

## CAUSA IMPEDITIVA À GUARDA COMPARTILHADA: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR.

*Por* **Marta Martins de Andrade**

### RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo da Guarda Compartilhada, que é de grande importância para os casais que não convivem juntos ou aqueles que pensam em litigar a guarda do(s) filho(s) e aos operadores das Varas de Família, que devem de Direito de Família ter a necessária compreensão e discernimento para evitar a escolha ou a recomendação da "guarda compartilhada". Quando for possível vislumbrar que a harmonia não é uma constante na vida do casal, sendo certo supor que no futuro, o que poderá parecer "a priori" razoável e justo poderá se tornar fonte de discórdia e inevitável sofrimento para o(s) filho(s), que são os mais prejudicados. Tendo como pressuposto da guarda, a separação judicial e até mesmo a união estável, ou seja, a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, o Direito por si, prioriza em toda sua gama, o princípio do melhor interesse da criança quando esta pode ser ameaçada por qualquer situação que se mostre nociva ao desenvolvimento de sua personalidade como é o caso da violência doméstica e familiar. Para concluir, será salientado o incentivo aos membros do Ministério Público para que assumam um papel ativo em sua atuação no que diz respeito à sensibilização para a violência doméstica, as experiências das mulheres e os seus efeitos nas crianças.

**Palavra-Chave:** Guarda Compartilhada - Direito de Família - Guarda de Menores - Litígios Familiares – Desenvolvimento da Personalidade da Criança – Violência Doméstica e Familiar.

**Sumário:** I. Introdução. 1. Noções introdutórias sobre guarda. 1.1 Conceito de guarda. 1.2 Guarda jurídica e guarda física. 1.3 Tipos de modalidades de guarda. II. Guarda

Compartilhada. 1. Evolução histórica dos institutos em tela. 2. Justificativa da guarda compartilhada através do princípio do melhor interesse do menor. 3. Vantagens, desvantagens e contra indicação da guarda compartilhada. 3.1 Vantagens da guarda compartilhada. 3.2 Desvantagens da guarda compartilhada. 3.2.1 A importância da mediação na guarda compartilhada. 3.3 Contra indicação da guarda compartilhada. 3.3.1 Variável individual e variável familiar. 4. Desenvolvimento da personalidade da criança. III. Lei impede a guarda compartilhada em casos de risco de violência doméstica. IV. Considerações finais. V. Referências.

## I. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o impacto da violência doméstica nos processos de guarda e convivência de crianças e adolescentes, trazendo algumas reflexões para a melhora da análise dos casos que envolvam violência doméstica nas varas de família.

Será feito um breve histórico sobre o conceito de guarda, a qual é intimamente ligada ao poder familiar. Em que aquele que a detém, assumirá muitos deveres e responsabilidades para com sua prole, passando a ser focada exclusivamente sob a ótica do melhor interesse do menor, independente das causas do rompimento do casamento. Em razão da evolução e diante da diversificação da família, foi inseridas na sociedade várias modalidades de guarda.

Nesse contexto, será feita uma análise mais delineada acerca do instituto da Guarda Compartilhada, sua evolução, aplicabilidade justificada por meio do princípio do melhor interesse do menor, suas vantagens e desvantagens e até mesmo suas contra - indicações dos aspectos e variáveis que interferem na acomodação das crianças. A importância da mediação para que tal instituto possa ser efetivado, e até mesmo como meio de pacificar os conflitos deixados pela separação que em geral deixa mágoas e ressentimentos. É de suma importância, pois é através desse meio utilizado, que o magistrado se baseia na sua decisão casuística. Na maioria das vezes, os conflitos por ser uma constante na vida dos ex-cônjuges, tornam-se desagradáveis e prejudiciais para os filhos, chegando até a transformá-los em neuróticos, covardes,

psicóticos e obsessivos, lesando seu desenvolvimento da personalidade. Os pais exercem certo controle externo do estado emocional da criança, controle que ela, terminará interiorizando. A base do desenvolvimento da personalidade está em grande escala nos processos de socialização que ocorrem dentro da família. A guarda compartilhada não será aplicada se houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

Tema atual e de grande relevância social, pois as modalidades de guarda atuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apenas privilegiam um dos genitores em detrimento do outro, a guarda compartilhada surge no ordenamento jurídico com a finalidade de diminuir o sofrimento de todos os envolvidos na ruptura familiar, especialmente os filhos menores, seu objetivo é que os pais possam compartilhar a convivência e a responsabilidade da prole.

O presente estudo tem por escopo encontrar a solução à luz da legislação e, em especial, visando o bem-estar e a proteção os filhos enquanto sujeitos em desenvolvimento.

Para tanto, necessário analisar a proteção da criança e adolescente no ordenamento jurídico, os aspectos legais da guarda compartilhada e os critérios de fixação da pensão alimentícia, viabilizando, assim, a conclusão lógica que se chega com o presente estudo.

Desta forma, as varas de família têm incentivado o estabelecimento da guarda compartilhada e há consenso de que o modelo deve ser assegurado para atender aos melhores interesses das crianças. Em muitos casos, o modelo de guarda compartilhada provou trazer inúmeras vantagens, como maior diálogo entre os pais, ausência de sentimento de “vencedor ou perdedor”, divisão dos cuidados físicos e maior participação na tomada de decisões. Entretanto, nem todas as famílias vivem em um ambiente ideal e harmônico e o modelo da guarda compartilhada como único, universal e abstrato, aplicado indistintamente, sem levar em conta o contexto de cada família, deve ser questionado.

A dinâmica da violência doméstica e a decisão de sair do relacionamento abusivo, entre outros fatores, está intimamente relacionada com as decisões sobre os filhos. A preocupação com a família, a subsistência dos filhos, a

segurança, a continuidade da convivência familiar e a guarda dos filhos são sopesadas pelas vítimas de violência doméstica, por ocasião da decisão do divórcio e da saída de um relacionamento permeado por violência. Além disso, existe uma concepção errônea de que a violência doméstica termina com o divórcio. O momento do divórcio representa um momento crítico na dinâmica da violência, constituindo fator de risco à segurança da mulher e da criança e que merece maior atenção. O impacto da violência doméstica sobre as crianças também está bem documentado, mesmo que as crianças sejam afetadas “indiretamente”. Testemunhar uma violência dentro da família também traz enormes prejuízos para as crianças,

Assim, espera-se, com o presente trabalho, contribuir para uma maior reflexão sobre o mesmo, em busca do melhor interesse da criança.

## 1. Noções introdutórias sobre guarda

### 1.1 Conceito de guarda

Apesar da difícil missão de conceituar a expressão guarda, dada à multiplicidade de fatores que enseja, podemos citar dois conceitos que chegam próximos ao melhor entendimento da expressão: Guarda na lição de Pontes de Miranda, “é sustentar, é dar alimentos, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guarda significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.<sup>1</sup>

O vocábulo, como informa De Plácido & Silva (2000):

É derivado do antigo alemão wargem, do inglês warden (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir, proteção, observância, vigilância ou administração, especificando que guarda dos filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de

---

<sup>1</sup>MIRANDA, Francisco Calvalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado – Parte Especial. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII, pp.94-101.

protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E, guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.<sup>2</sup>

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. É um instituto altamente ligado ao poder familiar, conforme se vê pelos art. 1.634, II do n CC “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: tê-los em sua companhia e guarda”.<sup>3</sup>, e o art. 22 ECA: “Aos pais incube o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhe ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.., nos remete a uma forte ideia de dever dos pais e do interesse ao menor, em virtude do art. 33, § 1º ECA: “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminarmente ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro”.

Para dar mais ênfase ao art. 1.634 do Código Civil no parágrafo mencionado anteriormente, valho-me das palavras de Grisard Filho (2005):

A guarda é a um só tempo, um direito, como de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhia nefastas e de freqüentar determinados lugares, e de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever como de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e promover seu futuro. Uma vez descumpridos estes, sujeita-se o titular, relapso a sanções civis e penais, por abandono de família. (p.45)<sup>4</sup>

Nesse contexto a guarda se caracteriza como uma forma de acolhimento jurídico do menor em uma família. Portanto, aquele que obteve a guarda assumirá muitos deveres e responsabilidades para com seus filhos, como educação, saúde, assistência integral, lazer, moradia, vida digna dentre tantos

---

<sup>2</sup>SILVA, De Plácido e, apud GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. pp. 48,49.

<sup>3</sup>Código Civil - capítulo V, seção II – Do exercício do poder familiar, art. 1.634, inciso II.

<sup>4</sup>GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 45.

outros. Uma vez conferida à guarda a alguém, tido como idôneo, não se admitirá a transferência do menor a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial. Mas, apesar disso, segundo o art. 35 do ECA, a guarda poderá ser revogada qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.<sup>5</sup> A perda ou a modificação da guarda poderá ser decretada nos mesmos autos do procedimento.<sup>6</sup>

Argumenta Sílvio Rodrigues que “Em nossos tribunais, acertadamente, a questão da guarda passou a ser enfocada exclusivamente sob a ótica do bem estar dos filhos, independente das causas do rompimento do casamento”.<sup>7</sup> Para ele até mesmo no caso da mãe adúltera, não lhe retirava a guarda dos filhos menores, exceto se seu comportamento tivesse comprometido na criação dos filhos.

Vejamos, o novo Código Civil adota quanto à guarda:

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

Parágrafo Único. Verificando quer os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.<sup>8</sup>

De forma específica o legislador trata da guarda dos filhos menores, em face da dissolução e da invalidade do casamento pelo divórcio, nulidade ou anulação, quer seja amigável ou litigiosa.

## 1.2 Guarda jurídica e guarda física

Enquanto estiverem juntos pai e mãe, a guarda dos filhos menores será compartilhada por ambos, mas a partir da ruptura familiar poderão ser vistos vários arranjos para a determinação da guarda, sempre preservando o interesse do menor.

---

<sup>5</sup>Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

<sup>6</sup>DINIZ, Maria Helena. op.cit.p. 600.

<sup>7</sup>RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: direito de família: volume 6/ Sílvio Rodrigues. – 28. ed. Ver. E atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>8</sup>Lei n° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil.

Antes de qualquer definição de modalidade de guarda, será mencionada a guarda legal e física, já que elas podem se apresentar de forma distintas. Do ponto de vista de Quintas (2009), “a guarda legal ou jurídica, isto é aquela atribuída por lei como elemento do poder familiar refere-se à responsabilidade dos pais de decidir o futuro dos filhos, direcionando-os, vigiando-os e protegendo-os”. Já a guarda física do mesmo modo pontua a autora: “é a presença do menor na mesma residência dos pais”. (p.23).<sup>9</sup>

Mister se faz em não confundir guarda física com a simples companhia. Vejamos, Quando os pais deixam os filhos com os avós ou na escola, não está atribuída à guarda física e sim a companhia. Logo, a guarda jurídica sendo atribuída aos pais apresenta-se em várias modalidades, como veremos adiante.

O instituto da guarda, em razão das múltiplas maneiras vividas pela família, foi inserido na sociedade onde teve que se adequar os seus tipos de modalidades as famílias diversificadas.

### *1.3 Tipos de modalidades de guarda*

Na obra de Waldyr Grisard Filho, que trata sobre guarda compartilhada, já mencionada neste trabalho, destaca várias modalidades de guarda, as quais foram comentadas abaixo de forma concisa, colocando a idéia principal do autor de cada modelo segundo sua visão:

1. **Guarda Originária, Guarda Natural ou Guarda Comum** - é o convívio diário entre pais e filhos, este tipo de modalidade decorre do casamento ou da União estável.
2. **Guarda Desmembrada e Delegada** – está guarda ocorre com a intervenção do Estado, por meio do Juizado da Infância e da Adolescência o qual outorga a guarda àquele que não detém o poder familiar para que seja dada a proteção ao menor.
3. **Guarda Derivada** - este tipo de modalidade é decorrente daquele que exerce a tutela do menor (art. 1.729 a 1.734 do CC).
4. **Guarda Fática** – é quando alguém toma conta de um menor, sem nenhum vínculo familiar e de forma a não comunicar o Estado para que este possa

---

<sup>9</sup>QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada – De acordo com a Lei n 11.698/08. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.23.

fazer um acompanhamento ou avaliação. Diante desta responsabilidade constatada, onde existe a assistência e a educação é nítido o vínculo jurídico que só será desfeito por decisão judicial em benefício do menor. São guardas originadas do fato.

**5 Guarda Alternada:** É aquele modo que possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos. Caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que podem ser anuais, semestrais, mensais, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao termo do período, os papéis invertem-se. É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança.

**6. Aninhamento ou Nidação:** Por este modelo, os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, os pais são quem a ela mudam-se, segundo um ritmo periódico, é um modelo pouco utilizado.

**7. Guarda Dividida, Guarda Única, ou Guarda Exclusiva:** É o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro “se impôs como o recurso de exercício de autoridade parental mais propício à criança, já que ela viverá num” lar “determinado e usufruirá a presença do outro genitor - a quem não foi atribuída à guarda - através do direito de visita”.<sup>10</sup>

Esse modelo tradicional de guarda atende aos padrões de uma sociedade que supervaloriza as figuras maternas, alegando que é inato à mulher saber lidar com seus filhos, e de que cabe a ela a condução da educação, cuidados, desenvolvimento, orientação e outros fatores pertinentes ao desenvolvimento da criança, cabendo apenas ao pai em ficar com a manutenção material de seus filhos.

**8. Conjunta ou Compartilhada:** A doutrina tem usado tanto a expressão guarda compartilhada quanto guarda conjunta. Nesse trabalho é feita à opção pelo uso da expressão guarda compartilhada, porque, etimologicamente, a palavra compartilhada mais bem expressa essa nova forma de arranjo.

---

<sup>10</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais; a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 260.

Compartilhar significa tomar parte, participar, enquanto conjunta significa ligado, junto simultaneamente.<sup>11</sup> Assim, é possível definir guarda compartilhada segundo a Lei n° 11.698/2008 como “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”.<sup>12</sup> É aquela em que os genitores compartilham os cuidados com seus filhos e participam da vida dos mesmos, ficando responsável tanto afetivo como juridicamente por eles. Define-se por ser um sistema em que os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos.

Estes tomam decisões conjuntas em relação aos seus filhos, no que tange ao seu bem estar, educacional e desenvolvimento. Trata-se de um compartilhamento de responsabilidades, como quando estavam juntos, tendo como única diferença o fato de estarem separados. Sendo mais um modelo de guarda, a mesma será apresentada em um capítulo à parte, por ser o núcleo, ou seja, o fundamento da ideia principal deste trabalho e para que possa ser mencionada de forma minuciosa.

## II - GUARDA COMPARTILHADA

### 1. Evolução história do instituto em tela

Constata-se que a evolução histórica do instituto Guarda Compartilhada, teve sua origem na Inglaterra na década de 60, ou seja, nasceu dentro do sistema do common law.<sup>13</sup>

Diante da controvérsia surgida em relação à guarda exclusiva da criança em caso de divórcio, na tentativa de não injustiça a nenhuma das partes, os tribunais ingleses, começaram a expedir uma ordem judicial denominada split order, (dividir ou repartir), ou seja, impor, legalmente, a responsabilidade conjunta do poder familiar entre os pais, privilegiando os interesses do menor,

---

<sup>11</sup>Dicionário Aurélio.

<sup>12</sup>Lei n° 11.698 de 13 de junho de 2008 – Disciplina a guarda compartilhada. Art. 1º, § 1º.

<sup>13</sup>Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>. Acesso em 12 de ago. 2023.

com o intuito de garantir a participação ativa dos genitores na criação dos filhos.

Segundo Leite (2003), descreve que:

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *Clissold*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d' Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa X Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperarem, em 1980, a *Court d' Appel* denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper X Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa<sup>14</sup>.

A influência do novo instituto não demorou a se manifestar de maneira mais enfocada na França, tendo como resultado a edição da *Lei Malhuret* (*Lei 87.570*, de 22/07/1987), que veio a modificar o *Código Civil Francês*, no que dizia respeito ao poder familiar que deverá ser exercido por ambos os genitores, mesmo após o fim da sociedade conjugal ou do divórcio, e impondo a responsabilidade compartilhada em relação à vida e aos bens do menor a seus pais. Também trouxe consideráveis avanços no caso de casais de união livre, unidas ou não, em que é reconhecido ao pai o direito de solicitar ao judiciário, o exercício conjunto da guarda.

Destarte, a influência também foi grande nos Estados Unidos, chegando-se à edição do *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, que buscou padronizar a jurisprudência em todo o país. Objetivando assegurar ao menor um contato ininterrupto com os seus pais, cabendo a estes a divisão dos direitos e das responsabilidades. Em todos os estados norte-americanos, este instituto é aceito legalmente, sendo autorizado de forma expressa, aspirante ou decorrente do acordo entre os pais.

---

<sup>14</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81012-soboenfoque.htm>, acesso em 12 de ago. 2013.

Visto que, em decorrência ao interesses do menor, a guarda compartilhada é reconhecida também no Direito Canadense, anteriormente, a guarda era atribuída somente a um dos pais, reservando-se ao outro o direito de visita. Os Tribunais canadenses têm decidido pela atribuição do novo modelo, principalmente por atender às necessidades psicológicas de todos os envolvidos (pais e filhos).

A evolução da guarda compartilhada em diversos países, contribuiu para que este modelo chegasse ao Brasil de forma sólida, baseando-se nos princípios fundamentais da pessoa humana. Surgiram fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Psicanálise, e como não poderia deixar de ser, do Direito, a mencionar acerca da guarda compartilhada, em que esta se posiciona como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

Foi então necessário à elaboração da Lei n ° 11.698/08 para disciplinar a guarda compartilhada conceituando-a, estabelecendo sua importância e as hipóteses a serem aplicadas. Antes da Lei a legislação não a proibia, não havia disciplina legal e nem restrição. Assim afirma Waldyr Grisard:

Embora inexista norma expressa, nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso direito...se não existe regras proibitivas à aplicação do modelo, por outro, a escassa doutrina nem a jurisprudência a repelem. (p.143)<sup>15</sup>

Esse instituto sempre teve assegurado através do art. 1.579, ao afirmar que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, e do art. 1.632 ao garantir que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Em 13 de junho de 2008, foi publicada a Lei n° 11.698, que dá nova redação aos art. 1.583 e 1.584 do CC, instituindo e disciplinando a guarda compartilhada.

---

<sup>15</sup> GRISARD FILHO, Waldy, op.cit., p. 143.

## 2. Justificativa da guarda compartilhada através do princípio do melhor interesse do menor

Coloca-se como núcleo importante das relações de filiação, o princípio do melhor interesse do menor, que se encontra em situação especial de desenvolvimento. Os interesses das crianças são prerrogativas absolutas, no caso da ruptura familiar a guarda tratará diretamente do destino, proteção, criação e educação da criança, onde se devem priorizar seus interesses.

Foi aprovada em 1989, pelas Nações Unidas, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 28, 14 de setembro de 1990, em que é estabelecido no art. 3, 1, da Convenção: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”. Para tanto, este princípio deverá estar presente em todas as áreas que se relacionar a familiar e a criança, tendo como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decide diferente da lei, se melhor interessar à criança, ou seja, deverá ser buscado o que fosse mais vantajoso ao modo de vida da criança, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio.

Se for observar na ruptura familiar, o princípio do melhor interesse da criança, ele é medido pelas diretrizes que devem ser baseadas na preservação de um saudável desenvolvimento físico e psíquico da criança, ou seja, pelo apego ou indiferença a alguns dos pais, condições materiais, como alojamento, proximidade da escola, círculo de amizades, ambiente social, qualidade dos cuidados, convivência com os irmãos, que não devem ser separados dentre outros atributos, ou seja, dependerá de cada caso concreto.

O art. 9º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, acentua que:

1. Os Estados -Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita a revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao

interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofrer maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança...

3.Os Estados – Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.<sup>16</sup>

A Convenção deixa claro em seu artigo mencionado anteriormente a necessidade dos pais na vida dos filhos, impedindo a separação dos mesmos, salvo nos casos de maus tratos dos pais para com os filhos, então para a Convenção é importante para a criança o contato com os pais e a manutenção desta relação de filiação.

Cita Quintas (2009), “Se os pais não vivem juntos, a guarda compartilhada é um arranjo de guarda que possibilita a manutenção das relações pessoais e do contato direito com ambos os pais”(p.62)<sup>17</sup> . Pelo que se pode denotar, a presença dos dois é melhor que a de apenas um. No Brasil, pesquisas revelam, segundo Guita Goldenberg (2002)<sup>18</sup>, que os filhos de famílias separadas que matem contatos contínuos com o outro genitor, que não esta com a guarda, teriam um melhor desempenho em termos subjetivos e cognitivos do que aqueles que não usufruem deste contato ou comunicação. A guarda compartilhada se justifica na diferença do exercício das funções do pai e da mãe que a própria natureza estabeleceu, por se completar igualmente e por ser importantes para a criança.

### **3. Vantagens, desvantagens e contraindicação da guarda compartilhada.**

O Direito de Família ocupa-se de relações afetivas, complexas. Portanto, não se resolvem questões complexas, impondo procedimento moral, de forma

---

<sup>16</sup> Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 28, 14 de setembro de 1990.

<sup>17</sup>QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, op. Cit., p.62.

<sup>18</sup>GOLDENBERG, Guita e GONÇALVES, César. “Estudo psíquico-jurídico das relações de filiação decorrentes da separações conjugais”. In: Revistas dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 806, p. 42, dez. 2002.

objetiva. Ser maleável é o melhor caminho. Portanto, é difícil impor instruções e comportamentos, de forma objetiva, no direito de família.

Para um caminho mais seguro à realidade do casal e filhos, numa situação concreta, menciona Maria Luisa Pova Cruz: “A aplicação da teoria tridimensional do Professor Miguel Reale (fato, valor e norma) é a aplicabilidade do Direito em sua essência: Dá-me o fato e lhe darei o Direito”.<sup>19</sup> Sem dúvida alguma faço jus que, não se pode deixar de mencionar que o modelo de guarda compartilhada não deve ser destacado como solução para todos os casos, haverá segundo vários doutrinadores como veremos mais adiante, situações em que o modelo é adequado, inadequado ou até mesmo contraindicado. Somente é admissível a guarda compartilhada quando a separação é consensual, haja vista, que na separação litigiosa não há acordo, então não há o que compartilhar amigavelmente.

Sendo assim, a separação conjugal não pode se estender à ruptura parental, pois, a criança precisa dos pais para ter um bom desenvolvimento cognitivo, psíquico e emocional. Bem menciona Giselle Câmara Groeninga: “O que se tem como certo hoje é que a família não se dissolve, transforma-se, e que a separação do casal conjugal não pode ser acompanhada da separação do casal parental”.<sup>20</sup>

### 3.1. *Vantagens da Guarda Compartilhada*

Um dos posicionamentos da presidente do IBDFAN e ex-desembargadora/ TJ – RS, Maria Berenice Dias:

A guarda compartilhada ao contrario do que todos proclamam, esta não é uma vitória dos pais, mas uma grande conquista dos filhos, que não podem mais ser utilizado como “moeda de troca” ou “instrumento de vingança”. “Acabou a disputa pela posse do filho que, tratado como um objeto, ficava sob a guarda da mãe que detinha o poder de permitir ou não as visitas do pai. Agora os filhos adquiriram o direito de não serem mais chamados de filhos da mãe!”.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=426>. Acesso em 15 de ago. 2023.

<sup>20</sup> Revista Jurídica Consulex – ano XII – nº 275 – 30 de junho/2008, pp.31-33.

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.ibdfan.org.br/impressao.php?t=artigos&n=433> < acesso data 15 ago 2023. e/ou <http://www.mariaberenice.com.br>

Para a autora os filhos não deveram mais ser tratados como um “iô iôs”, chegando até ser manipulados pelos pais, com a intenção de ferir, magoar, vingar-se do outro genitor, que é visto como adversário a ser destruído pelo outro, na disputa dos filhos na ora do divórcio. Com este novo instituto de guarda, os filhos foram privilegiados, buscaram-se, os legisladores dar melhores condições para o desenvolvimento da criança, ou seja, a criança precisa de ambos, seus pais, para ter sua personalidade desenvolvida. E também de não serem apenas chamados de filhos da mãe, mas também do pai, para tanto este sistema preserva o vínculo entre pais e filhos, pois já existia quando estavam juntos e que irá continuar após o divórcio.

A continuidade do convívio da criança com os pais são indispensáveis, para seu desenvolvimento emocional de forma saudável. Justifica-se a adoção desse sistema através da realidade social e jurídica que é reforçado na necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres perante a lei em direitos e obrigações na responsabilidade dos filhos. Sabemos que é muito importante para a criança, ter em mente um casal de pais em quem ela possa se espelhar e confiar, devendo os genitores ser mais harmoniosos e saudáveis, com isso é perceptível o desenvolvimento da saúde mental nessa criança. O novo modelo de guarda é um avanço assim descreve Maria Berenice Dias “favorece o desenvolvimento da criança com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse”.

Um dos aspectos positivos da guarda compartilhada é a convivência com ambos os pais, direito este estabelecidos em Convenções Nacionais e Internacionais, e a compreensão da igualdade entre homens e mulheres no direito da convivência, quanto na responsabilidade com seus filhos, que tal convivência é sem dúvida fundamental para a construção da identidade social e subjetiva da criança.

Muitos doutrinadores reconhecem a necessidade da adoção desse novo instituto, tal qual é o entendimento de Grisard Filho:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.<sup>22</sup>

Esse tipo de relação busca manter firme a relação entre os filhos e o pai e entre os filhos e a mãe, uma vez ser natural à modificação dessas relações com a separação. A autoridade parental é dividida e exercida pelos dois, o que proporciona ao menor uma situação de maior segurança, em que este se sente mais protegido e amparado. Diversas pesquisas no campo da psicanálise demonstram, que para a criança a falta do referencial da figura dos pais ocasiona lacunas psíquicas, ou ainda o conhecido conflito de lealdade, ocasionando uma divisão na personalidade dos filhos, que pode mais ou menos ser comprometedor na sua integridade psíquica.

Aguarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos do divórcio. Destarte, os pais permanecem com as mesmas funções de exercício que mantinham quando estavam em convívio, acompanhando ambos a formação e o desenvolvimento de seus filhos. Sob a ótica de Paulo Lobo a vantagem da guarda compartilhada esta: “Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza”.<sup>23</sup>

No rompimento da relação dos pais, a base familiar resta abalada, deixando de exercer ambos as funções do poder familiar, não mais vivendo os filhos com os pais, sendo deferida a guarda em favor de um, e assegurado ao outro o direito, de forma tarifada, de visitação. Segundo Maria Berenice Dias: “compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele

---

<sup>22</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada – Quem melhor para decidir? São Paulo: Pai Legal, 2002. Acesso em 15 ago 2023. Disponível em: <<http://www.pilegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextotipo=justiça&offset=10&IsTextold=1094972355>>.

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. Famílias. Op.cit. p. 177.

terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhe confere”.<sup>24</sup> Mesmo cessada a convivência de ambos, os pais, garante de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, assegurando a presença do vínculo mais estrito e a larga participação dos genitores na formação da educação de seus filhos. Não podendo deixar de denotar a importância da “*in vigilando*” que é atribuída aos pais por se descuidar da conduta de seus filhos, cabendo nesse patamar a Responsabilidade Civil, que tratando da responsabilidade indireta, pelo fato do agente ativo esta ligado por uma relação jurídica, no caso, a guarda, e exercendo conjuntamente o direito de guarda, presume-se aos pais como complemento do dever de educar suas crianças e de mantê-las sob suas vigilâncias. Nesse caso, os pais são solidariamente responsáveis pelos atos de seus filhos, mas cessada a sociedade conjugal e vínculo matrimonial cessa a solidariedade, cabendo apenas um a exclusividade da presunção de culpa, desde que esteja unicamente como guardião de seus filhos; a vigilância é decorrente da guarda e não do poder familiar.

Dentre estas indagações a favor do deferimento da guarda compartilhada também aos processos litigiosos, surge uma consideração que parece bastante pertinente, levantada por Denise Duarte Bruno.<sup>25</sup> Esta doutrinadora releva a importância de se observar no processo se à falta de acordo entre os pais seria sem fundamento ou se a mesma é preponderante por uma questão não referencial aos melhores interesses da criança. Envolve-se de valor o questionamento, pois o que se vê na prática é que casais em disputa pelos filhos, várias vezes não entram em acordo, pura e simplesmente como forma de retaliar a outra parte.

É por este fator que o psicanalista Evandro Luis Silva manifesta-se no sentido de que, mesmo em litígio, a guarda compartilhada ainda se mostra como solução mais favorável aos filhos. É o que sustenta em artigo publicado:

---

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 397.

<sup>25</sup>BRUNO, Denise Duarte. Guarda Compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano 3, n. 12, p.27-39, Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, 2002, p. 37.

Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas, etc.<sup>26</sup>

Assim, sugere-se que a guarda compartilhada poderá ser aplicada e terá êxito mesmo quando o diálogo dos pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos. Esta situação ensejaria um estímulo à adoção do instituto da guarda compartilhada, uma vez que acarretaria nova proximidade entre os genitores.

### 3.2. Desvantagens da Guarda Compartilhada

Para os doutrinadores que sustentam a impossibilidade do instituto em tela, o argumento mais importante decorre da discordância entre os pais, resultando assim uma duplicidade de autoridade aos filhos. Um dos pioneiros na análise deste instituto em tela foi Nick (1997), onde se observa o seu dizer:

As desvantagens da guarda compartilhada se centram na impossibilidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais; na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como um meio para negociar menores valores de pensão alimentícia; e na inviabilidade da guarda conjunta para famílias de classes econômicas mais baixas (pp.128-149).<sup>27</sup>

No divórcio litigioso, os casais geralmente estão em conflitos. Sendo um dos focos da separação, a guarda dos filhos, torna-se uma guerra contínua que impossibilita aos pais decidirem em conjunto o futuro de seus filhos. Neste patamar a guarda compartilhada é desvantajosa, podendo até ser utilizada de

---

<sup>26</sup> SILVA, Evandro Luis. **Dois lares é melhor que um**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>>. Acesso em: 02 ago. 2023, p.01.

<sup>27</sup>NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp.128-149.

forma errônea como meio entre ambos para negociar a pensão alimentícia. Em seu argumento Pereira (2005), aduz que:

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame de matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras.(p.128)<sup>28</sup>

Quanto à questão dos alimentos, pode ser acordado no mesmo instrumento da guarda, portanto trata-se de questão totalmente independente, os alimentos são devidos de acordo com as condições do alimentado e as necessidades do alimentado. Na obra de Maria Manoela R. de A. Quintas, ela pontua tal questão mencionando que “Há uma possibilidade de se estabelecer um Contrato de Garantia de Convívio Parental, para pais que nunca viveram juntos, estipulando o rateio das despesas durante a gestã e o parto e a guarda compartilhada a partir do nascimento...”.<sup>29</sup> Um outro argumento enfatizado pelo jurista Rolf Madaleno é a impossibilidade da concretização da guarda compartilhada a casais em litígio. É o que defende em sua obra “Direito de Família em pauta”:

A guarda conjunta não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe, para o seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. <sup>30</sup>

---

<sup>28</sup>PEREIRA, Sérgio Gischkow. Alimentos na Investigação de Paternidade e na Guarda Compartilhada,. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Alimentos no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 128.

<sup>29</sup>QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, op. Cit., pp. 69-70.

<sup>30</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 93.

O consenso dos cônjuges é fundamental para a harmonia da família. Portanto, para o jurista a guarda compartilhada só terá desvantagem, quando os pais priorizar os seus interesses e deixa em segundo plano os de seus filhos. Este instituto requer um juízo de ponderação, para aqueles pais que só enxergam o seu eu, pois, neste tipo de arranjo de divórcio, litigioso, é sempre visível às desavenças entre os separados, não havendo lugar para a efetivação da guarda em tela.

Desta monta, não é preciso muito esforço para observar que a escolha da guarda compartilhada encarada no litígio é um fator impeditivo. Assim sendo, o litígio converte-se na cena para o excitação dos desejos e para a perpetuação dos conflitos conjugais; pais em conflito constante, sem diálogo, insatisfeitos, que se digladiam, sem cooperação, que agem em paralelo contagia a educação que proporciona a seus filhos, repercutindo um ambiente hostil de modo negativo para as crianças. Para o casal que guarda mágoas e rancores com os quais tornam-se insuportáveis quaisquer espécie de relacionamento, a guarda compartilhada poderá ser prejudicial na continuidade da vida dos separados pelo fato que se apresentam nocivos aos filhos.

Outro posicionamento que merece ser trazido à ilustração do instituto em tela foi proferido pelo Tribunal de Justiça de Goiás, na Apelação Cível nº 2005.001.29240, julgada em 14 de março de 2006:

APELAÇÃO CÍVEL. MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA. Manutenção da guarda com a genitora e alteração das regras sobre visitação, a fim de estreitar os encontros entre pai e filho. Aplicação do princípio da prevalência do interesse do menor. Direito constitucional ao convívio com os pais. Inviabilidade da fixação de guarda compartilhada, ante a falta de harmonia entre o casal. Sentença que não merece reforma. Recurso improvido.<sup>31</sup>

Outro ponto patente a ser discutido e argumentado, que inviabiliza a guarda compartilhada é posto por Denise Duarte Bruno, no caso da “à violência doméstica, quer seja comprovada ou que se tenha indícios significativos, de

---

<sup>31</sup> \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Goiás. **Apelação Cível n. 2005.001.29240**, da 4ª Câmara Cível do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://www.tj.go.gov.br>>. Acesso em: 17. ago. 2023.

que um dos genitores praticou qualquer ato de violência contra o outro ou contra um dos filhos”. Este é um dos casos bastante relevante, para os operadores do Direito, “cada caso é um caso”, não podendo simplesmente estabelecer a guarda compartilhada sem dar uma observância ao caso, ou seja, existem casais que omitem para a justiça se há violência doméstica no lar, com medo do outro genitor lhe fazer mal. Muitas vezes, a violência é cometida contra a criança, no fato do genitor não ter como atingir o outro, atingi a criança como meio de afetar ao outro.

Como nos ensinou Freud, as pessoas se desviam de suas aquisições civilizatórias nos momentos de dissídios, perdendo sua capacidade de moderação e seus impulsos tornam-se mais próximos dos selvagens, prontos a praticar os piores atos, mesmo aqueles que em outro momento imaginaria impossível realizar. Evidente que as crianças são muito sensíveis a esse comportamento dos pais, apresentando-se graves distúrbios de personalidade, é melhor que a criança seja protegida de seu agressor, um dos genitores.<sup>32</sup>

O instituto em tela sofre ainda algumas críticas, segundo Gontijo Soares que afirma:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela alguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup>FREUD, S. - “Reflexões para os Tempos de Guerra e Morte” (1915), S.E., Rio de Janeiro, vol. 14, Imago Edit., 1980.

<sup>33</sup><http://www.soartigos.com/articles/230/1/artigos3AAimportE2nciadaguardacompartilhada>. Acesso em 13 ago de 2023.

Neste caso, é gerada uma instabilidade proveniente das freqüências de mudança de ambiente, contrapondo fortemente o princípio da continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar dos filhos. Desta feita, fica inconveniente a solidificar os seus hábitos, valores, padrões e a formação da personalidade do menor, pois, o grande numero de mudanças provoca um enorme desequilíbrio psíquico e emocional. Podendo ser citado um exemplo, na semana que o filho vai ficar com o pai este tem costumes habituais diferentes (dorme tarde, não almoça só lancha, não ajuda nas tarefas escolares e etc.) na outra semana que a criança for passar com sua mãe, esta percebe que a criança adquiriu outro estilo de comportamento, daí a mãe tenta corrigir, retornando a casa do pai ocorre tudo de novo. Como deverá estar a cabeça dessa criança? Cheia de dúvidas. Os pais tendem a não se entenderem. Se a separação se deu por falta de entendimento, qual o fundamento desse relacionamento ser continuado após a separação? Será o mesmo que viviam antes da separação, ou seja, conflitos de valores. Para Felipe R. Q. Aquino "... a separação não deixa de ser uma declaração de incompetência para amar. Aquele que não conseguiu construir a vida com a pessoa que escolheu livre e cuidadosamente, dificilmente se realizará com uma segunda ou uma terceira". Nesse caso, quando a incompatibilidade é total e ambos estão se destruindo, o melhor é mesmo se separar e procurar a intervenção Estatal para lhes auxiliar. De nada adiante os pais conviverem bem se cada um fornece aos filhos uma educação, formação e orientação diversa, e até mesmo oposta.

Do ponto de vista de Quintas (2009) "apesar de não ser possível prevê futuras complicações, alguns eventos normalmente têm interferido na guarda compartilhada". Podem ser destacados tais eventos como: Novas núpcias dos pais – relacionamento novo poderá afetar nas decisões tomadas em conjuntos pelos ex-cônjuges, ou seja, aparece uma terceira pessoa na relação. Querendo ou não esta terceira pessoa tem influência nas decisões a serem tomadas; mudança de ponto de vista dos pais – desacordo na religião ou nos costumes; mudança de residência dos pais – as mudanças são fatais nas relações familiares, podendo ocorrer após um período de tempo em que alguns dos

genitores possam necessitar em se locomover para outra cidade por desestabilidade, ou por necessidade de trabalho e até mesmo oportunidade.<sup>34</sup>

Na figura do juiz, se faz necessário quando os pais não estão de acordo ao compartilhar a guarda, devendo ficar claro na mente do magistrado que não deve obrigar aos genitores a escolha deste instituto. Mas, sempre que possível; não sendo, escolhe um dos pais como guardião, depois de ponderar o melhor proveito do filho; em situações extremas, a guarda poderá ser outorgada a um terceiro, de preferência o parente que demonstre afinidade com a criança. Apesar de o magistrado ter uma função social, está provado que casais que litigam não conseguem resolver suas desavenças em uma ou duas audiências, existindo no final da lide sempre um vencedor e um perdedor, continuando assim, a existir entre os genitores o rancor, acarretando um grave prejuízo aos seus filhos.

Quando os genitores procuram a justiça é porque precisam de ajuda, no caso, quando nas relações familiares afetam a ambos e/ou afeta aos filhos. Então eles delegam ao juiz as decisões que possam lhes competir. A decisão referente à guarda de filhos é matéria de extrema delicadeza, pois determina o destino de pessoas que não tem capacidade de decidir seu futuro. Entretanto, sua personalidade ainda se encontra em desenvolvimento, dependendo da decisão que foi tomada pelo magistrado, ela pode ser afetada, o que também poderá comprometer o seu futuro. Para tanto, é preciso considerar o aspecto multidisciplinar que a decisão da guarda apresenta; em que deverá ser orientada por critérios psicológicos, sociais e culturais de cada região, decisão esta que deverá se basear nos fatos apresentados, “cada caso é um caso”, a decisão vai depender de cada situação, ou seja, é uma decisão casuística. Analisada cada situação, o juiz proferirá uma decisão singular, única, própria, somente para aquela situação apresentada, não servindo de pré-modelo para as demais, mais sim como fonte de argumentação em casos semelhantes. O foco da decisão de guarda é a criança, onde será atribuída a decisão de acordo com o interesse dela, por ser frágil como menor e pelo seu sofrimento como maior atingida pela dissolução da família.

---

<sup>34</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. op. Cit., pp. 74-76.

Partindo desse pensamento foi implantado um órgão auxiliar nas Varas de Famílias, conhecidos como mediadores (é um processo em que a terceira parte é imparcial e neutra).

### 3.2.1. A importância da mediação na guarda compartilhada

É através da mediação que a justiça devolve à família o poder de decidir seu futuro, além de ser um meio de pacificar os conflitos. Segundo Stella Galbinski Breitman, afirma que a mediação:

É um conjunto de ferramentas, através das quais, uma terceira pessoa imparcial e especialmente treinada, vai ajudar as pessoas envolvidas em disputas familiares e reconhecerem e negociarem suas diferenças podendo chegar a um acordo que as beneficie, mutuamente, através da auto-regulação dos conflitos.<sup>35</sup>

O mediador agirá como um facilitador, orientando as partes na identificação dos temas, engajando-as na solução dos problemas em conjunto e explorando as possibilidades de acordo alternativos. Logo, é o meio de ajuda para o magistrado, pois oferecem as partes um espaço de diálogo e um tempo de compreensão do conflito que permitiria a reorganização de novas relações.

Para o mediador é vedado por seu código de ética, de utilizar seus conhecimentos profissionais especializados, como os de advogado ou de psicólogos ou até mesmo de médico para influenciar nas decisões, este não sugere, nem opina e muito menos decide pelas partes. O objetivo do mediador é facilitar a comunicação e o entendimento entre as partes, ao final do prazo, que poderá durar até seis meses o mediador deverá fazer um relatório expondo ao magistrado se teve acordo ou não sobre a guarda do menor, para que baseado no relatório o juiz possa dar sua decisão.

O importante da mediação é que ela propicie para a família decidir seu destino, permitindo a opção pelo arranjo de guarda mais adequada para seus filhos e para ambos, fazendo com que os pais entendam os motivos pelos

---

<sup>35</sup> BREITMAN, Stella Galbinski. "Mediação Familiar – Do conflito ao acordo". In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família, op. Cit., p. 136.

quais tomarão tal decisão. A decisão não partirá do magistrado, mas deles próprios, e por isso é de extrema importância na disputa de guarda. Desta feita, o processo de mediação não se aplica a todos os casos e têm suas limitações, deixando bem claro que, com a mediação o juiz não perde suas funções, além do que o acordo mediado não obriga nem o juiz nem os pais, até que sejam homologados. Na Comarca de Recife foi instituído, em 28 de maio de 2001 através da Resolução nº 150/01, o Juizado Informal da Família, visa solucionar processos litigiosos a critério do juiz, tais processos podem ser encaminhados para o Juizado e após um trabalho de sensibilização com os profissionais do Centro de Apoio Psicossocial, ocorre à audiência de conciliação, conduzida por um conciliador supervisionado pelo juiz coordenador. Funcionando deste julho de 2001, atingindo no primeiro trimestre julho/setembro 83% de conciliação, no entanto o juizado ainda não faz mediação.<sup>36</sup>

Alguns autores acrescentam mais um aspecto negativo da guarda compartilhada se posicionando no sentido de que, tanto as vantagens, quanto às desvantagens e especialmente as contraindicações da guarda em foco, não são absolutas. Devendo ser referentes, levando em consideração alguns aspectos relacionados às crianças ou à família que interferirão.

### *3.3. Contra Indicação da Guarda compartilhada*

Os aspectos ou variáveis que intervêm na acomodação das crianças/adolescentes, à guarda compartilhada, são relacionados abaixo e comentados brevemente.

#### *3.3.1. Variável individual e variável familiar*

Este tipo de variável individual está relacionado aos filhos, na idade, no sexo e no temperamento. No que diz respeito à idade das crianças, no rompimento da separação de seus pais, existem indícios de que a acomodação dos menores ao pós-divórcio de seus pais, independente do tipo de guarda, ocorre da mesma forma em diferentes etapas da idade da criança. Se considerarmos três faixas etárias para a separação dos pais e o

---

<sup>36</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, op. Cit., pp.102/103.

estabelecimento da guarda, no arranjo de guarda compartilhada ou não, iremos observar que: para os pré-escolares (0-5 anos), o estabelecimento de guarda compartilhada tem como contra posição a outra, ou seja, um outro tipo de guarda acarretará uma redução nos sentimentos de perda e abandono, aumentando o desejo de reconciliação entre os pais e o risco dos filhos terem dificuldade em suportar a instabilidade mesmo que os pais sejam afetivos e empenhem-se no arranjo comentado. Na fase escolar (06-11 anos), por sua vez, as crianças costumam a ter problemas de habitualidade independente do tipo de guarda, segundo alguns psicólogos, esta faixa etária pode ser adequada para os anos finais dessa faixa etária. Na faixa dos (11-19 anos), a fase dos adolescentes, criam-se desvantagens em flexibilidade a organização dos horários da guarda compartilhada. Estudos não finalizados indicam que os adolescentes podem tanto ser beneficiados quanto prejudicados por este arranjo em comento.

Observando a variável individual dos filhos no caso do sexo, no que se referi aos ganhos que os meninos e meninas possam obter no arranjo da guarda compartilhada, podemos citar duas conclusões: meninos com problemas de habitualidades emocionais tende a dificuldade de adaptação, independente do tipo de arranjo; existem estudos que demonstra o quanto às meninas se beneficiam mais do que os meninos quando se trata de guarda compartilhada, e que os meninos tem mais dificuldade em se relacionar a qualquer tipo de guarda. Destarte, referindo-se agora ao temperamento dos filhos e sua capacidade de adaptação, não existe estudos comprovados em que houve avaliação de forma cautelosa e isolada dessas variáveis, havendo indícios e suposição: indícios – criança com temperamento difícil tem mais problema em qualquer arranjo de guarda; suposição – o temperamento da criança contribui na decisão dos pais. Quando a criança tem o temperamento mais fácil pode se optar pela guarda compartilhada.

Dá-se variável familiar, quando se referem à relação do genitor com seus filhos e também genitores entre si. Na relação entre pais e filhos só é indicada à guarda em comento se ambos os genitores têm harmonia entre os filhos. No caso entre os genitores, o seu relacionamento não poderá ser de conflitos,

impedindo-os de se comunicarem entre si para realizarem quanto à escolha do arranjo de guarda, para com os filhos.

Os aspectos referidos acima com relação às crianças ou à família, embora possam servir de padrão para a opção do estabelecimento ou não da guarda compartilhada, são discutidos por Bastien e Pagani (1996) em dois níveis: provêm de pesquisas realizadas em classes sócias médias e altas; e as pesquisas não levaram em conta os processos familiares relacionados à decisão e as consequências do estabelecimento da guarda compartilhada. As autoras discutem, ainda, a adaptação das crianças a guarda em comento, em que não depende de uma variável isolada, mas do conjunto simultâneo das diversas variáveis, que devem ser considerados antes do estabelecimento, judicial ou extrajudicial. As condições a serem consideradas para a guarda compartilhada, dizem respeito: as condições e capacidade dos genitores – transmitir confiança e respeito ao outro genitor; direcionar seu comportamento sobre o bem estar de seus filhos e não considerá-los como sua posse; estar disposto a fazer concessões sempre que possível; ter coragem de falar com o ex-cônjuge, pelo menos no que diz respeito aos filhos; admitir e aceitar as diferenças entre os genitores; transmitir para seus filhos confiança.<sup>37</sup>

#### **4. Desenvolvimento da personalidade da criança**

O âmbito da personalidade está ligado ao muito do caráter próprio e particular da realidade psicológica, que cada pessoa tem. Para Victória Hidalgo e Jesús Palácios é entendido como “o conjunto de todos os traços psicológicos (todos eles participam na figuração de nossa individualidade) e outras vezes se limita aos aspectos afetivos e emocionais”.

No âmbito do desenvolvimento da personalidade a Teoria Psicanalítica que mais teve peso foi a de Freud, para esse filósofo o desenvolvimento da personalidade está ligado ao curso das pulsões sexuais ao longo de uma sucessão de estágios invariáveis que vão desde a sexualidade pré-genital infantil até a sexualidade genital adulta.

---

<sup>37</sup> Disponível em: <http://pilegal.net/chicus.asp?rvTextold=1317415677> acesso em: 14 ago 2013.

Na descrição de Freud (1938), os diferentes estágios do desenvolvimento da personalidade, dão-se por meio das fases:

Estágio oral (0 a 1 ano) é a atividade de sua sucção não-nutritiva é a primeira manifestação da libido, e a segunda vertente da atividade oral, nesse caso, com componentes sádicos; Estágio anal (1 a 3 anos) está ligado as funções excretoras que logo poderão ser utilizadas sadicamente pela criança para expressar hostilidade; Estágio fálico (3 a 6 anos) a fonte do prazer se desloca para os genitais e sua manipulação; Estágio de latência (6 a 11 anos) os impulsos se aplacam; Estágio genital (adolescência) com as mudanças da puberdade, os impulsos reaparecem, e a libido é reativada.<sup>38</sup>

As fases orais, anais e fálicas não se realizam simplesmente umas a outras, mas se integram e coexistem. O meio de como se resolvem os conflitos que devem ser enfrentados em cada fase entre as pulsões libidinais da criança e as expectativas e normas sociais implicará o aparecimento e a fixação de determinados traços de personalidade que acompanharão o sujeito até sua etapa adulta.

Os pais e o contexto familiar são os modeladores do desenvolvimento da personalidade infantil. A forma como os pais manejam a satisfação ou a restrição dos desejos de seus filhos (Freud), a forma de como responde as suas condutas exploratórias e suas iniciativas, a forma como agem diante de sua teimosia ou suas graças, a forma de como moldam com reforços diferenciais as condutas sociais de seus filhos (aprendizagem social), portanto, as coincidências descritivas são consideradas essenciais no desenvolvimento de um caráter mais acompanhado ou mais onipotente, mais seguro de si mesmo ou mais cauteloso, com mais confiança ou mais inseguro.

Na visão de Jesús Palácios, a família é:

Durante os primeiros anos da infância, o contexto mais habitual em que as crianças crescem e se desenvolvem é, sem dúvida alguma, a família, por isso, necessário referi-se a ela e a sua diversidade na hora de procurar

---

<sup>38</sup> PALACIOS, Jesús. Desenvolvimento psicológico e educação- Psicologia Evolutiva. Vol. 1.2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2004. pp.181-183.

entender tanto o desenvolvimento normativo da personalidade quanto seus aspectos diferenciais.<sup>39</sup>

Em análise as relações entre pais e filhos, no contexto de outras relações que ocorrem dentro e fora da família (a relação de pai com sua filha depende, em parte, de como vão as coisas com o casal pai-mãe, assim como nas relações entre a menina e suas colegas de classe), os pais exercem um controle externo do estado emocional da criança, controle que ela, a criança, terminará interiorizando. A base do desenvolvimento da personalidade esta em grande medida, nos processos de socialização que ocorrem dentro da família, mas sua configuração final poderá ser igualmente influenciada pelo que ocorrem em outro contexto e interações extras familiares, por exemplo, nas interações com os iguais (criança – criança). A criança ao explorar seu meio, em busca das descobertas, logo descobre as restrições que lhe serão impostas, e irá manifestar seu desagrado através de birras e choro, aprendendo, no entanto, a conviver com algumas limitações o que, saberá mais tarde, terá por toda a vida.

A família proporciona a primeira imagem de sociedade (e sociabilidade), no contexto de sua subcultura específica, e será o padrão de relação que a criança encontra o que servirá como um primeiro, mas poderoso, vislumbre das possibilidades de interações entre pessoas. Todos os membros de uma família são influenciados por seus padrões (ou leis familiares), que por sua vez sofrerão influências das “agências de socialização” (escola, parque, creche, vizinhos, etc.) e, em contra partida, trarão esses padrões para dentro de casa, alterando o comportamento familiar, desenvolvendo novos papéis, alterando alguns valores aprendidos de seus pais. Quando isso não ocorre haverá grandes choques nas relações, que poderão interferir no desenvolvimento psicológico de seus membros.<sup>40</sup> Por isso que se diz, que os filhos necessitam da companhia de seus pais que serão seus espelhos de luz.

Em sua obra sobre Guarda Compartilhada, Grisard Filho menciona:

---

<sup>39</sup>Ibid. p.190.

<sup>40</sup>JUNG, Carl G. O Desenvolvimento da Personalidade, Ed. Vozes, 1988 e D'ANDREA, Flavio Fortes. Desenvolvimento da Personalidade, Ed. Bertrand Brasil, 2001.

Na primeira infância, na tenra idade, o menor tem mais vinculação com a mãe, etapas da vida em que a personalidade do menor se desenvolve por instintos, não oferecendo preocupação quanto a um juízo de valor relativo aos pais e a guarda se definirá pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores mais insertos na maternidade, mas não ausentes na paternidade.<sup>41</sup>

Como foi mencionado anteriormente, a Teoria Psicanalista de Freud diz que, a primeira infância de 0 a 06 anos o menor tem mais contato com a mãe, ou seja, é criado um laço de dependência. É o instinto materno que protege e cuida de sua prole naturalmente, esta fase torna-se mais sensível, onde o afeto e a ternura tomam conta da relação materna com a filiação. Do ponto observado pelas psicólogas e psiquiatras Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Pisano Motta, ensinam que “do nascimento até por volta dos 18/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe”, formando com ela um elo, “da qual não se discrimina e da qual depende quase que completamente para a própria sobrevivência física e psicológica”, concluem abordando que, “a respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período”.<sup>42</sup>

Notório é a importância do genitor do mesmo sexo para o acompanhamento de seus filhos em momentos especiais, no caso em que as filhas dão a aptidão materna e aos filhos a paterna, portanto, a legislação atual não leva em consideração o gênero dos filhos como critério determinante da guarda. Do ponto de vista de Grisard Filho:

Inexistindo limite etário e preferência pelo sexo do menor à determinação da guarda, prevalece à idoneidade dos pais para o seu exercício, tomada aqui essa idoneidade como capacidade de ser pai e de ser mãe, com o fim de desenvolver o desenvolvimento integral dos filhos”.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup>GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.78.

<sup>42</sup>MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda de filhos: Algumas diretrizes psicanalíticas. RT, v. 716, pp. 346-357.

<sup>43</sup>GRISARD FILHO, Waldyr. op. Cit., pp.78-79.

Mister se faz levar em consideração, quem realmente tem capacidade de ser pai e de ser mãe, partindo da premissa da faixa etária e do sexo, a de se levar em conta à situação do caso concreto, para que só possa obter a guarda compartilhada na certeza da situação, quem realmente está hábito ou competente para a guarda de seus filhos.

### **III- LEI IMPEDE A GUARDA COMPARTILHADA EM CASOS DE RISCO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A Lei Nº 14.713, publicada em 30 de Outubro de 2023, traz alterações nas Leis nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), com o objetivo de ampliar a proteção à criança e ao adolescente.

A nova legislação estabelece o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, bem como impõe ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolva o casal ou os filhos. Em caso de risco de violência, será concedida a guarda unilateral ao genitor que não é responsável pela violência ou pela situação de risco.

Não há dúvidas de que a referida lei é uma grande conquista, pois a violência doméstica é uma questão séria e precisa ser tratada com cuidado e rigor. Toda a sociedade deve estar atenta para fiscalizar o uso das leis que foram criadas para a proteção não só das mulheres, mas para a proteção da família, especialmente das crianças e adolescentes.

As alterações reforçam que o instituto da guarda não representa a outorga de um título de propriedade, de um prêmio concedido egoisticamente a pais e/ou mães, mas, sim, uma medida protetiva, destinada a assegurar, prioritariamente, da forma mais integral possível, os melhores e superiores interesses dos filhos crianças e adolescentes.

A figura parental ausente de capacidade protetiva e com despreparo para o exercício da parentalidade, maternidade ou paternidade responsável,

não se mostra legitimada para o exercício da guarda (proteção e cuidado) dos filhos crianças e adolescentes.

Cabe consignar que a violência doméstica ou familiar impeditiva do compartilhamento da guarda tem que se mostrar atual, assim como não ser passível de neutralização por medidas protetivas pedagógicas, que permitam a manutenção, ainda que supervisionada, da convivência familiar, visando a reconstrução ou criação de vínculos familiares saudáveis.

Principais alterações:

### **Guarda Compartilhada com Restrições**

O § 2º do art. 1.584 da Lei nº 10.406, que trata do Código Civil, foi modificado para incluir uma causa impeditiva à guarda compartilhada. Agora, a guarda compartilhada não será aplicada se houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

### **Indagação Preliminar**

A Lei também acrescenta o art. 699-A à Lei nº 13.105, que rege o Código de Processo Civil, estabelecendo que nas ações de guarda, o juiz deve indagar às partes e ao Ministério Público, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação, se há risco de violência doméstica ou familiar. Isso dá ao tribunal a oportunidade de avaliar a segurança das crianças ou adolescentes envolvidos no processo.

Essa lei visa garantir que a guarda compartilhada seja estabelecida apenas quando a segurança das partes envolvidas estiver assegurada.

### **Prevenção**

Não deixa dúvidas de que, nas ações de família, as audiências de mediação (art. 694) são verdadeiros mecanismos estatais para prevenir e coibir a violência intrafamiliar (art. 226, §8º, constituição Federal).

Tal importante ato processual, deve sempre ser presidido e conduzido, presencialmente, por magistrado togado, tal qual acompanhado, in loco, pelo representante do Ministério Público. os magistrados que delegarem a realização de tais audiências a mediadores ou aos CEJUSC's, em tese, estarão cometendo um ato de violência institucional (art. 4º, IV, Lei

13.431/2017; art. 5º, inciso I, Decreto Federal 9.603/2018) contra pessoas crianças e adolescentes.

A realização das audiências de mediação, logo no início da marcha processual, com participação dos magistrados e dos representantes do Ministério Público, também dará efetividade aos princípios processuais da intervenção precoce, mínima e urgente (art. 100, parágrafo único, incisos V e VI, ECA; art. 2º, inciso V, Decreto Federal nº 9.603/2018), possibilitando a concretização do direito constitucional fundamental que prevê que a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, Constituição Federal).

Verifica-se que as Medidas Protetivas de Urgência visam conceder proteção máxima à vítima de violência doméstica, estendendo seus efeitos ao seu núcleo familiar. Entretanto, o dispositivo acima mencionado, muitas vezes, não foi observado no processo cível. Assim, como forma de garantir a maior segurança da(s) vítima(s), inclusive sob a ótica do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2021, os juízes de Família deverão observar a nova legislação sobre a temática.

### **A exposição das crianças à violência doméstica**

Pesquisa sobre o perfil das mulheres que sofrem violência doméstica no Brasil mostrou que 73% delas têm pelo menos um ou dois filhos, o que comprova que é preciso dar atenção às crianças em situação de violência doméstica.<sup>44</sup> A conscientização deve ser feita porque a criança é afetada pelo ambiente violento em que vive, mesmo que não seja a vítima direta. Testemunhar a violência doméstica por si só pode causar danos emocionais e comportamentais, configurando violência psicológica.<sup>45</sup> A exposição de uma criança à violência doméstica pode ser exemplificada pelo fato de ver, ouvir, ser informada ou presenciar os efeitos da violência e do controle coercitivo exercido contra um dos pais.

---

<sup>44</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Visível e invisível: A vitimização de Mulheres no Brasil. 3ª edição-2021, 36, <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel3ed-2021-v3.pdf>.

<sup>45</sup> CAHN, Naomi. Child Witnessing of Domestic Violence. In Handbook of Children, Culture and Violence. 3, 427 (Nancy E. Dowd, Dorothy G. Singer & Robin Fretwell Wilson. Eds., 2006).

A Academia Americana de Pediatria documentou que a prática de violência doméstica por um genitor contra o outro na frente da criança é uma forma de violência.<sup>46</sup> Ademais, os maus-tratos emocionais, físicos e sexuais e o tratamento violento contra a mãe são classificados como experiências adversas na infância (ACE). Um estudo de 1998 do Centro de Controle e Prevenção de Doenças e da Kaiser Permanente documentou que as experiências adversas na infância têm impacto na saúde física e mental, afetando mais de 60% dos adultos.<sup>47</sup> A obesidade, as doenças cardiovasculares, o alcoolismo e o consumo de drogas são problemas de adultos resultantes de experiências adversas na infância. A exposição à violência doméstica também pode causar efeitos psicológicos, como o medo de sofrer danos, preocupação ou tristeza excessivas, culpa, mentira habitual, baixa tolerância à frustração, distanciamento emocional, mau julgamento, vergonha e ansiedade em relação ao futuro. O relatório ensina ainda que as crianças testemunham 68% a 80% das agressões domésticas, mesmo quando não são agredidas fisicamente. Além disso, o centro informa que, nos lares onde ocorre violência entre parceiros, há 45% a 60% de probabilidade de ocorrerem maus-tratos a crianças (15% acima da média), o que demonstra que as relações marcadas pela violência podem ser um sinal para mais violência.<sup>48</sup> Sabe-se também que aqueles que foram vítimas de violência doméstica tendem a reproduzir padrões, passando a agressores na fase adulta. Em razão disso, é preciso que se invista na prevenção para evitar a exposição contínua à violência doméstica.

A Lei 14.713/23 também alterou o Código de Processo Civil introduzindo a cautela do convívio quando houver violência doméstica. In verbis:

Art. 699 – A – Nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 deste código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou

---

<sup>46</sup> AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS. Adverse Childhood Experiences and the Life Long Consequences of the Trauma. (December 13, 2022).

<sup>47</sup> PSYCHOLOGY TODAY. Alarming Effects of Children's Exposure to Domestic Violence. (December 13, 2022), <https://www.psychologytoday.com/us/blog/progress-notes/201902/alarming-effects-childrens-exposedomestic-violence>.

<sup>48</sup> Ibid.

familiar, fixando o prazo de 5(cinco) dias para apresentação de prova ou de indícios pertinentes.

Mas cerca de 90% da violência física é praticada por homens (of. Direito das Famílias — Ed. Forense, 4ª edição, p. 510). Nada justifica a violência. Por isto, o Direito deve interferir para “barrar os excessos gozosos”, ou seja, colocar limites externos em quem não os tem internamente. Eis aí a importante função do Direito, que é conter as pulsões inviabilizadoras do convívio familiar e social.

É preciso separar o joio do trigo, ou seja, conjugalidade de parentalidade, sob pena de trazer graves prejuízos aos filhos, ou mesmo usar a Lei como instrumento de vingança quando, na verdade, o seu espírito é o de proteção às pessoas vulneráveis. Portanto, não é qualquer indício de violência contra a mãe que autoriza a guarda unilateral. A referida lei alterou foi o Código Civil não a Lei Maria da Penha. Ou seja, a caracterização da violência, para efeitos desta lei deve ser em relação à criança e adolescente.

De qualquer forma, o norte para a aplicação da Lei 14.713/23 será sempre a busca do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, que é também a pergunta que deve nos guiar sempre para o estabelecimento e reflexão de proteção às pessoas vulneráveis. Ver a família sob a perspectiva da conjugalidade, separadamente da parentalidade, é um importante ponto de partida, e de chegada, para interpretação da Lei 14.713/23 e proteção e atendimento do princípio do superior interesse desses sujeitos em desenvolvimento.

#### **IV- CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após o resultado do conhecimento obtido por este trabalho, a dedução é que podemos compreender o modelo de guarda compartilhada como um avanço na proteção dos direitos inerentes à criança e ao adolescente, diante de uma eventual dissolução conjugal de seus pais, buscando proteger as crianças das pressões causadas pela ruptura.

Este instituto, em tela tem como escopo a manutenção do vínculo familiar existente entre os pais com relação aos filhos, ou seja, preservar os

direitos e deveres de responsabilidade conjunta entre ex-cônjuges que não vivam sob o mesmo teto.

A aplicação da Guarda Compartilhada vem confirmar o convívio permanente de ambos os pais com seus filhos, preservando a continuidade e fortalecendo os laços afetivos já existentes, oferecendo aos filhos a segurança de contarem com seus dois pais em suas vidas.

O texto da lei reafirma a prevalência da guarda compartilhada, ainda que haja desacordo entre o casal conjugal, pois não é ele que se busca preservar, mas a permanência do casal parental.

Agora é obrigatória, só não será aplicada se um dos pais declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho. E ainda possibilitará ao genitor não guardião, no exercício da supervisão que lhe compete, solicitar prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos e situações que afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos.

A nova lei só permitirá a mudança de residência do menor para outro município por concessão de ambos os pais.

Nesse contexto, destituídos os laços da sociedade conjugal, não mais existirá ligação jurídica entre os ex-cônjuges. Portanto, a separação é da família conjugal e não da família parental. O novo modelo de guarda compartilhada, não deve ser observado como solução ou substituição dos modelos já existentes no direito brasileiro, deverá ser encarada como mais uma opção para o magistrado na hora de julgar cada caso concreto.

Tal instituto visa, precipuamente, manter os laços afetivos dos pais e filhos sem a imposição de horários previamente combinados para a convivência com aquele que não detinha a guarda. Além do mais, objetiva a participação efetiva dos pais na educação e criação dos menores.

Juridicamente, permaneceu inalterada a obrigação alimentar, ao passo que aquele que detém maiores condições financeiras deve contribuir para o sustento do filho, em igualdade com o outro pai. Contudo, poderá ser revisto o valor quando, com a modificação da guarda física, o filho tiver diminuído as suas necessidades alimentares.

Deve-se ter em mente que qualquer modificação na realidade dos filhos, seja na questão da guarda, seja na dos alimentos, deve ser sempre pautada pelo princípio do melhor interesse do menor com vista à sua proteção integral, enquanto sujeito de direitos em desenvolvimento.

Nenhuma decisão relativa à guarda dos filhos terá caráter definitivo, ou seja, se evidenciado o desrespeito às obrigações relativas ao exercício da guarda, esta poderá ser revista a qualquer momento pelo juiz que a proferiu.

A guarda compartilhada segue sendo a regra e a modalidade prioritária em nosso ordenamento jurídico, permanecendo como exceção a guarda unilateral.

A nova redação do artigo 1.584, parágrafo 2º do Código Civil, trazida pela Lei 14.713/2023 deve ser interpretada restritivamente, somente se afastando a guarda compartilhada em razão de risco presente ou futuro de violência doméstica que possa afetar os filhos ou colocá-los em situação de vulnerabilidade física, psicológica ou emocional, devidamente demonstrada e comprovada ao longo do processo judicial, com arrimo, se necessário, em estudo social e avaliação psicológica.

A existência de episódios pretéritos de violência doméstica envolvendo os genitores, sem exposição de risco à prole, não implica, por si só, no afastamento da possibilidade de fixação da guarda compartilhada, por se tratar de modalidade de guarda que melhor atende ao interesse dos filhos e ao princípio da proteção integral preconizada na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, notadamente no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todos sonham com o amor infinito e com a possibilidade de constituir e manter a família unida. Poucos, no entanto, realizam o sonho. Aceitar o fracasso, enfrentar as adversidades que advém do rompimento do vínculo conjugal, mantendo-se atento às necessidades e aos direitos dos filhos não é tarefa fácil para a maioria dos pais no período pós-divórcio.

Diante dos conflitos dos pais, os filhos sofrem, chegando até ser afetada sua personalidade, mencionado pelos psicanalistas no trabalho, os pais e o contexto familiar são os modeladores do desenvolvimento da personalidade de

seus filhos, ficando as crianças diante da ruptura familiar prejudicadas pelo divórcio da continuidade dos pais no convívio familiar.

A própria Lei Maria da Penha prevê medidas de proteção para a reeducação e tratamento de agressores, não podendo a legislação regradar de maneira absoluta os institutos atrelados à convivência familiar e ao exercício da autoridade parental, dentre eles a guarda. O disciplinamento é necessário, mas não de forma absoluta, a Lei Maria da Penha, que obrigaram o agressor ao distanciamento, incomunicabilidade, acompanhamento psicossocial e comparecimento a programas de recuperação e reeducação, caso o ciclo da violência seja rompido e o acompanhamento psicossocial permita o restabelecimento de uma convivência harmônica e segura entre os pais, a guarda compartilhada não pode se tornar possível.

Na Lei Maria da Penha e na legislação civil, sempre em atenção ao direito fundamental à convivência familiar, ao melhor interesse da criança à tutela das mulheres vulneráveis nessas relações. Por isso, nunca se pode generalizar, e cada caso deve ser avaliado criteriosamente em suas especificidades para que não se tenha o risco de cometer injustiças dentro do próprio judiciário.

O balanço entre a proteção desses dois interesses na interação doméstica e familiar é fundamental, sendo crucial avaliar cuidadosamente o melhor interesse da criança, especialmente nos casos em que ambos os genitores desempenharam papéis significativos em sua vida. No entanto, se a presença de violência doméstica é verificada, é imperativo garantir também a proteção à mulher, evitando que ela fique à mercê do agressor e preservando seu direito a uma vida livre de violência.

A guarda compartilhada, que pressupõe uma boa convivência entre os genitores, torna-se claramente inviável no contexto de violência, ainda mais quando comprovado o risco iminente de o agressor utilizar-se dos filhos como instrumento ou ponte para atingir a saúde física ou mental da vítima.

A vítima, fragilizada e vulnerável, não pode ser razoavelmente esperada a manter um relacionamento saudável com seu agressor única e exclusivamente em prol dos filhos em comum. Embora a guarda compartilhada

seja vantajosa para o menor após a separação dos pais, proporcionando convivência com ambos e a responsabilidade compartilhada pela criação, é imperativo analisar também os direitos fundamentais da mulher vítima de violência.

Entretanto, diante da complexidade das relações familiares, a revogação da guarda compartilhada em casos de medida protetiva e violência doméstica se apresenta como uma mudança necessária, mas sujeita à análise minuciosa do caso em concreto.

A revogação da guarda compartilhada em casos de medida protetiva e violência doméstica reflete mais um passo para a evolução na legislação familiar, priorizando a segurança e o bem-estar das crianças em situações adversas, rompendo-se espirais de violência e padrões repetitivos comportamentais apreendidos no âmbito dos próprios lares. Essa mudança reconhece a importância de adaptar as leis às realidades complexas das relações familiares, garantindo que a proteção das vítimas de violência seja uma prioridade fundamental no sistema legal. Este ajuste no que era “padrão” busca, portanto, proporcionar um ambiente mais seguro e saudável para o desenvolvimento das crianças em situações desafiadoras.

Assim, toda a cautela deve ser empenhada, pelos juízos de família, na aplicação da restrição à guarda compartilhada em razão de risco de violência doméstica ou familiar, como estatuído pela Lei 14.713/2023, que, frise-se, deve ter interpretação restrita.

## VI. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil:** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 40/2003 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/64. – Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1968.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outra providencias. Vade Mecum Acadêmico de Direito - 2ª - ed. - São Paulo: Saraiva, 2006.

- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Vade Mecum Acadêmico de Direito - 8ª. ed. - São Paulo: Rideel, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008** – Disciplina a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03 de abril. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990** – Convenção Sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União I, Brasília, p. 22.256 e ss., 22.11.1990.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70016276735**, da 7ª Câmara Cível da Comarca de São Leopoldo. Disponível Em: <Http://Www.Tj.Rs.Gov.Br>. Acesso Em 01 Mai. 2023.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023** - Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estabelecer o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, bem como para impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvam o casal ou os filhos. Acesso Em 01 Dez.. 2023.
- Bruno, D.D.(2002). **Guarda Compartilhada.** Revista Brasileira de Direito de Família, ano 3, n. 12, p.27-39, Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, v.3, n. 12, pp. 27-39, jan./mar.
- Comel, N.E.D. (2003). **Paternidade Responsável.** 2. ed. Curitiba: Juruá,
- Diniz, M.H. (2006). **Curso de Direito Civil Brasileiro:** direito de família. 21.ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n 6.960/2002. São Paulo: Saraiva.
- Dolto, F.(1991). **Quando os pais se separam.** Com a colaboração de Inês Angelino. Tradução Vera Ribeiro-psicanalista. 2a ed. Jorge Zahar Editora: Rio de Janeiro.
- Duarte, L.P.L.(2009). **A guarda dos Filhos na família em litígio.** 3a ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris.*
- Fontes, R. (2005). Criança. **Revista Presença Pedagógica,** v.11, n.61, p. 03-05, jan./fev.
- Grisard, F.W. (2005). **Guarda Compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental, 3a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!** Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?con\\_id=1405&isPopUp=true](http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?con_id=1405&isPopUp=true)

⋮

\_\_\_\_\_. <http://www.ibdfan.org.br/impressao.php?t=artigos&n=433>

\_\_\_\_\_. <http://www.mariaberenice.com.br>

\_\_\_\_\_. Guarda compartilhada: **Uma solução para os novos tempos**. Revista Jurídica Consulex – ano XII – nº 275 – 30 de junho, pp. 26-27, 2008.

Goldenberg, G. & Gonçalves, C. (2002). **Estudo psíquico-jurídico das relações de filiação decorrentes das separações conjugais**. In: Revistas dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 806, dez.

Groeninga, G.C. (2008). **Guarda Compartilhada: Considerações interdisciplinares**. Revista Jurídica Consulex – ano XII – nº 275 – 30 de junho, pp. 31-33.

Jung, C.G. (2001). **O Desenvolvimento da Personalidade**, Ed. Vozes, 1988 e D'ANDREA, Flavio Fortes. **Desenvolvimento da Personalidade**, Ed. Bertrand Brasil.

Nick, S.E.(1997). **Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. In: BARRETO, Vicente (coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar.

Palacios, J. (2004). **Desenvolvimento psicológico e educação- Psicologia Evolutiva**. Vol. 12a ed. Porto Alegre: Artmed.

Quintas, M.M.R.A. (2009). **Guarda Compartilhada – De acordo com a Lei n 11.698/08**. Rio de Janeiro: Forense.

Tartuce, F. (2012). **Manual de Direito Civil**. 2a ed., São Paulo, Editora Método.