 3- O termo "será" contido no § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. 4- Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar. 5- Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial. 6- **A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à existência de bom e harmonioso relacionamento entre os genitores.** 7- Inexiste qualquer incompatibilidade entre o desejo do menor de residir com um dos genitores e a fixação da guarda compartilhada. 8- Não bastasse ser prescindível, para a fixação da guarda compartilhada, a existência de relação harmoniosa entre os genitores, é imperioso concluir que, na espécie, há relação minimamente razoável entre os pais - inclusive com acordo acerca do regime de convivência -, inexistindo qualquer situação excepcional apta a elidir a presunção de que essa **espécie de guarda é a que melhor atende os superiores interesses do filho, garantindo sua proteção integral.** 9- **Recurso especial provido. (Grifei).**<sup>2</sup>

Nesta decisão, é interessante destacar, que, além de entender que a guarda compartilhada é uma obrigatoriedade, é compreendido também que a relação harmoniosa entre os pais é desnecessária. Ou seja, a teoria de que os pais tenham uma boa relação, não se aplica no caso concreto, sendo está já desmistificada nas decisões dos Tribunais, bem como, no STJ conforme demonstrado.

Para melhor compreensão explica MADALENO (2018, p. 583) que a guarda compartilhada estabelece e requer dos pais um autodomínio, onde são incumbidos de exercer a atividade de priorizar apenas os interesses de seus filhos comuns, e não os interesses egoístas dos pais.

Explica ainda, que deve se ter como inerente o “pré-requisito da custódia compartilhada uma harmônica convivência dos genitores, tanto que, se não houver acordo entre mãe e pai quanto à guarda compartilhada do filho”, tal modalidade só poderá ser deferida o momento que for possível conciliar com os interesses da

---

<sup>2</sup> (STJ - REsp: 1877358 SP 2019/0378254-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/05/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2021).

família, e será realizado por meio de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar conforme estabelece o Código Civil, art. 1.584, § 3º.

Conforme a ilustre explicação tem-se que, a harmonia entre os pais deve ser com relação aos seus filhos, ou seja, aos interesses somente deles o que se aplica para a decisão do STJ, tendo assim entendido, pois, a fixação da guarda, não depende da harmonia e uma convivência perfeita entre os pais, lembrando que, há casos em que se os genitores tiverem essa boa convivência, isso facilitará na análise para a fixação da guarda compartilhada.

E que também haverá casos onde os pais terão uma boa convivência, porém, o interesse do menor estará comprometido, por responsabilidade dos pais, onde eles deixam de olhar para o que é melhor para o seu filho para priorizarem os seus próprios interesses.

Assim resta a exposição da decisão do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. **GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE.** 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, **mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).** 2. **Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).** 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. **(Grifei)** <sup>3</sup>

A complexidade da guarda compartilhada nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça se faz no momento de analisa-la, pois, a lei estabelece apenas dois requisitos sem nem mesmo mencionar o principio do melhor interesse, o que fica a cargo do juiz e que é aplicado em todos os tribunais mediante das pacíficas decisões do STJ.

Analisa-se a íntegra do dispositivo legal do Código Civil seu artigo 1.584 sobre a guarda compartilhada para melhor compreensão:

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

<sup>3</sup> (STJ - REsp: 1417868 MG 2013/0376914-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 10/05/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2016)

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.

Verifica-se que em nenhum momento o artigo estabelece que o princípio do melhor interesse deva ser observado para poder fixar a guarda compartilhada.

Ademais, a lei sempre deixa expresso de forma implícita em seu texto, é o que se lê no artigo acima retro mencionado em seu parágrafo 5º caso o juiz verifique que o filho não deva permanecer com o pai ou a mãe e até mesmo com o pai e a mãe ele dará a guarda para outra pessoa, com qual a criança tenha afinidade e afeto.

Percebe-se então, que o princípio do melhor interesse está inserido neste parágrafo, pois tal princípio visa as melhores condições para o menor, no caso aqui estudado, aplicando-se a guarda compartilhada, o menor sempre deverá ser bem cuidado, e ter os seus direitos como todo cidadão tem, direito a sua educação ao laser entre outros aqui já mencionados.

Dessa forma, se o juiz verificar que o menor ou o adolescente não está sendo tratado dentro dessas condições mínimas, a qual um cidadão merece, ou melhor, sendo verificada a ausência do princípio do melhor interesse no cumprimento da guarda compartilhada, o juiz deverá alterar esta modalidade de guarda.

Têm-se então, a complexidade da guarda compartilhada até na própria lei. Apesar de ser a melhor modalidade de guarda a ser estabelecida, pois visa o melhor interesse do menor, ou seja, é onde a criança e o adolescente se encontrarão tendo praticamente a mesma convivência com seus genitores, dependendo da idade, e se for o caso de separação/divórcio, a criança não sofrerá tanto, não altera muito na rotina dela.

Caso este que, se alterasse poderia trazer alguns prejuízos para essa criança, como o principal, o prejuízo psicológico, trazendo diferentes pensamentos na vida dela, e se tratando de adolescente, pode até mesmo criar uma ideia diferente em relação aos seus pais, pois este teve um período de convivência maior com sua prole.

Ainda, se tratando das decisões perante o STJ, vê-se o quão o princípio do melhor interesse está consolidado e como ele é pacífico em suas decisões.

Apesar da complexidade da guarda compartilhada em sua aplicabilidade e em seu deferimento, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, embora não estado expresso de maneira clara e objetiva na lei, o encontra-se muito bem consolidado nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça conforme todo exposto acima.

Assim, tem-se a importância e a relevância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos casos práticos, pois, diante da realidade do mundo, onde os pais estão deixando de pensar em seus filhos, não os colocando mais como prioridade, e muitas das vezes os abandonam e até cortam os laços afetivos após a separação do casal. Dessa forma, vem o ilustre princípio intervindo para auxiliar os julgadores nessas situações e muitas das vezes conflitos.

## **CONCLUSÃO**

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda primordial nos casos de separação/divórcio dos genitores, com disposição expressa no Código Civil, onde visa o que é melhor para o menor, sem nem precisar mencionar o ilustre princípio do Melhor Interesse da Criança e do adolescente. Como base inicial, apenas com a leitura sobre essa modalidade de guarda, não é possível perceber tamanha complexidade que esta carrega, principalmente nos casos práticos. Conforme demonstrado no decorrer do texto.

Essa complexidade decorre não apenas por parte da legislação, ou decisões do Supremo Tribunal de Justiça, decorre primeiramente dos pais, onde, a

partir do momento que resolvem terem filhos devem saber e ter a plena ciência do que é melhor para eles, o que em muitos casos não ocorre.

Existem casos e casos, os mais críticos são aqueles casos em que os genitores mudam a sua responsabilidade no decorrer do relacionamento entre o outro cônjuge, o que leva a separação/divórcio, e conseqüentemente a disputa pelo menor, e não buscam o que é melhor para o seu filho, buscam apenas o que é melhor para si.

Casos estes, em que se faz necessário a intervenção do estado para apresentar e chegarem a um acordo sobre a melhor guarda a ser estabelecida. No caso, a melhor modalidade será sempre a guarda compartilhada, mas nem sempre essa será de fato a melhor, o qual irá depender de cada caso.

A guarda compartilhada só será deferida nos casos em que os pais tiverem um acordo e se mostrarem dispostos a exercê-la. Rememora-se que essa guarda exige muita disposição dos pais e principalmente maturidade e demonstração de amor por seus filhos. É onde os genitores terão que deixar de lado suas indiferenças e acreditar que é o melhor para o seu filho.

Assim, guarda compartilhada, se faz a modalidade principal, pois é onde a criança continuará tendo a afetividade entre seus guardiões, ela continuará se sentindo amada e querida. O que exige ainda dos pais, que devem de manter essa afetividade bem como, dar eficácia ao exercício do poder familiar, o qual é um conjunto de responsabilidades.

A complexidade também se faz presente, no momento de fixação da guarda, onde o juiz irá analisar a disposição dos pais em exercerem e aceitarem tal modalidade de guarda. Além dessa vontade e do comum acordo entre eles, o juiz poderá analisar melhor, a possibilidade desta guarda, onde em alguns casos, esta será indeferida.

Se o juiz verificar que alguma condição não favorece o menor ele poderá indeferir. É nítido que a quando se trata de criança ou adolescente perante os casos conflituosos o juiz sempre terá como base, o princípio do melhor interesse. Tal princípio é um pilar essencial quando se tratar do menor, e já é pacífico em todas as decisões do Supremo Tribunal de Justiça, aplicando-o conjuntamente com a guarda compartilhada.

Porém, sendo indeferida a guarda compartilhada, poderá o juiz a depender do caso e do exercício da guarda estabelecida, alterar para a guarda

compartilhada. Ou seja, tem-se que tal modalidade é primordial e a que visa a melhor condição para o menor.

Percebe-se então, com um estudo minucioso, que essa modalidade de guarda é ainda mais complexa no seu exercício, vê-se que, essa complexidade sempre estará ligada aos pais, cabendo à legislação e aos julgadores apenas para auxiliar, bem como para mostrar o que é de fato a guarda, e que o menor é um ser dotado de direitos também e que esses devem prevalecer acima de qualquer situação.

A maior complexidade está no exercício dessa modalidade de guarda, pois é onde os pais deverão tomar o máximo de cuidado com a criança, é onde ela estará em seu desenvolvimento psicológico, o que, se caso ocorrer por motivo de uma guarda compartilhada não bem efetivada, poderá acarretar inúmeros prejuízos para a criança e/ou adolescente.

É onde, os pais muitas das vezes, cortam seus laços afetivos, ou até mesmo começam a criar situações de alienação parental com o menor em relação ao outro cônjuge. A criança precisa estar segura não apenas de agressões físicas, que é o que mais tem ocorrido na prática, e onde os pais e a sociedade tem conhecimento.

A agressão psicológica é muito severa para o menor, pois ele a levará para o resto de sua vida e o que pode gerar e desencadear doenças físicas e mentais.

O fato da separação dos pais em si, já gera um constrangimento para a criança, é onde entra a guarda compartilhada para tentar ajudar aos pais e principalmente para evitar esses transtornos para com a criança e/ou adolescente.

Dessa forma, analisando o conceito de guarda compartilhada em conjunto com as responsabilidades que os pais têm com seus filhos, e as decisões do STJ, conclui-se que, a guarda compartilhada é uma modalidade que visa o melhor interesse da criança e do adolescente, porém, diante dos julgados do Supremo Tribunal de Justiça, compreende-se que, a depender da situação que os genitores apresentarem, essa modalidade de guarda pode não ser a mais propícia para o menor, e ainda, poderá ser alterada no decorrer do exercício independente da guarda a ser fixada.

E que, a complexidade da guarda compartilhada, cabe em parte, aos pais, no momento de exercê-la, passando para os julgadores apenas no momento em que

esta não for exercida da forma fixada em lei, ou seja, quando os pais não visam mais o melhor interesse do menor.

Dado o exposto, cabe aos julgadores analisar cada caso com muito cuidado para não deixar o menor desamparado diante de uma modalidade de guarda que foi fixada errada, sem analisar o princípio do melhor interesse, e também aos pais para não desamparem seus filhos, mantendo o mesmo relacionamento afetivo e as mesmas responsabilidades para com ele.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Madaleno, Rolf **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : **direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. — 9. ed. —São Paulo : Saraiva, 2012.

Madaleno, Rolf **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 10. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2020.

Coelho, Fábio Ulhoa Curso de direito civil, **família, sucessões**, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil: **responsabilidade civil e ofensa à dignidade**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-58, out-nov, 2005. p.152.

Luiz Edson Fachin, **A Família Fora de Lugar**. Disponível em: Acesso em: 21 de maio. 2021. 300 Richard A.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16<sup>a</sup> ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 1153.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos – Na família constitucionalizada**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Do Contrato Parental à Sócio afetividade**. In: ARONNE, Ricardo (Coord.). Estudos de Direito Civil – Constitucional. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. ver. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 02.

WINNICOTT, Donald W. **Os Bebês e suas Mães**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 80.

COMEL, Nelsinha Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 80.

NOLTE, Law Dorothy; HARRIS, Rachel. **As crianças aprendem o que vivenciam**. Tradução de Maria Luiza Newlands Silveira. 6. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 98.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 239.

KEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada - Um avanço para a família moderna**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso em 05 de março. 2014.

**Comentários ao novo Código Civil**. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XX. PIMENTEL PEREIRA, Áurea.

GÓMEZ, Fabiola Lathrop. **Ob. cit.** p. 529-534.

<https://jus.com.br/artigos/38608/aspecto-da-guarda-compartilhada> – acessado em 31 de Agosto de 2021.

(CORTE IDH, **Opinión Consultiva OC-17**, 2002, pág. 113).

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/o-instituto-da-guarda-compartilhada-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente/> - acessado em 29 de outubro de 2021.

[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/OmaiorinteressedacriananajurisprudnciadoBrasiledoParaguaiSergioArceVERSaOFINAL.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/OmaiorinteressedacriananajurisprudnciadoBrasiledoParaguaiSergioArceVERSaOFINAL.pdf) - acessado em 29/09/2021.

[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticiasantigas/2017/2017-06-04\\_08-00\\_Guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-STJ-antes-de-virar-lei.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticiasantigas/2017/2017-06-04_08-00_Guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-STJ-antes-de-virar-lei.aspx) - acessado em 29/09/2021.

<https://www.ibijus.com/blog/790-jurisprudencia-de-familia-guarda-compartilhada-e-o-melhor-interesse-do-menor> - acessado em 29/09/2021.