



Resenha do artigo intitulado “A guarda compartilhada e a lei nº 11.698/08”¹

Article review titled “Shared custody and law No. 11.698/08”

Gabriel Moreira Araujo da Silva²

 <https://orcid.org/0009-0001-3084-746X>

 <http://lattes.cnpq.br/5536042589417201>

UniProcessus – Centro Universitário Processus, DF, Brasil

E-mail: dir.gabrielmoreira@gmail.com

Resumo

Esta é uma resenha do artigo intitulado “A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08”. Este artigo é de autoria de: Leonardo Barreto Moreira Alves, Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. O artigo aqui resenhado foi publicado no periódico “Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte”, n. 13, jul/dez. 2009.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Guarda unilateral. Melhor interesse do menor.

Abstract

This is a review of the article entitled “Shared custody and Law nº 11.698/08”. This article is authored by: Leonardo Barreto Moreira Alves, Public Prosecutor of the State of Minas Gerais. The article reviewed here was published in the journal “Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte”, n. 13, Jul/Dec. 2009.

Keywords: Shared custody. Unilateral guard. Best interest of the child.

Resenha

Esta é uma resenha do artigo intitulado “A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08”. O artigo aqui resenhado, da autoria de Leonardo Barreto Moreira Alves, Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi publicado no periódico “Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 13, jul./dez. 2009”.

Quanto ao autor do artigo objeto da presente resenha, conheçamos um pouco acerca do seu currículo. Muito do que compõe a formação ou a experiência de um autor contribui para a reflexão temática dos temas aos quais se propõe a escrever. Conheçamos, então, um pouco sobre o autor.

O autor do artigo é Leonardo Barreto Moreira Alves. Graduado em Direito, possui Especialização em Direito Civil. É mestre em Direito Privado. Desde 2003, é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. É Professor de Direito Processual Penal de cursos preparatórios e da Fundação Superior do

¹ Resenha de aproveitamento da disciplina TC (Trabalho de Curso), do curso de Bacharel em Direito, do Centro Universitário Processus – UniProcessus, sob a orientação dos professores Jonas Rodrigo Gonçalves e Danilo da Costa. A revisão linguística foi realizada por Ricardo Machado Batista.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Processus – UniProcessus.

Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG), além de autor de livros e artigos jurídicos. É também membro do Conselho Editorial do Ministério Público de Minas Gerais e da Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Concentra sua atuação acadêmica nas áreas do Direito Processual Penal e do Direito Civil, com ênfase no Direito de Família (o currículo completo pode ser consultado em: <http://lattes.cnpq.br/1188874592766910>).

O presente artigo é dividido da seguinte forma: resumo, palavras-chave, *abstract*, *keywords*, introdução, além dos tópicos “a guarda unilateral e a síndrome da alienação parental”, “a guarda compartilhada e o melhor interesse do menor”, “a guarda compartilhada e a necessidade da prática da mediação”, “A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08”, das considerações finais e das referências bibliográficas.

Em resumo, neste artigo pretende-se avaliar e acolher o real interesse do menor, conferindo a guarda compartilhada. O tema deste artigo é discutir, à luz do texto da lavra de Alves, o seguinte problema: avaliar o tratamento dado ao tema pela recente Lei nº 11.698/08. O artigo parte da seguinte hipótese: a guarda compartilhada atende ao princípio do melhor interesse do menor.

No artigo, o objetivo geral foi identificar se a guarda compartilhada atende de forma objetiva ao princípio do melhor interesse do menor. Os objetivos específicos foram: distinguir os dois modelos de guarda já existentes em nosso ordenamento jurídico e abordar o melhor interesse do menor em relação à mediação para dirimir conflitos.

1. Introdução

O Código Civil consagrou expressamente o instituto da guarda compartilhada, que já era amplamente aceito pela doutrina e aplicado na prática pela jurisprudência. O reconhecimento legislativo pacificou definitivamente as discussões sobre a existência desse instituto.

Assim, a partir desse momento, a comunidade jurídica nacional volta sua atenção para a análise dos aspectos positivos e negativos da regulamentação da guarda compartilhada pela lei. De um modo geral, a nova lei tem sido vista de forma favorável pelos profissionais do Direito. No entanto, parte da doutrina civilista aponta graves falhas na nova legislação, que poderiam inviabilizar o uso dessa medida.

Nesse cenário, as críticas à lei se concentram principalmente no teor do atual artigo, segundo o qual “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Alguns autores entendem que esse dispositivo, ao estabelecer a guarda compartilhada como regra preferencial e quase obrigatória após a dissolução do casamento ou união estável, mesmo na falta de acordo entre os pais, representa um retrocesso em relação à regra geral da guarda unilateral concedida àquele que possua melhores condições, como era previsto no código civil anterior.

Por isso, defende-se a mudança da regra da guarda unilateral para aquele que possua melhores condições, uma vez que o litígio entre os pais inviabilizaria completamente o sucesso da guarda unilateral. É altamente positivo solucionar o problema do litígio entre os pais do menor por meio da prática prévia da mediação interdisciplinar, o que será abordado mais detalhadamente nos próximos capítulos.

A metodologia utilizada na pesquisa deste artigo analisa o ponto central da lei atual entre os doutrinadores e operadores do Direito, abordando os nefastos fenômenos da Alienação Parental e as consequências da Síndrome da Alienação Parental decorrentes da guarda unilateral, na qual um dos genitores diminui o contato

do filho com o genitor não guardião. Portanto, a nova redação do artigo resguarda o real interesse do menor, uma vez que o litígio entre os pais inviabilizaria completamente o sucesso daquela modalidade de guarda.

2. A guarda unilateral e a síndrome da alienação parental

Desde o início, existe a diferença dos modelos de guarda que subsiste no ordenamento jurídico brasileiro. A guarda é prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e disciplinada no Código Civil, sendo classificada nas categorias de “família substituta”, “tutela” e “adoção”, com o objetivo de diminuir o poder familiar e prezar pela proteção do menor. Após a dissolução do casamento ou união estável, o exercício do poder familiar torna-se difícil devido ao litígio vivenciado pelos pais, o que impossibilitaria o sucesso daquela modalidade de guarda e a proteção dos filhos.

A guarda unilateral pode ser determinada pelo juiz ou acordada entre os pais. Também pode ser concedida a terceiros com grau de parentesco, afinidade e afetividade, desde que se observe o interesse do menor. Nesse cenário, a lei define a guarda unilateral como a atribuição a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, considerando que o litígio vivenciado pelos pais impossibilitaria o sucesso daquela modalidade de guarda.

De acordo com o Código Civil, a guarda unilateral deve ser concedida ao genitor que demonstrar os seguintes aspectos: I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II) saúde e segurança; e III) educação. Esses critérios são meramente exemplificativos e não devem ser utilizados para dar preferência a um dos genitores. O genitor não guardião deve atuar como supervisor dos interesses do menor. É importante destacar que, nesse princípio, não se pode promover o afastamento do filho em relação ao genitor não guardião de forma prejudicial, seja por meio de acordo entre as partes para visitas ao filho ou por decisão judicial, já que o litígio vivenciado pelos pais impossibilitaria o sucesso daquela modalidade de guarda.

Historicamente, a guarda unilateral era uma forma de punir o cônjuge que não solicitava a separação. Dessa forma, os filhos se tornavam vítimas da lei, sem que o melhor interesse do menor fosse considerado. Atualmente, observa-se que o critério culposo na definição da guarda judicial dos filhos menores foi abandonado, priorizando-se o melhor interesse da criança.

A lei da mulher casada procurou corrigir essas distorções, alterando a redação do Código Civil para regular a questão da seguinte maneira: se ambos os cônjuges fossem responsáveis, o filho menor ficaria sob a guarda da mãe, a menos que o juiz determinasse que essa solução pudesse resultar em prejuízo moral. Se for constatado que a criança não ficará sob a guarda nem da mãe nem do pai, o juiz poderá optar pela colocação do menor sob a guarda de um terceiro notoriamente capacitado, mesmo que não haja relação de parentesco com os pais. A custódia é assegurada, mas o acesso aos pais é garantido. Havendo motivos graves, o juiz poderá, em qualquer caso, definir a situação dos genitores de forma diferente da anterior, sempre considerando o melhor interesse do menor.

De fato, em relação ao princípio do melhor interesse do menor, foram eliminados completamente os efeitos de culpa na custódia judicial moderna do menor, como afirmado antes da entrada em vigor: "Deliberada a separação judicial do divórcio, sem acordo entre os genitores para sua efetivação, a atribuição será concedida àquele que revelar as melhores condições de interesse".

3. A guarda compartilhada e o melhor interesse do menor

O autor do texto ora em resenhado deixa claro que o intuito da guarda compartilhada ainda não está previsto na aplicação prática. No dispositivo específico da Constituição Federal, assim está disposto: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...)." "O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos." "A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, exceto no que diz respeito ao direito que cabe aos primeiros de terem em sua companhia os segundos."

O autor, de maneira relevante, traz à luz a expressão da recente lei, retirando qualquer discussão sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada e tornando-a pertencente ao mundo jurídico. Não podemos esquecer que a lei em vigor encerrou de fato qualquer discussão sobre este assunto, estabelecendo uma qualidade nas responsabilidades entre o pai e a mãe, apenas firmando um endereço fixo como lar principal do menor, de acordo com quem tiver maior afinidade com a criança, afastando, assim, quaisquer indícios de que ser pai/mãe se resume aos encontros aos finais de semana e deixando de forma clara a participação dos pais separados na criação dos filhos.

No entanto, o autor depreende que a guarda compartilhada não exime o genitor que não tem a residência fixa do menor do pagamento da pensão alimentícia. Portanto, há clareza quanto à corresponsabilidade na educação, afetividade e igualdade. O autor afirmar de maneira explícita que a decomposição do casamento em relação ao(s) filho(s) traz consequências desagradáveis e aduz traumas psicossociais. A guarda compartilhada veio para dirimir todas essas questões e condições pelas quais a criança é obrigada a passar, deslocando o foco da relação dos pais para o melhor interesse do menor.

É claro que há uma miríade de efeitos traumáticos causados pela dissolução do casamento/comunidade estável, e um deles é o impacto no desenvolvimento psicológico dos filhos menores, em particular a frequente perda de contato com um dos pais. Nesse sentido, a guarda compartilhada parece contornar esses problemas, encorajando o máximo possível a manutenção dos laços afetivos entre o menor e ambos os pais após o término do relacionamento conjugal.

É importante esclarecer que a guarda compartilhada não deve ser comparada ou confundida com a chamada guarda alternativa. Esta última é desencorajada, pois protege apenas os interesses dos pais e implica em períodos alternados de convivência com a mãe e com o pai, por mais de 15 dias, alternadamente, o que pode ser prejudicial para o menor. A guarda compartilhada é altamente recomendável, pois protege o interesse total do menor e facilita o exercício do poder familiar e a manutenção dos vínculos afetivos dos menores com seus genitores que não residem mais no mesmo lar.

Por outra perspectiva, a guarda compartilhada tem uma importância real na prevenção do fenômeno da alienação parental e da síndrome da alienação parental associada, uma vez que o poder familiar é exercido de forma conjunta. Isso é oposto à situação típica de guarda unilateral ou exclusiva, na qual um dos genitores viola a guarda do menor para usar como extorsão e vingança contra o genitor não residente.

Assim, o autor afirma que a guarda compartilhada, devido às vantagens que confere e à concretização do princípio constitucional do superior interesse dos menores, é um instrumento útil para estabelecer o exercício dos poderes familiares no momento da dissolução e deve ser considerada como regra, substituindo de forma exclusiva a guarda unilateral.

4. A guarda compartilhada e a necessidade da prática de mediação

O autor esclarece que um terceiro devidamente preparado e profissional, que atua diretamente na mediação desses conflitos, tem uma grande chance de solucionar os conflitos existentes entre os genitores. Essa mediação busca encontrar uma solução em que ambas as partes saiam ganhando, sem prejuízo dos interesses envolvidos.

No entanto, o autor ressalta a diferença entre a mediação e todo o arcabouço legal usado para arbitrar entre as partes. O mediador é um profissional capacitado pelo tribunal para a resolução dos conflitos. O mediador busca construir a solução dos conflitos de forma a interromper o encontro impetuoso dos genitores.

Assim, com base na distinção entre a mediação e o grau de interferência na produção do acordo, os genitores realizam de forma prática a resolução dos problemas entre eles, atendendo aos interesses envolvidos. O mediador utiliza técnicas de linguagem, comunicação e diálogo para manter a dinâmica da conciliação, tornando o acesso à justiça mais humanizado. A linguagem utilizada nesse processo reconhece os conflitos entre as partes e permite que a audição mútua entre os genitores prevaleça, mantendo um diálogo constante. Esse método é utilizado para humanizar a resolução dos litígios.

O autor esclarece que o ponto central do artigo é ressaltar o quão pernicioso é o desejo individual de um dos genitores que utilizam os filhos como forma de chantagem na busca incessante por vingança. Isso acaba prejudicando diretamente o menor, tornando-os vítimas da alienação parental.

Ao perder o calor do desejo, o mediador constrói uma solução afetiva e racional para desenrolar a situação, podendo evitar o surgimento de novos conflitos levados ao poder judiciário. Devido à sua importância, exige-se capacidade de execução e trabalho interdisciplinar, principalmente nas áreas de psicologia, psicanálise, serviço social e sociologia, além da capacidade de mediação.

De fato, a tarefa de favorecer a prioridade no exercício do poder familiar entre os genitores que ainda estão em conflito é muito importante, pois a convivência entre eles é a fonte desse conflito crescente, que é um terreno propício para o desenvolvimento do fenômeno da alienação parental, resultando na indesejada síndrome da alienação parental. O autor ressalta a importância de incentivar a guarda compartilhada nessas condições, a fim de evitar a violação do princípio do melhor interesse da criança.

5. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/2008

Conforme mencionado pelo autor em vários trechos de seu trabalho, a lei estabelece claramente um regime de guarda compartilhada nos ordenamentos jurídicos nacionais. Essa lei foi aprovada em 13 de junho de 2008 e publicada no Diário Oficial da União em 16 de junho de 2008. Embora apresente algumas deficiências, ela é amplamente aceita pela comunidade jurídica.

Para que a guarda compartilhada não possa ser excluída, inclusive é considerada uma interpretação exaustiva da lei. Nesse sentido, permite-se que um terceiro participe da guarda, como já previsto na jurisprudência. Para tanto, o dispositivo em questão deve ser lido em conjunto com o dispositivo do Código Civil. Se o juiz entender que a criança não deve permanecer sob a guarda exclusiva de um dos pais, o juiz pode conceder a guarda compartilhada, levando em consideração o grau de parentesco, proximidade e afeto.

O autor continua sua análise sobre a nova lei, que foi fundamentalmente alterada. Ele afirma que a guarda compartilhada pode ser solicitada mutuamente pelos pais, exigindo o consentimento do pai/mãe em caso de separação, divórcio e/ou dissolução estável, ou ainda ser judicialmente ordenada pelo juiz em razão do melhor interesse do menor, dividindo o tempo necessário para que o filho viva igualmente com ambos os genitores.

Como o autor já mencionou, é importante lembrar que solicitar a guarda compartilhada é muito mais fácil quando há consentimento dos pais. Eles devem estar plenamente conscientes das responsabilidades que lhes incumbem e, principalmente, dos benefícios dessa medida para o melhor interesse do menor. A guarda compartilhada estabelece obrigações e direitos semelhantes para ambos os genitores, e sanções são aplicadas em caso de violação das disposições.

Nesse sentido, essas instituições se fundamentam na justificativa subjacente da guarda compartilhada na ausência de acordo entre os genitores. Torna-se uma prioridade aquele que pode demonstrar as melhores condições para o exercício da guarda compartilhada, protegendo assim de forma mais eficaz o melhor interesse do menor.

Em resumo, o autor afirma que é um grave erro estabelecer a guarda compartilhada para todos os casos em que os genitores não estão de acordo. Nesses casos, aumenta-se o risco de fracasso dessa medida. Portanto, as regras gerais anteriores são aplicáveis, sendo mais compatíveis com o princípio do melhor interesse do menor. A nova redação pretende afastar a guarda unilateral, embora ainda esteja descrito no dispositivo que quem revelar melhores condições pode exercer a guarda.

No entanto, o autor celebra de maneira relevante o novo dispositivo da lei, pois, após um longo tempo de trabalho nessa área, a guarda compartilhada, por diversos motivos claros, é a que melhor se adapta ao todo. A presença de conflitos entre os genitores não deve afetar o sucesso da guarda compartilhada. A lei explicita que a aplicação dessa medida nas situações mencionadas impossibilita a mediação interdisciplinar, que é altamente eficaz na resolução de conflitos. Somente em casos improváveis de insucesso da mediação é que se deve recorrer à guarda unilateral, visando proteger o bem-estar e o melhor interesse do menor, sem prejudicar a imunidade a que se refere a nova lei.

O autor afirma que a discussão parece afirmar que é imperativo a nomeação de uma liderança interdisciplinar de um profissional ou equipe capaz de conduzir a mediação interdisciplinar, antes de que a guarda compartilhada seja solicitada. Em sua visão, se o dispositivo afirma que um juiz realmente tem direitos, a ele deve ser atribuída o dever de autoridade. Os juízes são obrigados a decidir sobre a mediação interdisciplinar na medida em que suas atividades sejam possíveis sem ofender o princípio da inércia.

As alterações promovidas pela lei alteraram as regras gerais da guarda unilateral para a guarda compartilhada, ação esta que está no melhor interesse do menor. Caso não haja acordo entre os genitores para a adoção dessa medida, ela deve ser utilizada "se possível". No entanto, se a mediação não for bem-sucedida, excepcionalmente a guarda unilateral poderá ser aplicada, de acordo com a natureza da medida, conforme previsto na lei anterior.

A lei em análise deve ser aplaudida pela comunidade jurídica nacional, mas é gravemente errôneo afirmar que a modificação autoriza a violação culposa da cláusula de guarda, seja ela unilateral ou compartilhada, podendo acarretar a redução dos privilégios atribuídos ao titular, inclusive o número de horas passadas com o menor. Essa abordagem vai contra o princípio do melhor interesse do menor, punindo o

comportamento errático dos genitores. Essa punição tem um impacto significativo no desenvolvimento do menor e faz com que ele perca um tempo valioso com um dos pais. O autor afirma claramente que, com base em tudo o que foi discutido, a lei deve ser acolhida pela comunidade jurídica, apesar de suas deficiências, que podem ser apontadas para aprimorar sua aplicação.

6. Considerações finais

O autor do texto que foi objeto de resenha do presente artigo, enfatiza, em síntese, que não há motivo para temer a entrada em vigor da guarda compartilhada, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio ampliou e fortaleceu essa medida em prol do princípio do melhor interesse do menor, trazendo benefícios naturais.

Ressalta a dificuldade de não se recorrer a esse instituto quando os genitores do menor não concordam com a guarda compartilhada, e essa dificuldade deve ser superada por meio da prática da mediação interdisciplinar, conforme permitido pelo estado.

Portanto, a lei é considerada benéfica, existindo, nela, seção que prevê a guarda compartilhada como princípio, mesmo na ausência de acordo entre os genitores, aplicando-se "na medida do possível". A hipótese improvável de recorrer à "prisão preventiva unilateral" só deve ser considerada se a mediação falhar. Por fim, destaca-se que a atenção dos advogados não deve estar apenas na discussão jurídica da guarda compartilhada, mas sim em sua efetiva aplicação prática, sendo essencial aprimorar as instituições de conciliação familiar nesse sentido.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; A guarda compartilhada e a lei nº 11.698/08. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte**. Nº 13, jul./dez.2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16016038.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como elaborar uma resenha de um artigo acadêmico ou científico. **revista JRG de estudos acadêmicos**. Vol. 3, n. 7, p. 95–107, 2020. DOI: 10.5281/zenodo.3969652. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/41>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um artigo de revisão de literatura. **revista JRG de estudos acadêmicos**. Vol. 2, n. 5, p. 29–55, 2019. DOI: 10.5281/zenodo.4319105. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/122>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um projeto de pesquisa de um artigo de revisão de literatura. **revista JRG de estudos acadêmicos**. Vol. 2, n. 5, p. 01–28, 2019. DOI: 10.5281/zenodo.4319102. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/121>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Escolha do tema de trabalho de curso na graduação em Direito. **revista coleta científica**. Vol. 5, n. 9, p. 88–118, 2021. DOI: 10.5281/zenodo.5150811. Disponível em: <<http://portalcoleta.com.br/index.php/rcc/article/view/58>>. Acesso em: 13 ago. 2021.