

A GUARDA COMPARTILHADA: aspectos controversos de sua aplicabilidade nas relações familiares

Juliana Mota de Lucena Alves¹

Luciana Flavia Nunes Casimiro²

RESUMO

O presente artigo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, traz à baila a guarda compartilhada, especialmente abordando seus princípios orientadores, entre os quais estão da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral da criança e do adolescente, bem como apresenta aspectos controvertidos. O tema tem destacada atualidade, considerando a recente edição da Lei n. 13.058/14, na qual os arts. 1.583, 1584, 1585 e 1.634 do Código Civil estabelecem o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõem sobre sua aplicação. Nesse desiderato, sobressai a importância do assunto, recortando-se a questão do exercício do poder familiar e dentre as espécies de guarda, traçando-se um especial paralelo com a guarda unilateral, por ser objeto de debate jurisprudencial.

Palavras-chaves: Direito Civil. Guarda compartilhada. Relações Familiares. Aspectos controversos. Lei 13.058/14.

JOINT CUSTODY: controversial aspects of its applicability in the family relationships

ABSTRACT

This work, through bibliographical research and analysis of the case-law, is about the joint custody, specially addressing its principles, such as the dignity of a human being, the affectivity, the best interest and total protection of the child, as well as addressing its conflicting aspects. The theme has a notable relevance, considering the recent edition of the Law n. 13.058/14. The law alters articles 1.583, 1584, 1585 e 1.634 of the Civil Law, establishing the meaning of the term “joint custody” and explaining its application. In this

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: julianamdlucena@gmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: casimiroLuciana@yahoo.com.br

objective, the importance of the subject stands out, focusing on the issue of the exercise of family power and types of custody. An important parallel between unilateral custody and joint custody is established, since it is a topic of debate in precedential decisions.

Keywords: Joint custody, Precedent, Conflicting Aspects.

1 INTRODUÇÃO

A guarda é a denominação jurídica conferida ao direito de convivência entre pais e filhos, que será exercido de forma recíproca por eles; é um desdobramento do poder familiar, sendo desempenhado pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia democrática de colaboração, baseada, sobretudo, no afeto.

Até o advento da Lei n. 13.058/14, que alterou os arts. 1.583, 1584, 1585 e 1.634 do Código Civil, a guarda unilateral era a regra na disciplina jurídica da matéria; agora, com a reforma legislativa, a guarda unilateral restringiu aos casos em que um dos pais não deseja a guarda do filho; em caso de necessidade específica da criança e do adolescente ou quando o magistrado tiver o livre convencimento de que os pais não oferecerem condições psicológicas ou morais para cuidar do filho, hipótese em que será atribuída a terceiros, de acordo com grau de parentesco e afinidade com a criança e o adolescente.

A alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.058/14 é objeto deste trabalho, revelando a atualidade do debate, posto especialmente em virtude de suscitar várias controvérsias jurisprudenciais.

A guarda compartilhada é tratada, aqui, a partir de um recorte da questão do exercício do poder familiar e dentre as espécies de guarda, traçando-se um especial paralelo com a guarda alternada, por ser objeto de debate jurisprudencial.

Ademais, considerando que a definição sobre a guarda de criança e do adolescente e o exame da matéria não prescinde de uma abordagem principiológica, merecem destaque os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral da criança e do adolescente.

2 VISÃO PRINCIPIOLÓGICA DA GUARDA

Os princípios são enunciados normativos genéricos com conteúdo de validade universal, os quais orientam a compreensão do ordenamento jurídico na sua integração e aplicação, também usados para elaboração de novas normas. No direito, os princípios gerais

são a base, os alicerces do ordenamento jurídico, apoiando o sistema independentemente de serem normas jurídicas expressas.

Especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 (BRASIL/1988), uma verdadeira carta de princípios, houve uma constitucionalização do direito civil, apenas a norma deduzida a partir do texto tornou-se insuficiente, mostrava-se limitada para a interpretação do direito das famílias; assim, os princípios constitucionais vieram para clarear as interpretações do direito substancial civilista.

No direito das famílias, o qual concebe a família como célula base da sociedade ou entidade mínima na construção do Estado, os princípios consagrados pela Constituição Federal são valores fundamentais responsáveis por dar uma nova visão ao direito, não podendo se afastar da concepção atual de família multifacetada, tais como: famílias matrimoniais, informais, homoafetivas, monoparental, parental, mosaico, ampliada, substitutas e eudemonistas, razão pela qual, antes de apresentar a evolução, conceito e as classificações da guarda no ordenamento jurídico pátrio, é mister apresentar a visão principiológica do aludido instituto.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 traz entre os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser compreendido como um valor moral e espiritual intrínseco à pessoa humana.

Tal princípio está elencado no rol dos direitos fundamentais da Carta Constitucional, expressamente previsto no artigo 1º, III³, e, especificamente, no capítulo constitucional do título da Ordem Social, que se dedica à Família, e encontra previsão nos artigos 226, § 7º e 230⁴, em que se tutela a dignidade das pessoas que compõem o núcleo familiar.

³Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III- dignidade da pessoa humana;

⁴Art.226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado. [...]

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos, educacionais e científicos, para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art.230. A família, a sociedade, e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Orientado pela proteção constitucional, o legislador ordinário, na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, espelhou a proteção do desenvolvimento e o direito à dignidade das crianças e adolescentes nos seus artigos 3º, 4º e 18º⁵.

Historicamente, podemos referenciar o tratamento das famílias a partir da família patriarcal, em que a pessoa do patriarca era quem tinha detinha todos os direitos, tomava todas as decisões e tinha o poder econômico; à mulher e aos filhos eram negados todos os direitos. Assim, no núcleo familiar, eram tolerados abusos, a mulher era subjugada às vontades do marido e, também, os filhos tinham que cumprir todas as vontades do chefe da família, cenário que não era adequado para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Houve uma mudança no paradigma da legislação a partir da Constituição democrática de 1988 e, mais ainda, com a edição do Código Civil de 2002, que prestigiaram a dignidade da pessoa humana no contexto também da família, em reformulação ao Código Beviláqua, podendo-se citar o advento do Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio; assim é que se pode afirmar, que “a dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem” (DIAS, 2010, pg. 66, grifo presente no original).

Portanto, no âmbito das famílias, devem existir a solidariedade, a união, o afeto, a confiança e, acima de tudo, o respeito entre os seus membros, como condições para que reciprocamente possa ser exercida a proteção da dignidade da pessoa humana no núcleo familiar.

2.2 Princípio da Afetividade

Esse princípio fundamental do direito de família baseia-se nas relações afetivas e sociais e, ainda que não esteja expressamente previsto na Constituição de 1988, está implícito em vários artigos.

O texto constitucional consagrou o afeto quando reconheceu, por exemplo, no artigo 226, § 4º⁶, a união estável – união de duas pessoas pela afeição mútua – como entidade

⁵Art 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes á pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, afim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

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

Art 18º - É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁶ Art. 226. [...]

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

familiar; de igual maneira, o fez ao prever a igualdade entre os filhos independentemente da origem – irmãos biológicos e não biológicos – no artigo 227, § 6º⁷.

No Código Civil, podemos afirmar que o artigo 1.593⁸ contempla o princípio da afetividade, ao admitir a existência de parentesco por laços diversos que não a consanguinidade.

Nesse contexto, podemos ainda afirmar a existência de um dever jurídico da afetividade entre os cônjuges e companheiros, filhos e os parentes entre si, reforçado pela intervenção legislativa:

Às vezes a intervenção legislativa fortalece o dever de afetividade, a exemplo da Lei n. 13.058, de 2014, que tornou obrigatória a guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais separados, assegurando o direito à convivência e reduzindo o espaço de conflitos (LÔBO, 2015, p. 67).

Quando ocorre o término do casamento ou da união estável e existem filhos frutos desses enlaces, a afetividade deve prevalecer como uma forma de melhor resolver os conflitos advindos dessa situação; referido princípio deve, assim, orientar a forma de melhor proteção às crianças e aos adolescentes.

2.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é uma construção doutrinária com ênfase na maior proteção dos direitos da criança e do adolescente, que se encontra estreitamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

O Estado, segundo a Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, deve tratar como prioridade os interesses da criança e adolescente, assim como devem fazer a família e a sociedade, sobretudo porque se cuida de pessoa em formação.

Contextualizando, pode-se dizer que, remotamente, o princípio foi edificado a partir do instituto inglês da *parens patriae*, concebido como uma prerrogativa do rei em proteger os infantes, defendendo os seus interesses.

Nos Estados Unidos da América, no ano de 1813, a Corte da Pensilvânia julgou o caso *Commonwealt vs Addicks*, em que uma mãe acusada de adultério pedia a guarda dos

⁷ Art. 227. [...]

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resultado de consanguinidade ou outra origem.

filhos; a corte julgou a favor da genitora, lhe concedendo a guarda, levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, gerando com essa decisão uma jurisprudência a favor dos interesses das crianças e adolescentes (LÔBO, 2015, p. 70).

Até então, quando ocorria a separação do casal, só era levado em consideração os interesses dos pais, o interesse da prole era analisado em segundo plano. A partir da construção principiológica em referência, passou a ter relevância os interesses dos infantes na solução dos casos concretos; para concretizar o princípio, com vistas a uma compreensão de qual solução será melhor para os interesses da criança e do adolescente, em alguns casos, o juiz e o *parquet* ouvem os filhos antes de decidir ou requerer providências; não se olvide, oportunamente, que as equipes multidisciplinares tem um papel relevante no auxílio das questões afetas à criança e ao adolescente, auxiliando, até mesmo, na tomada das decisões judiciais pelo magistrado.

No Brasil, aplica-se o princípio, também, para eliminar as diferenças entre os filhos legítimos dos ilegítimos, bem como atribuindo a ambos os pais, ao homem e à mulher, direitos de cuidar conjuntamente da prole, por meio da guarda, dando-lhe proteção, educação e proporcionando o seu regular desenvolvimento.

Nos casos de investigação de paternidade e na concessão de alimentos gravídicos, o princípio tem relevância na medida em que considera, para o deferimento da providência, a contingência social relativa à proteção do nascituro.

Esse princípio, que possui uma estreita relação com os princípios de direitos humanos, não deve ser adotado como uma recomendação ética, pertinente apenas ao espectro do “dever ser”, e sim como um caminho a ser seguido pelos aplicadores do direito na situação faticamente submetida à apreciação, como “critério significativo na decisão e na aplicação da lei” (FACHIN apud LÔBO, 2015, p.71).

2.4 Princípio da Proteção Integral

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente é incorporação da doutrina que alterou de forma significativa os vínculos de filiação, vedando qualquer discriminação entre os filhos, por exemplo. Esse princípio passou a ser consagrado especialmente no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal⁹, assegurando como prioridade

⁹ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

absoluta às crianças e adolescentes uma gama de direitos e garantias fundamentais, bem como determina a forma pela qual deverão ser implementados tais direitos, contemplados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Destarte, sobre o mencionado Estatuto, verifica-se a sua regência pelos princípios da proteção integral, do melhor interesse e da paternidade responsável, contemplando normas de conteúdo processual, civil e penal, bem como abrigando normas que reconhecem as crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

O princípio busca, desse modo, o atendimento do melhor interesse das crianças e adolescentes, especialmente em face de situações de maus tratos, ausência ou negligência dos pais, que podem importar, até mesmo, na destituição do poder familiar e na colocação das crianças e dos adolescentes em famílias substitutas, como último recurso.

No caso de rompimento do enlace dos pais, o princípio orienta também que deve ser sempre levado em consideração a proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o seu bem-estar, o que é melhor para que possa se desenvolver na fixação da guarda.

Por essas razões, resta evidente que os princípios embaixadores do direito das famílias acima elencados, implícitos ou explícitos no texto da Constituição Federal, estão de forma simbiótica entrelaçados entre si e são de suma importância para nortear a interpretação do direito aplicado aos casos de família, inclusive, do instituto da guarda, a seguir exposta.

3 DA GUARDA: Aspectos evolutivos, conceituais e classificatórios do instituto

Durante a vigência do Código Civil de 1916 admitia-se a discussão da culpa pelo término do casamento; logo, no caso de desquite, era decidido quem deveria ficar com a guarda dos filhos, de acordo com a idade, sexo da criança e do adolescente e também considerando quem não tinha dado causa ao fim do casamento.

Se a separação fosse amigável, a guarda poderia ser ajustada por um acordo de vontade das partes; se a separação fosse litigiosa, caberia ao magistrado analisar e identificar um culpado pelo fim do casamento. Depois da apuração da culpa, deveria então atribuir quem ficaria com os filhos. Se houvesse um cônjuge inocente, com ele deveriam ficar os filhos menores, mas caso os dois fossem considerados culpados, as filhas ficariam com a mãe e os filhos até completarem seis anos de idade; depois que completassem essa idade, seriam entregues ao pai.

Mas se a única culpada fosse a mulher pelo fim do matrimônio, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. “Eram entregues como prêmio,

verdadeira recompensa ao cônjuge ‘inocente’, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole” (DIAS, 2010, p. 450). Assim, o que era uma possível melhor situação para os filhos não era considerado.

Com a Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), se a separação judicial do casal fosse consensual, era reservado aos cônjuges o direito de acordarem sobre a guarda dos filhos, mas permanecia ainda a ideia da culpa com relação a quem deu causa à ruptura do casamento; era atribuída a guarda do filho àquele que não deu causa à separação do casal.

Apesar de tudo, a lei admitia alguns abrandamentos, quando houvesse motivos graves, e, em qualquer caso, era facultado ao juiz decidir de forma diversa do que estabelecia a lei considerando o que fosse melhor para os filhos.

A igualdade entre homens e mulheres, consagrada pela Constituição, com os mesmos direitos e deveres na sociedade conjugal, também implicou no reconhecimento da união estável como entidade familiar nos mesmos moldes do casamento, trazendo, inclusive, expressa proibição de discriminação dos filhos de relações extramatrimoniais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu novo tratamento às crianças e aos adolescentes, considerando-os como sujeitos de direitos e, assim, dispondo sobre os seus direitos fundamentais.

O Código Civil de 2002, com igual perspectiva, definiu a guarda compartilhada e a guarda unilateral, embora tenha continuado a prevalecer a guarda individual até as alterações que foram objeto da Lei n. 11.698/08, quando houve um novo paradigma de priorização da guarda compartilhada.

Em um sentido inicial, guarda é a denominação jurídica conferida ao direito de convivência entre pais e filhos, que será exercido de forma recíproca por eles.

Pode-se extrair da legislação em vigor que guarda é um desdobramento do poder familiar, sendo exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia democrática de colaboração, baseada, sobretudo, no afeto.

Quando ocorre a separação dos cônjuges ou companheiros, seja a separação de corpos, a separação de fato, o divórcio ou a dissolução da união estável, isso não deve significar a separação de filhos e pais. Isso porque a criança e o adolescente não podem ter cerceada a sua convivência familiar com os seus pais, quando estes passam a viver em residências distintas, na qualidade de sujeito de direitos estabelecida pela Constituição, de um ser em formação, que deve ter prioridade absoluta, em vista da promoção de sua dignidade, da sua proteção integral, do seu melhor interesse, preservando os laços afetivos.

O sistema jurídico brasileiro reconhece algumas modalidades de guarda de acordo com sua origem e finalidade, tais como guarda comum, guarda alternada, aninhamento ou nidação, guarda unilateral e guarda compartilhada.

Guarda comum é a espécie que é exercida de forma igual por ambos os genitores na constância da relação conjugal; não precisa que a relação dos pais seja oficializada pelo casamento ou pelo reconhecimento jurídico da união estável; basta que haja uma união de fato, pois a guarda é um dever-direito que decorre do próprio poder familiar e não de um poder concedido pelo Estado – seja pela atividade legislativa ou mesmo jurisdicional –, a sua origem é natural e surge com a filiação.

Sobre a guarda alternada, não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de uma construção doutrinária, aceita pela jurisprudência pátria; todavia, raramente é aplicada e a sua estipulação acontece normalmente por acordo das partes. Este tipo de guarda pressupõe a alternância de residências: o pai e a mãe alternam períodos de guarda exclusiva; por essa razão, é muito criticada, tanto pela doutrina, como pelo direito comparado. Na França, v.g., essa forma de guarda foi expressamente proibida por decisão do Tribunal de Cassação, no ano de 1984.

Uma possível crítica feita à guarda alternada é que, com a possibilidade de cada um dos pais, por um período de tempo, ficar na guarda exclusiva da criança e do adolescente – lapso temporal que pode ser de um ano, um semestre escolar, uma semana, uma parte da semana, ou ainda uma repartição de dia-sim/dia-não – é possível que haja constantes e rotineiros deslocamentos dos filhos, de forma que não se observe o melhor interesses da crianças e adolescentes; ficariam sem um lar de referência, embora seja aconselhado preservar um lar estável e um local de domicílio permanente, para um sadio desenvolvimento. Essa opção de guarda, ainda, tende a intensificar os conflitos familiares, pois privilegia a vontade e interesse dos pais, ao invés dos direitos e interesses dos filhos.

O aninhamento ou nidação é um tipo de guarda em que, em vez de os filhos se deslocarem entre as residências, são os pais que se deslocam. Esses se revezam em períodos alternados para a moradia onde vive o infante. Assim, cada genitor tem sua própria residência individual, e, ainda, uma terceira moradia para os filhos, em que alternam o tempo de convívio. Essa forma de fixação da guarda não exonera a necessidade de fixação das verbas de natureza alimentícia para os filhos. Para muitos operadores do direito, trata-se de uma ficção jurídica, algo impraticável, já que é extremamente dispendiosa, importando na manutenção, pela família, de três residências distintas.

Antes da Lei n. 13.058/14, a guarda unilateral era a regra. Agora, o legislador a restringiu aos casos em que um dos pais não deseja a guarda do filho; em caso de necessidade específica dos filhos – e não dos pais –, ou quando o magistrado tiver o livre convencimento de que os pais não oferecerem condições psicológicas ou morais para cuidar do filho, hipótese em que será atribuída a terceiros, de acordo com grau de parentesco e afinidade com a criança.

Na guarda unilateral, apenas um só dos genitores possui a guarda, que será, portanto, exclusiva do pai ou da mãe, cabendo ao outro o direito de visitas, já que é direito recíproco de pais e filhos a convivência. Há o registro pela doutrina que não deve existir primazia da mãe para o direito da guarda, eis que o pai também pode possuí-la de forma exclusiva, dado o princípio constitucional da igualdade.

É importante ressaltar, a respeito do direito de visita, que não se restringe à visitação do filho na residência do genitor guardião ou no local em que este designar; o direito à convivência compreende o direito a ter o filho em sua companhia, para momentos de lazer fora do seu domicílio e, até mesmo, para cuidados e transporte em atividades diárias da criança e do adolescente. O direito de visitas não pode ser restringido pela sua regulamentação ao ponto de ensejar uma alienação do pai/mãe não detentor da guarda, mas que tem, pela separação, inabalado o seu pátrio poder.

O seu exercício vai depender do que foi convencionado pelos pais e homologado pela justiça, ou o que foi decidido pelo juiz, que deve ter bastante atenção e cuidado em relação à regulamentação do direito de visita, levando em conta que o melhor interesse da criança e do adolescente deve prevalecer, e não o dos pais.

O exercício do direito de visitas constitui umas das principais fontes de conflitos entre os genitores, sendo comum um dos pais dificultar, restringir, impedir o acesso do outro ao filho, o que comumente se chama de processo de alienação parental.

Na IV Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2006, foram aprovados alguns enunciados os quais dispõem a respeito do melhor interesse da criança e do adolescente, entre os quais destaca-se o Enunciado n. 333: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”¹⁰; pela sua redação, percebe-se que é valorizada não só a convivência com os pais, mas a convivência familiar com um todo, compreendendo os avós, tios, etc.

¹⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 333, IV Jornada de Direito Civil. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/355>>. Acesso em: 23.out.2016.

Algumas críticas à guarda unilateral podem ser propostas. Primeiramente, criam um distanciamento entre os filhos e o genitor não guardião; depois, os períodos de afastamento levam a um enfraquecimento dos laços afetivos pela não participação de um dos pais no cotidiano dos infantes, gerando uma falta de responsabilidade e compromisso com a educação e desenvolvimento dos filhos; ademais, muitas vezes, esse distanciamento importa na alienação parental – verificada quando o guardião impede ou dificulta o direito à convivência paternal, frequentemente estendida a toda a família do genitor não detentor da guarda. Deve sempre prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente, que não dispensa a convivência sadia com o núcleo familiar de ambos os pais.

A guarda compartilhada, estabelecida pela Lei n. 11.698/08 e, posteriormente, pela Lei n. 13.058/14, será exercida simultaneamente pelos pais separados, seja na separação de fato, seja no divórcio, seja, ainda, em medidas cautelares ou liminares; também se aplica aos casais homoafetivos, de modo que assegura aos filhos a convivência e o acesso livre de ambos os pais, que exercerão plenamente a autoridade parental.

Os fundamentos da guarda compartilhada estão na Constituição, pois é o seu exercício que garante o melhor interesse das crianças e adolescentes, fortalecendo a afetividade dos filhos com os pais, que dividem de forma igual o tempo de convívio com a prole. Como a guarda é conjunta ou bilateral, não existe direito de visitas preestabelecido, com horários e dias previamente fixados, como acontece na guarda exclusiva ou unilateral.

Para alguns doutrinadores, a denominação correta seria convivência partilhada, ao invés de guarda compartilhada, já que este termo dá uma ideia de poder dos pais, detentores da guarda, sobre os filhos, enquanto que aquela expressão evidencia a reciprocidade do direito à convivência, que é titularizado tanto pelos pais como pelos filhos.

Assim, a guarda compartilhada é a divisão equilibrada do tempo de convívio com os filhos; em consequência disso, os genitores estão mais presentes no cotidiano dos filhos, garantindo uma maior participação na educação, crescimento e desenvolvimento, proporcionando uma continuidade da relação dos filhos com ambos os pais.

Sobre a guarda compartilhada, o doutrinador Paulo Lôbo leciona com muita propriedade:

A guarda compartilhada é obrigatória, independentemente da concordância dos pais separados. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos. (LÔBO, 2015, p. 177)

A alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.065/14 suscitou profunda descrença dos operadores do direito e da doutrina quanto à efetividade da guarda compartilhada, pois existia um convencimento de que, para a sua implementação, os pais deveriam superar os ânimos exaltados, os conflitos, a fragilidade emocional que permeava todo o processo de separação, no qual, muitas vezes, os filhos são 'usados' como instrumento de vingança para atingir o ex-cônjuge ou ex-companheiro; desacreditava-se que a guarda poderia ter o propósito do bem-estar dos filhos como prioridade em detrimento das mágoas acumuladas pelos genitores com o fim da relação.

O legislador resolveu ignorar todas as dificuldades para a sua implantação quando a tornou obrigatória, cabendo ao juiz determiná-la nas ações de guarda, independentemente da solicitação dos pais ou da sua concordância.

Quanto aos alimentos, nessa forma de guarda, não há impedimentos de que sejam fixados, considerando que nem sempre a situação econômica e financeira dos pais é paritária, de modo que as despesas da prole devem ser divididas de acordo com a capacidade dos alimentandos, podendo a obrigação ser exigida pela via judicial.

No instituto do compartilhamento, há dupla residência ou, em outras palavras, dois lares, de modo que o filho fica com livre acesso para ir e vir da casa dos pais, que exercem de forma plena a autoridade parental.

Dessa forma, não existe o direito de visitas que vige na guarda unilateral, não havendo que se falar em 'guarda com hora marcada' ou 'pais de final de semana ou férias'; os pais estão presentes no cotidiano dos filhos.

Assim, os pais permanecem com a divisão de tarefas relativas às atividades dos filhos, da forma como existia antes do desenlace; de acordo com o que foi acordado, cada um dos genitores participa das atividades escolares, de lazer e esporte, por exemplo, dos filhos.

A responsabilidade civil, nos atos praticados pelos filhos submetidos à guarda compartilhada, é definida nos termos do art. 932, I, do Código Civil¹¹, segundo o qual os pais respondem civilmente pelos danos causados pelo filho menor que estiver sob sua autoridade e companhia, em contraposição ao que ocorria na guarda unilateral, em que, v.g., no período de guarda materna, só ela seria responsável pelos atos do seu filho, enquanto que o pai responderia pelos danos decorrentes do ato do menor apenas se causado no período em que estivesse com o direito de visitas.

¹¹Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Na guarda compartilhada, portanto, a responsabilidade civil pelos danos causados pelo filho é conjunta dos pais.

Outrossim, a menção à autoridade no dispositivo legal significa que o filho está submetido ao poder familiar dos pais; não se trata de matéria de fato, mas sim de direito. Logo, a importância da companhia para a finalidade da responsabilidade é mais um elemento fático do que jurídico, a respeito do que esclarecem Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

Sendo a guarda compartilhada, ambos terão o exercício do poder familiar e, consequentemente, a responsabilidade objetiva pelos danos causados a terceiros pelo ato de seus filhos menores, pois pai e mãe preencherão os requisitos de “autoridade e companhia”, previstos no art.932, I, do CC.(TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 218)

Nesse contexto, a guarda compartilhada proporciona a corresponsabilidade e a coparentalidade nas relações de pais e filhos e é caracterizada pela solidariedade nos deveres e nos direitos inerentes à autoridade parental, sempre prevalecendo o diálogo pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Parte-se da premissa de que a participação de ambos os genitores é importante para os filhos, de modo que essa relação de convivência deve ser preservada a fim de que seja garantido o pleno desenvolvimento dos filhos. O compartilhamento da guarda gera a manutenção dos vínculos afetivos com os pais, assim como com toda a família materna e paterna.

4 PREVISÃO LEGAL E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVA PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.058/14

No ano de 2002, a despeito do pequeno número de concessão de guardas compartilhadas, os tribunais, de forma tímida, vinham concedendo a guarda compartilhada com disparidade de interpretação do direito de família. Nesse ano, foi proposta uma alteração pelo projeto de Lei n. 6.350/02 para dar nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil¹².

¹² Art. 1º. Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º. Acrescentem-se ao artigo 1.583 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2012, os seguintes parágrafos:

Art. 1.583. [...]

§1º. O juiz, antes de homologar a conciliação sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§2º. Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilidade do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou de convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do direito familiar. '

Art. 3º. O art. 1.584 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação:

Essa alteração legislativa atendeu aos reclamos de uma sociedade em que se operou a inserção de um número cada vez maior de mulheres no mercado de trabalho, e na qual os homens passaram a assumir os cuidados com os filhos e ajudar nos afazeres domésticos; os papéis antes definidos de homem e mulher se misturaram e, até mesmo, em alguns contextos familiares, inverteram-se. A mudança da sociedade ensejou uma atuação positiva do Estado por meio da alteração legislativa, que não podia mais apenas admitir a guarda unilateral, normalmente conferida às mães.

Após a Câmara dos Deputados ter aprovado o texto, esse foi encaminhado para o Senado Federal, que apresentou uma substituição do Projeto de Lei n. 6.350/02 para o Projeto de Lei da Câmara nº 58 de 2006.

A mudança do projeto de lei era uma reivindicação dos doutrinadores do direito de família, em especial do Professor Waldyr Grisard Filho e dos movimentos associativos vinculados à família, como o Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM), o Movimento Pais para Sempre, a Associação de Pais Separados do Brasil (APASE).

O projeto foi aprovado e sancionado pelo Presidente da República, entrando em vigor a Lei n. 11.698/08 que alterou os artigos 1.583¹³ e 1.584¹⁴ do CC.

Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou divórcio o separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema de guarda compartilhada, sempre que possível ou nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.

§1º. A guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre o melhor da interesse da criança.’

Art. 4º. Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2012.

¹³ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I- afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II- saúde, segurança;

III- educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

¹⁴ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

A nova Lei n. 13.058/14 alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585, 1.634, todos do Código Civil de 2002. Passa-se, a seguir, à análise das alterações.

Em relação ao artigo 1.583, a principal modificação no inciso § 2º foi dar ênfase à guarda compartilhada como modelo prioritário, de modo que a guarda unilateral passou a ser exceção. Com isso, o legislador levou em consideração o melhor interesse das crianças e adolescentes, quando confrontado com interesses dos pais. O inciso § 3º definiu um local que será a base de moradia dos filhos, devendo atender ao que é melhor para os filhos, sendo que não haverá um regime de visitação.

A regra reforça a noção que inexistente regime de visitação na guarda compartilhada, e, portanto, o tempo de convívio dos filhos com ambos os pais deverá ser dividido de modo equilibrado.

No § 5º, é feita uma readequação no poder de supervisão que o genitor não guardião exercerá sobre assuntos de interesse dos filhos que versem sobre educação, lazer, e saúde, não havendo mudanças substanciais em relação à lei anterior¹⁵.

Ademais, o artigo 1.584 alterou os § 2º ao 5º e acrescentou o § 6º, mantendo a redação da lei anterior no caput e no § 1º. A mudança significativa no inciso § 2º foi que, quando não houver acordo entre o pai e a mãe, será aplicada a guarda compartilhada, que, a princípio, não pode deixar de ser adotada. Todavia, com a nova Lei, quando um dos pais detém o poder familiar, e o outro declarar de forma expressa que não deseja a guarda, há certa redução do poder discricionário do magistrado para impor outro modelo de guarda que não o da guarda compartilhada.

Entrementes, no § 3º, há uma maior flexibilização dos períodos de convivência, dando uma maior margem de discricionariedade ao juiz. O § 4º faz referência à redução do número de horas de convivência na casa do guardião que não cumprir ou alterar de forma injustificada as cláusulas do acordo judicial. Dessa forma, assegura-se que não há prejuízo dos interesses dos filhos quando é violada qualquer das cláusulas que foi estabelecida.

¹⁵ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). [...]

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). [...]

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). [...]

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). [...]

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) [...]

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Foi mantida a substância do preceito contido no § 5º, que acosta a possibilidade de o magistrado deferir a guarda à outra pessoa que não os genitores. Portanto, deverá ser nomeado guardião aquele que revelar melhor compatibilidade com a natureza da medida, sendo observados os critérios do grau de parentesco, assim como a afinidade e a afetividade do guardião.

O acréscimo do § 6º estabelece uma multa para qualquer estabelecimento público ou privado que não prestar informações a qualquer dos genitores a respeito dos filhos¹⁶.

Em relação ao art. 1.585 do Código Civil, a Lei n. 11.698/08 já previa a possibilidade de decisão em sede de tutela de urgência sobre a guarda não apenas nos casos de ações cautelares e de separação de corpos, ou mesmo nas ações de conhecimento com tutela de urgência.

A Lei n. 13.058/14, em particular, apenas atualizou a redação do artigo mencionado, ao prever também a ação cautelar de guarda e ação de conhecimento com requerimento de tutela de urgência envolvendo a guarda provisória dos filhos.

A modificação da Lei n. 13.058/14 foi um avanço acerca do tema ao prever que as medidas cautelares ou antecipatórias somente poderão ser impostas a oitiva de ambas as partes em audiência judicial, com a ressalva da hipótese de extrema urgência da medida quando houver manifesto interesse da criança e do adolescente na decisão emergencial¹⁷.

¹⁶ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

¹⁷ Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Com a nova redação dada pelo art. 1.634, do capítulo do Código Civil, do poder familiar, foram feitas duas alterações, além de terem sido acrescentadas mais duas atribuições ao poder familiar que não tinham previsão anteriormente.

Logo no início do referido artigo, foram incluídas duas importantes expressões “situação conjugal e pleno exercício do poder familiar”; essas modificações apenas ocorreram para positivar as orientações doutrinárias e jurisprudenciais que já tinham consolidado que o poder familiar independe da existência do vínculo familiar ente os pais.

No inciso II, segundo a nova redação, compete aos pais exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584. Dessa forma, a alteração somente foi feita para adequar à nova redação do art. 1.584, com a priorização do modelo de guarda compartilhada.

O Brasil é signatário da Convenção de Haia de 1980, que prevê como prática ilícita a transferência da criança e do adolescente de um país para outro sem o consentimento do outro pai/mãe, sendo que, na guarda unilateral, o não guardião deverá ser consultado sobre a mudança de residência permanente do filho, como viagem ao exterior.

Nas novas atribuições dos incisos IV e V da Lei n. 13.058/14, que diz respeito à guarda compartilhada, o consentimento para viagem ao exterior e consentimento para mudança da residência permanente para outro Município.

O Direito brasileiro se filia a orientação adotada em vários países que atribuem a ambos os pais, independente da condição de guardião ou não, o direito de participar das decisões importantes na vida dos filhos, como viagem ao exterior e uma mudança definitiva de residência¹⁸.

Como já era possível a aplicação da guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico, com a Lei n. 11.698/2008, que pode ser considerada historicamente recente no sistema normativo brasileiro, poder-se-ia questionar os motivos que levaram o Congresso Nacional editar Lei n. 13.058/14, alterando toda a matéria. A razão, em verdade, é que o legislador quis incentivar e priorizar a adoção da guarda compartilhada pelos genitores e pelos Tribunais. Isso porque somos um país com forte tendência positivista, ou seja, de forma geral acreditamos que precisamos do incentivo da lei para mudanças comportamentais, ainda que nem sempre os preceitos tragam mais soluções do que novos problemas.

¹⁸ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...]

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; [...]

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; [...]

5 OS ASPECTOS CONTROVERSOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o advento da Lei n. 13.058/14, a adoção da guarda compartilhada tornou-se, via de regra, obrigatória, ensejando o surgimento de diversos aspectos controvertidos.

Por exemplo, quando os pais estão em um desenlace litigioso, as mágoas, as defesas do ego se acirram, o casal troca acusações e as partes mostram-se inflexíveis. Nesse contexto, afigura-se cada vez mais inviável um acordo no judiciário, pois cada um quer ser o vencedor da demanda.

Toda essa controvérsia vai de encontro ao próprio objetivo da guarda compartilhada, qual seja a efetiva participação dos pais por meio da cooperação com a educação e demais cuidados diários, assumindo a responsabilidade inerentes ao poder familiar e fazendo um ajuste de horário na sua rotina diária.

Ou seja, os pais devem ter a habilidade de se comunicarem entre si, sendo necessárias ponderação e flexibilização para que o arranjo da guarda compartilhada venha a obter êxito, sempre levando em consideração os princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente.

Por esse motivo, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que a não aplicação da guarda compartilhada por ausência de consenso significaria fazer prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.

NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 25/06/2014)

Há casos, todavia, em que, constatada a existência de interesses divergentes, não se mostra viável que o magistrado decida pelo compartilhamento da guarda, na medida em que sequer existem os substratos, os critérios para sua adoção. Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTABELECIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR FIXADA EM FAVOR DA EX-COMPANHEIRA. CABIMENTO.

1. O conjunto probatório revela a inexistência de um perfeito entendimento entre os genitores a respeito da guarda compartilhada, o que inviabiliza seu estabelecimento.

2. Considerando ter sido reconhecido pela própria agravada que atualmente está exercendo atividade laborativa e que, assim, possui condições de prover seu próprio sustento, e havendo indícios no instrumento de que mantém novo relacionamento, viável a revogação da obrigação alimentar estabelecida em seu benefício no ano de 2011.

GRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70059494336, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 21/08/2014) (TJ-RS - AI: 70059494336 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 21/08/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/08/2014, grifo acrescido)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA E VISITAS DE MENORES. [...] GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. DESENTENDIMENTOS INTENSOS ENTRE OS GENITORES. REGIME DE VISITAS. DEFINIÇÃO ADEQUADA. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DAS MENORES. BUSCA E ENTREGA DAS CRIANÇAS. ATRIBUIÇÃO DO GENITOR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...]

5 - O DESACORDO AVENTADO NO § 2º DO ART. 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, EM SUA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.698 DE 13 DE JUNHO DE 2008, COMO INDUTOR DO DEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA, DIZ RESPEITO À DESARMONIA ENTRE OS GENITORES QUANTO A QUEM SE ENCARREGARÁ DA GUARDA JUDICIAL DOS FILHOS COMUNS, NADA SE RELACIONANDO COM A DIFICULDADE DE ENTENDIMENTO ENTRE AS PARTES.

6 - IMPERANDO ENTRE OS GENITORES A INCAPACIDADE DE COMUNICAÇÃO E DE ENTENDIMENTO, NÃO SE FAZ RECOMENDÁVEL O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA, HAJA

VISTA QUE TAL DIVISÃO DO ENCARGO PRESSUPÕE UMA RELAÇÃO DE COLABORAÇÃO E DE CONFIANÇA, POIS É DA PRÓPRIA ESSÊNCIA DO INSTITUTO QUE A ROTINA DOS FILHOS SEJA DECIDIDA EM CONJUNTO POR AMBOS, EXIGINDO, PORTANTO, CAPACIDADE DE DIÁLOGO E DE ENTENDIMENTO. [...] (TJ-DF - APC: 20090110929082 DF 0106318-23.2009.8.07.0001, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Data de Julgamento: 20/11/2013, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/11/2013 . Pág.: 158, grifo acrescido)

É bem verdade que o Judiciário pode se socorrer do trabalho de equipes multidisciplinares, formadas por psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, que podem avaliar e traçar um perfil psicológico da família:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. FILHO COMUM. ESTUDO PSICOSSOCIAL. AMBOS OS PAIS POSSUEM CONDIÇÕES PARA EXERCER OS CUIDADOS DA PROLE. BOA CONVIVÊNCIA DOS GENITORES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE FIXA A GUARDA UNILATERAL PARA O PAI. APELAÇÃO DA MÃE. GARANTIA DE AMPLA CONVIVÊNCIA COM AMBOS OS NÚCLEOS FAMILIARES. RESPEITO À SITUAÇÃO VIVENCIADA. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. REGRA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ E DO TJDFT. SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA REFORMADA.

1. É cediço que o direito de guarda é conferido segundo o melhor interesse da criança e do adolescente. A orientação dada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência releva a prevalência da proteção integral do menor. Portanto, tratando-se de investigação sobre quem deve exercer a guarda de um infante, impõe-se que o julgador perscrute, das provas contidas nos autos, a solução que melhor atende a essa norma, a fim de privilegiar a situação que mais favorece a criança ou ao adolescente.

2. O ordenamento jurídico pátrio estabelece que, quando não houver acordo entre os genitores sobre a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada (CC, art. 1.584, § 2º).

3. Na hipótese, **segundo as conclusões do laudo psicossocial e o verificado após a perícia, a sentença de primeiro grau merece reforma a fim de que a guarda seja fixada de maneira compartilhada**, levando-se em consideração que tal situação retrata a melhor solução para o desenvolvimento da criança, garantindo-lhe uma ampla convivência familiar com os genitores, sem olvidar que, além de corresponder às conclusões da equipe multidisciplinar que auxiliou o juízo, referenda a própria rotina estabelecida pelas partes em relação ao exercício do poder familiar sobre a menor.

4. Com efeito, ambos os genitores mostraram condições de exercerem o poder familiar, o compartilhamento praticamente já foi estabelecido na rotina vivenciada pela criança e, sendo assim, permitirá uma convivência assídua do menor com ambos os pais e os demais familiares, o que foi considerado benéfico ao seu desenvolvimento pelo estudo psicossocial.

5. Atento ao melhor interesse do menor em questão, considerando que os pais nutrem uma boa convivência e que acharam por bem estabelecer uma rotina adequada às necessidades da criança e às possibilidades deles, entendendo

que o ambiente encontrado impõe a guarda compartilhada, sem prejuízo de uma saudável regulamentação da maneira como esta se dará, inclusive em relação às férias escolares e às datas festivas.

6. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJ-DF - APC: 20100910068367 DF 0006724-75.2010.8.07.0009, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 11/09/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/09/2014 . Pág.: 111, grifo acrescido)

O juiz pode, inclusive, se julgar conveniente, ouvir a criança e o adolescente e especialmente o adolescente, em um ambiente neutro, que não lhe cause traumas ou outros transtornos.

O juiz pode ainda valer-se da mediação, que é um instrumento adequado e eficaz, já que, em virtude de sua natureza não adversarial de gestão de conflitos, é possível a construção de possíveis caminhos e soluções para as divergências, de modo que possa atender os anseios, interesses e necessidades dos filhos menores:

GUARDA E VISITAÇÃO. PAIS SEPARADOS. INTERESSE DO MENOR. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL NÃO PROVADA. INDÍCIOS DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL. IMPLANTAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS NA MENTE DA CRIANÇA EM DESENVOLVIMENTO. O MELHOR INTERESSE DO MENOR SE SOBREPÕE AO INTERESSE PARTICULAR DOS PAIS. CONFLITOS ENTRE OS GENITORES QUE AFASTAM, POR ORA, A POSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. PODER GERAL DE CAUTELA. TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA DA MENOR AO PAI. RESPEITO À REAPROXIMAÇÃO GRADATIVA DO PAI COM A FILHA DE FORMA IMPARCIAL. CONVIVÊNCIA REGULAR COM A LINHAGEM PATERNA. DIREITO DA CRIANÇA PARA GARANTIR SEU REGULAR CRESCIMENTO E BEM ESTAR. MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. [...] (TJ-RJ - APL: 01490043120088190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1 VARA DE FAMÍLIA, Relator: ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 13/12/2011, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/12/2011, grifo acrescido)

Nesse contexto, pode ocorrer que, com o término dos laços conjugais, um dos pais resolva mudar de domicílio para outra cidade ou outro país, situação na qual, nos termos do art. 1.583, §3º, do Código Civil (alterada pela Lei nº 13.058/14), a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

A guarda compartilhada, na situação de mudança de domicílio de um dos genitores, só pode ocorrer mediante a concordância do outro genitor, como está na Lei n. 13.058/14, o que faz surgir um impasse entre o direito constitucional fundamental à liberdade (expresso no

art.5º, *caput* e parágrafos, da Carta Magna) e o direito de convivência dos pais com os filhos, os quais são mitigados pela ordem pública ou jurídica.

Isso porque a convivência dos pais com filhos, participando das atividades cotidianas, propicia a manutenção dos laços afetivos, sendo importante para o desenvolvimento da criança e do adolescente minimizando os efeitos advindos de uma separação.

Quando ocorre o impasse de um dos pais querer mudar o domicílio, eles devem entrar em acordo quanto a essa mudança sempre levando em consideração o melhor para os filhos, sendo necessário que um dos genitores dê o seu consentimento expresso.

Na impossibilidade de um consenso, a solução é recorrer ao judiciário e obter uma outorga que autorize a mudança. Nesse caso, o magistrado analisará a plausibilidade das justificativas que levaram à mudança de domicílio, como, por exemplo, em razão do surgimento de novas oportunidades de emprego ou aferição de renda. Hipótese diversa, contudo, ocorre quando a mudança de domicílio tem intenção punir o outro conjugue ou dificultar a convivência dos filhos com o outro genitor, o que pode até caracterizar alienação parental.

A respeito da inviabilidade da guarda compartilhada em virtude da distância geográfica entre os genitores, transcrevem-se os seguintes precedentes:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO - REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS - INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - GUARDA COMPARTILHADA - **INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO - GENITORES QUE RESIDEM EM CIDADES DIFERENTES** - AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA MODIFICAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL ESTABELECIDADA ESPONTANEAMENTE PELOS PAIS. SENTENÇA MANTIDA.

- A guarda compartilhada deve ser deferida quando requerida por consenso por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício.

- Quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral, o Juiz não pode impor o compartilhamento.

- Não se está a restringir o salutar convívio das filhas com o pai, até porque a regulamentação de visitas foi providenciada de modo a favorecer o convívio paterno-filial amplo.

- Além do acordo espontâneo sobre a guarda unilateral, as circunstâncias dos autos evidenciam a inviabilidade da custódia física conjunta, vez que o genitor atualmente reside e trabalha em cidade diversa de onde moram as menores, o que, por óbvio, tem o condão de impedir o compartilhamento da guarda.

- Recurso não provido. (TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0396.13.000266-2/001, Rel. Desembargador Heloisa Combat, j. 22/05/2014, grifo acrescido)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO - REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS - INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - GUARDA COMPARTILHADA - **INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO - GENITORES QUE RESIDEM EM MUNICÍPIOS DIFERENTES** - AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA MODIFICAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL ESTABELECIDADA ESPONTANEAMENTE PELOS PAIS. SENTENÇA MANTIDA.

- A guarda compartilhada deve ser deferida quando requerida por consenso por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício.

- Quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral, o Juiz não pode impor o compartilhamento.

- Não se está a restringir o salutar convívio das filhas com o pai, até porque a regulamentação de visitas foi providenciada de modo a favorecer o convívio paterno-filial amplo.

- Além do acordo espontâneo sobre a guarda unilateral, as circunstâncias dos autos evidenciam a inviabilidade da custódia física conjunta, vez que o genitor atualmente reside em Município diverso de onde moram as filhas com a mãe. - Recurso não provido. (TJ-MG - AC: 10396120022571001 MG, Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 03/07/2014, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/07/2014, grifo acrescido)

Por outro lado, embora a guarda compartilhada seja inviável na maioria dos casos em que os pais residem em municípios distintos, é importante frisar que tal fato, por si só, não obsta a sua concessão, sendo necessária uma análise individualizada. Nesses casos, os pais devem valer-se de novas ferramentas que asseguram o direito dos filhos de manter contato direto e regular com ambos os pais, de modo a não quebrar o vínculo de convivência. A esse respeito, discorre o doutrinador Waldir Grisard Filho, ao tratar do uso das novas tecnologia em prol das relações entre pais e filhos:

Residindo a grandes distancias, por exemplo, pais e filhos relacionam-se de modo instantâneo pela rede mundial de computadores, Internet e *e-mail*, vídeo de imagem e som (Skype, Google Talk, etc.), inclusive pela tela de aparelhos telefônicos celulares, permitindo que as pessoas se vejam enquanto falam. Essas novas alternativas “visitas virtuais” ou “encontros *online*”, que a tecnologia disponibiliza ao uso social e da família, potencializam o exercício do direito-dever de adequada comunicação entre pais e filhos, devendo o juiz estabelece-las como atribuição a mais do pai e da mãe por ocasião da definição sobre a guarda de filhos menores (CC, art. 1.584, § 3º). (GISARD ,2015, p.83)

É bem verdade que as novas tecnologias não substituem a convivência, mas consistem em uma forma de viabilizar o contato regular, sem rigidez de horários entre os genitores e os filhos, servindo até de contrabalanço à questão da distância geográfica nos períodos de férias e feriados escolares prolongados ao genitor que não reside com os filhos.

Aos magistrados, cabe a difícil e complexa tarefa de averiguar os fatos controvertidos para a aplicação da guarda compartilhada, a fim de tomar a decisão que for mais benéfica para a criança e para o adolescente, pois, no âmbito dos direitos dos infantes, deve sempre prevalecer o seu superior interesse.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que as Leis nº. 11.698/2008 e nº. 13.058/14 provocaram profundas alterações no tocante à guarda compartilhada. A primeira retirou a exclusividade da guarda unilateral com o regime de visitas, sendo permitido aos genitores acordar a guarda compartilhada. Já na segunda lei, a adoção da guarda compartilhada passou a ser a regra, de modo que, hoje, somente é possível a adoção da guarda unilateral se ambos os genitores assim desejarem e manifestarem a referida opção perante o juiz.

Tanto a norma atual quanto a anterior nos fazem refletir acerca da relação entre pais e filhos, sempre destacando a necessidade de que sejam privilegiados os superiores princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da proteção integral da criança e adolescente e do melhor interesse da criança e do adolescente.

O sucesso da guarda compartilhada está sujeito a diversas variáveis, dentre as quais se incluem os atos e comportamentos das partes envolvidas. Afinal, não existem pais ou filhos perfeitos e conflitos podem surgir na relação diária entre eles.

Uma das principais vantagens da guarda compartilhada consiste exatamente em assegurar a convivência equilibrada e o poder familiar a ambos os genitores separados, e daí decorre também a responsabilidade de ambos os pais pelos cuidados dos filhos, o que inclui a efetiva participação nas atividades escolares, de lazer e esporte.

Ademais, são fortalecidos os laços de afinidade e afetividade com ambos os pais, que só a convivência mais frequente pode proporcionar, ao contrário da guarda unilateral, na qual o guardião transfere os problemas da separação para toda a família. Isto porque o contato entre os pais e os filhos não ficam restritos a visitas pré-estabelecidas, com data e hora marcada para começar e terminar, respeitando-se inclusive o direito constitucional de igualdade entre homens e mulheres.

Por outro lado, a guarda compartilhada também apresenta desvantagens. Atritos podem surgir se pais não demonstrarem capacidade de cooperar, de dialogar, de assumir responsabilidades, de tolerância e de flexibilidade para se adequar aos constantes ajustes que

se fizerem necessários no dia a dia do casal que quer partilhar a guarda. Por isso, é imprescindível que o casal consiga dialogar, a fim de obterem um consenso do que é melhor para os filhos e como a guarda será executada.

Finalmente, a guarda não deve ser fixada na modalidade compartilhada se a única intenção do pai ou da mãe for eliminar ou diminuir a pensão alimentícia, pois o que costuma ocorrer, nesses casos, é que os cuidados são delegados para os avós, para a companheira ou para babás, indo totalmente de encontro à finalidade básica de propiciar a convivência entre pais e filhos.

Sopesadas as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, verifica-se tratar de modalidade que propicia a aproximação entre o direito e a realidade das relações familiares. Nesse contexto, o Poder Judiciário deve ter uma equipe multidisciplinar de apoio nas Varas de Famílias, a fim de proporcionar uma melhor solução para as ações judiciais envolvendo o instituto da guarda de crianças e adolescentes.

Para que isso ocorra, é necessária a intervenção de magistrados capazes de, identificando os interesses da criança e do adolescente, aplicar a melhor espécie de guarda, de modo a não somente maximizar o tempo entre pais e filhos, mas também preservar, em cada caso concreto, os laços de respeito, afeto e cuidado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10.out.2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 107, I Jornada de Direito Civil. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>>. Acesso em: 23.out.2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 333, IV Jornada de Direito Civil. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/355>>. Acesso em: 23.out.2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 10.out.2016.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 23.out.2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 23.out.2016.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 23.out.2016.

_____. Lei nº 13.058/2014, de 22 de dezembro de 2014. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/Lei/L13058.htm>.

Acesso em: 23.out.2016.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord). **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Método, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GISARD FILHO, Wakdyr. **A Tecnologia como forma de assegurar uma adequada comunicação entre pais e filhos não conviventes**. In: Revista Síntese. Direito de Família. v. 16. n. 90. jun/jul./2045. São Paulo: Síntese, 2015. p. 82-83.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada** (física e jurídica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. vol. 5. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo, Forense, 2016.