

14**A GUARDA DOS FILHOS E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA LEI 14.713/2023**

*Zilda Cecília Torres Silva⁵⁰
Wladimir Paes de Lira⁵¹*

Resumo: A guarda dos filhos, enquanto instituto jurídico, passou por diversas transformações ao longo do tempo, de uma visão da criança como propriedade até sua primazia dentro do sistema de proteções legais. Atualmente, a guarda deve ser entendida como um dever atribuído aos pais, ou um terceiro na falta destes, de dirigir a criação dos infantes e prover o que lhes seja necessário a um desenvolvimento saudável. Objetiva-se, portanto, atender ao melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse contexto, o compartilhamento da guarda representa um dos grandes avanços na matéria, por permitir a efetiva participação de ambos os genitores na vida da prole comum, ainda que não possuam um vínculo conjugal. Recentemente, a Lei 14.713/2023 modificou o Código Civil para disciplinar que a existência de elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar impede a fixação da guarda compartilhada. Ocorre que, apesar da iniciativa louvável e da importância teórica à proteção daqueles em situação de vulnerabilidade, a redação da norma apresenta algumas imprecisões que dificultam a sua aplicabilidade em consonância com o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, o que será analisado nessa pesquisa.

Palavras-chave: Parentalidade; Filiação; Guarda; Convivência; Violência.

INTRODUÇÃO

O dever de guarda dos filhos é uma atribuição conferida aos pais como uma consequência natural da filiação, de modo que compete aos genitores o dever de assistência, criação e educação da prole, conforme definido pelo art. 229 da CRFB/1988. Excepcionalmente, faltando os pais ou caso não estejam aptos à guarda dos filhos, o encargo poderá ser exercido por um terceiro.

Há não muito tempo, a guarda era quase sinônimo de posse, o menor era uma propriedade do pai, possuindo poucos direitos na esfera jurídica. Com a evolução dos

⁵⁰ Pós-graduanda pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. E-mail: ceciliazilda@gmail.com

⁵¹ Orientador do resumo expandido. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz de Direito titular da 26ª Vara Cível/Família da Comarca de Maceió Estado de Alagoas. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. Professor da Universidade Federal de Alagoas. Vice-Presidente do IBDFAM/AL.

direitos da criança e adolescentes, os infantes passam a ter um papel de centralidade no ordenamento jurídico, objetiva-se a prevalência dos seus interesses, tendo em vista sua condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, a guarda passa a representar uma responsabilidade de cuidado e proteção dos genitores para com a prole.

Rafael Madaleno (2022, Page RB. 2.11) explica que quando exercida por ambos os pais na constância do relacionamento conjugal, a guarda será classificada como comum. No entanto, a grande problemática reside justamente na hipótese de inexistência de vínculo conjugal ou convivencial entre os genitores, pois será necessário definir a parcela de responsabilidade que cada um terá na vida do filho (ROSA, 2021, p. 530).

O Código Civil prevê duas possibilidades para o exercício da guarda: a unilateral e a compartilhada. Na modalidade unilateral, será atribuída a um só dos pais ou alguém que os substitua (BRASIL, 2002). O guardião será, portanto, responsável por decidir sozinho as questões relativas à vida do filho, cabendo ao outro genitor o direito a definição de um regime de convivência (ROSA, 2021, p. 535) e o dever de fiscalização.

Por outro lado, a modalidade compartilhada corresponde a responsabilização conjunta, de modo que as decisões relevantes deverão ser tomadas por ambos os pais. Paulo Lôbo (2021, p. 200 e 201) entende que a finalidade essencial do compartilhamento da guarda é a igualdade na decisão em relação ao filho ou corresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais.

A guarda deverá ser regulamentada, então, de forma que atenda ao superior interesse do infante. Nesse contexto, tem-se entendido que o compartilhamento propicia uma melhor situação para o desenvolvimento da prole, que poderá usufruir das linhagens materna e paterna, além de ter a participação efetiva de ambos os pais em sua criação.

A vista disso o diploma civil, desde as alterações trazidas pela Lei 13.058/2014, tem instituído a obrigatoriedade da guarda compartilhada (inicialmente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei 11.698/2008).

Atualmente, com a edição da Lei 14.713 de 30 de outubro de 2023, o Código Civil passou a prever que não havendo acordo entre a mãe e o pai, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um deles declarar ao magistrado que não deseja a guarda do filho ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar (BRASIL, 2002).

A Lei 14.713/2023, portanto, inseriu na parte final do art. 1.584, § 2º, do CC/2002 a impossibilidade do compartilhamento quando existirem elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. Ocorre que, apesar da importante iniciativa, a novidade legislativa apresenta algumas obscuridades que dificultam a sua aplicabilidade com vistas ao melhor interesse do menor, o que será objeto da presente pesquisa.

Em primeiro lugar, a redação dada a norma não deixa claro se o risco de violência deverá ser em face da criança ou também de seu ascendente. Além disso, dá margem à falsas denúncias, como forma de vingança pelo fim do relacionamento ou no desejo de ter o filho apenas para a si. Nesse contexto, destaca-se também que o legislador não trouxe quais são os elementos aptos a evidenciar o risco de violência doméstica ou familiar, ainda que em um rol exemplificativo.

Por fim, parece haver uma confusão entre os conceitos de guarda unilateral e direito de convivência, isso porque a simples fixação da guarda unilateral não retira do genitor não guardião a prerrogativa do direito de visitação, permanecendo ao menos em tese a possibilidade de contato entre a vítima e o suposto agressor.

METODOLOGIA

O presente trabalho foi elaborado a partir de uma pesquisa exploratória, através da análise e fichamento de doutrinas, artigos científicos, legislação e jurisprudência referentes ao objeto de estudo. Além disso, foi empregado o método dedutivo para a obtenção dos resultados e conclusões adiante explanados.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Por muito tempo, as crianças foram vistas como propriedades, estando seus interesses em segundo plano. Nessa visão de posse, predominou a ideia de pátrio poder, na qual o pai tinha poder absoluto na esfera doméstica, estando os filhos e os demais integrantes da família sujeitos a sua vontade. Assim, ocorrendo a dissolução do vínculo conjugal do casal, os filhos pertenciam ao homem.

No Brasil, o primeiro diploma normativo a tratar da guarda dos filhos de pais que não convivem foi o Dec. 181/1890, definindo que a sentença de divórcio determinaria a

entrega dos filhos comuns e menores ao cônjuge inocente (GRISARD FILHO, 2002, p. 50). Apesar das sucessivas alterações legislativas, a ideia de culpa pelo fim do relacionamento permeou por um longo período as decisões a respeito da guarda da prole comum.

A partir da CRFB/1988, os direitos das crianças e adolescentes assumem posição de centralidade, sendo assegurado a absoluta prioridade de seus direitos como um verdadeiro princípio. Nesse panorama, na definição das questões a eles, diretamente ou indiretamente, relacionadas deve prevalecer sempre aquela decisão que lhes seja mais benéfica, inclusive na definição do regime de guarda.

A guarda compartilhada, por sua vez, foi instituída no Brasil apenas em 2008, passando a ser obrigatória com a edição da Lei 13.058/2014. Essa obrigatoriedade foi bastante discutida, prevalecendo o entendimento de que poderia ser excepcionada caso desatendesse o interesse da criança.

Nesse contexto, o Ministro Villas Bôas Cueva (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020), em julgamento de recurso especial pela Terceira Turma do STJ, afirmou que “o instituto não deve prevalecer quando sua adoção for negativa aos interesses da criança ou lhe seja, inclusive, penoso ou arriscado”. Defendeu, ainda, que a aplicação da Lei 13.058/2014 “se submete à interpretação dos princípios constitucionais, sobretudo a cláusula de supremacia do melhor interesse do menor”.

Mais recentemente, a Lei 14.713/2023, alterou a legislação civil para estabelecer que a guarda não será compartilhada quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. Ocorre que, tal qual a Lei 13.058/2014, a recente mudança pode levar a situações que contrariem o melhor interesse da criança, devido as imprecisões trazidas por sua redação. Arrisca-se com isso regredir a um período no qual o compartilhamento da guarda era exceção.

De uma primeira análise, é possível notar que a lei não define se o risco deverá ser em face do filho ou também de um dos seus responsáveis. Sem dúvidas, um ambiente agressivo é extremamente prejudicial ao desenvolvimento da criança, ainda que a violência não seja praticada diretamente em face dela. No entanto, nem sempre quando cometida em face do genitor trará reflexos para a vida do filho, notadamente porque pode ser de ordem física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (BRASIL, 2006). É fundamental, portanto, separar os papéis de pai e cônjuge.

Outro problema reside no fato da redação aberta da norma possibilitar falsas denúncias, como forma de vingança pelo fim do relacionamento ou no desejo de ter o filho apenas para a si. O legislador não trouxe quais os elementos aptos a evidenciar o risco de violência doméstica ou familiar, ainda que em um rol exemplificativo. Diante disso, abre margem para um aumento exponencial de alegações caluniosas para requerer a guarda unilateral da prole comum.

O juiz deverá, portanto, ter cuidado redobrado na análise da veracidade dos fatos trazidos, a fim de evitar manipulações. Nessa linha, Rodrigo da Cunha Pereira (CONSULTOR JURÍDICO, 2023) afirma que “estabelecer a guarda unilateral e restringir o convívio do pai com o filho é uma medida extrema, que deve ser feita excepcionalmente, com a maior cautela, até porque, há casos de abuso e uso indevido de invocação da Lei Maria da Penha”.

No mesmo sentido, Conrado Paulino da Rosa (2021, p. 545), antes da elaboração da Lei 14.713/2023, já defendia que os profissionais devem estar atentos para evitar que a Lei Maria da Penha sirva como instrumento de retaliação por via dos filhos de algo relacionado à questão conjugal dos pais. Afirma, então, que toda e qualquer restrição do direito à convivência familiar necessita de criteriosa avaliação.

Parece haver, ainda, uma certa confusão entre as definições de guarda unilateral e direito de convivência, isso porque a regulamentação da guarda de forma unilateral não retira do genitor não guardião o direito a definição de um regime de visitação, mas apenas o direito de participar ativamente nas decisões a respeito da vida do filho. Dessa forma, acaso o objetivo fosse restringir o convívio entre o suposto agressor e a vítima, a lei deveria trabalhar com a possibilidade de suspensão do direito de convivência.

Ressalta-se que, apesar de estarem profundamente interligados, o poder familiar, a guarda e o direito de convivência não se confundem. É importante notar, ainda, que já era permitido ao juiz a fixação da guarda unilateral, a suspensão do direito de convivência e até a suspensão ou destituição do poder familiar caso estivesse justificado pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Além disso, caso a violência fosse em face da mãe, a Lei Maria da Penha já permitia a restrição ou suspensão das visitas aos dependentes menores (BRASIL, 2006).

Ante o exposto, é possível perceber que, tal qual a Lei 13.058/2014, a efetivação da Lei 14.713/2023 se submete a uma interpretação conforme a constituição, devendo sua

aplicabilidade está condicionada ao melhor interesse da criança e do adolescente, bem como dos demais comandos constitucionais.

CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que, apesar da louvável iniciativa para reduzir os índices de violência doméstica e familiar e conferir proteção às vítimas dessa alarmante realidade, o legislador na elaboração do texto deixou de considerar as várias possibilidades que podem repercutir na aplicação da lei e, assim, contrariar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ressalta-se que a guarda compartilhada surge como um mecanismo para reduzir os impactos originados nas disputas de guarda, evitando que os filhos sejam usados como “peões” nos conflitos decorrentes da separação dos pais. Além disso, a convivência familiar é antes de tudo um direito fundamental garantido a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, e sua suspensão retira do infante a possibilidade de conhecer as crenças e cultura de seu ascendente, limitando, ainda, o convívio com avós, tios, irmãos unilaterais e demais familiares.

Diante disso, é necessário que o emprego da norma esteja em harmonia com o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, além dos demais comandos constitucionais.

Por fim, destaca-se que a importância desta pesquisa reside na atualidade do tema, em face da recente alteração no Código Civil, de modo que ainda são, de certa forma, imprevisíveis as suas repercussões na prática judiciária e as suas consequências no âmbito das famílias brasileiras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de março de 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 15 de março de 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de março de 2024.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – volume 5: famílias.** 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada** [livro eletrônico]: física e jurídica / Rafael Madaleno, Rolf Madaleno. -- 5. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RB. E-book. Disponível em: <<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106557758/v5>>. Acesso em 08 de março de 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Cuidados com a guarda unilateral e o uso indevido da Lei Maria da Penha. **Consultor jurídico**, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-dez-07/cuidados-com-a-guarda-unilateral-e-uso-indevido-da-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em 13 de abril de 2024.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 8. ed., ver., ampl. e atual. – São Paulo: JusPODIVM, 2021.

Terceira Turma considera melhor interesse da criança e mantém decisão que deu guarda unilateral ao pai. Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06082020-Terceira-Turma-considera-melhor-interesse-da-crianca-e-mantem-decisao-que-deu-guarda-unilateral-ao-pai.aspx>>. Acesso em 21 de abril de 2024.

Artigo enviado em: 01/12/2024

Artigo aceito para publicação em: 15/12/2024.