

A PRIORIZAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA TEM ATENDIDO AO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS, DOS ADOLESCENTES E DA FAMÍLIA MAIS DEMOCRÁTICA?

Dimas Messias de Carvalho

Mestre em Direito Constitucional pela FDSM. Promotor de Justiça aposentado/MG. Professor de Direito de Família e Sucessões na Unifenas e Unilavras. Advogado.

Sumário: 1. Família tradicional e família democrática. 2. Direito de visitas e direito fundamental à convivência familiar. 3. Guarda compartilhada e alienação parental. 4. A priorização da guarda compartilhada tem atendido ao melhor interesse das crianças, dos adolescentes e da família mais democrática? 5. Referências.

1 FAMÍLIA TRADICIONAL E FAMÍLIA DEMOCRÁTICA

A família brasileira sofreu grandes transformações nos últimos tempos, especialmente a partir de meados do século passado, desfigurando a então família tradicional, que perdurou por séculos.

A chamada família tradicional era aquela indissolúvel, matrimonializada, patrimonial, rural e principalmente patriarcal, prevalecendo a vontade paterna na direção do lar conjugal, sendo irrelevante, na maioria das vezes, os desejos da esposa e filhos. Prevalecia a vontade do chefe da família. A mulher casada precisava da autorização do marido para a prática de diversos atos, sendo considerada relativamente incapaz (art. 242, CC/1916).

Rodrigo da Cunha Pereira lembra que na família tradicional patriarcal “o pai era autoridade central, tinha mais valor e importância que a mulher e os filhos”.¹

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada, deu nova redação a diversos artigos do Código Civil de 1916, o que foi um grande avanço na época, excluindo a mulher da situação de relativamente incapaz, conferindo-lhe o direito de exercer profissão lucrativa distinta do marido, de ingressar em juízo sem autorização, de administrar livremente o produto do seu trabalho e os bens com ele adquiridos, direitos que até então não possuía.² Manteve, entretanto a previsão de que “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher” (art. 233, CC de 1916).

Paralelamente, apesar da grande discriminação, que sofria a união estável, alguns direitos foram reconhecidos no então denominado concubinato puro, como o direito de a amásia receber indenização por acidente do amásio (Súmula 35, STF) e direito à partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum (Súmula 380, STF), todavia, não eram deferidos direitos próprios das relações de família, como alimentos, regime de bens e herança, que se constituíam apenas pelo casamento.

A Constituição Federal de 1988, finalmente, acolheu as transformações sociais e reconheceu outras formas de família, que passou a ser plural, a igualdade do homem e da mulher na sociedade conjugal e a igualdade absoluta dos filhos, sem qualquer distinção.

A pluralidade dos modelos de família permite o reconhecimento de diversos arranjos familiares, já que os modelos previstos na Constituição Federal – casamento, união estável heteroafetiva e monoparental – não encerram *numerus clausus*, sendo meramente exemplificativos, por serem os mais comuns.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento histórico da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, ocorrido no dia 5 de maio de 2011, que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto, reconheceu, por unanimidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando-se as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

O Conselho Nacional de Justiça, após o surgimento de diversos provimentos de corregedorias de justiça nos Tribunais de Justiça, autorizando os cartórios a realizarem o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, aprovou por maioria a Resolução n. 175, no dia 14 de maio de 2013, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou

² CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, as famílias se constituem por diversas formas, possuindo vários modelos como o casamento entre homem e mulher ou homoafetivo; união estável hetero ou homoafetiva; monoparental, constituída por apenas um dos pais e os filhos; anaparental ou de parentes sem verticalidade dos vínculos parentais (pais e filhos); mosaico ou recompostas com a união de pessoas que possuem prole de vínculos anteriores, reconstituindo uma nova família; multiparental, que ocorre quando os filhos possuem dois pais ou duas mães, um biológico e outro socioafetivo; ectogenéticas, quando são utilizadas técnicas de reprodução medicamente assistidas, homólogas ou heterólogas; paralelas ou dúplices, caracterizadas pela existência de mais de uma união de um dos parceiros; poliafetivas, quando a união afetiva e duradoura possui mais de dois parceiros, hetero ou homoafetiva, simultânea e com a participação de todos os envolvidos entre si.

As diversas formas de família possuem como elemento constitutivo e agregador a afetividade, a busca pelo sujeito de sua felicidade, de sua realização pessoal, configurando a família eudemonista. Conforme Maria Berenice Dias, família eudemonista é a identificada pelo seu envolvimento afetivo, que busca a felicidade individual de seus membros, a realização pessoal garantida na Constituição Federal, quando dispõe no art. 226, § 8º, primeira parte, que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram”.³

A família democrática se confunde, entrelaça, com a família eudemonista, tratando-se de uma família aberta, sem preconceitos, tendo como objetivo a felicidade de seus membros, sem imposição e sujeição das vontades de apenas um deles. Contrapõe-se à família tradicional patriarcal, em que prevalecia a vontade do pai/marido e era hierarquizada. Na família democrática, existe igualdade e respeito entre seus membros, não importando o modelo em que foi constituída. Os membros não são assujeitados pelo outro, embora possuam funções distintas. Rodrigo da Cunha Pereira acrescenta que:

Na família democrática não há superioridade de um gênero sobre o outro, as crianças e adolescentes são sujeitos de direito tanto quanto os adultos, embora tenham lugares e funções diferentes. Não há desigualdade de direitos entre seus membros, repele-se a

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

violência doméstica, o trabalho do homem e da mulher, sejam eles exercidos fora ou dentro do lar, são igualmente valorizados.

Democracia pressupõe a igualdade entre seus membros e suas formas de constituição, sejam constituídas pelo casamento, união estável, hetero ou homoafetivas.

[...]

E, assim, família democrática e família eudemonista se entrelaçam e têm sentido e conceitos complementares.⁴

2 DIREITO DE VISITAS E DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Código Civil de 1916, lembra Deisemara Turatti Langoski, não se referia ao direito de visitas. Somente em 1946, o Decreto-Lei n. 9.701, de 3 de setembro de 1946, que “dispõe sobre a guarda de filhos menores, no desquite judicial” (litigioso), assegurou ao genitor culpado o direito de visita aos filhos.⁵ A guarda dos filhos era deferida ao “cônjuge inocente”, no desquite litigioso, assegurando ao “culpado” o direito de visitá-los. Se os filhos não fossem entregues aos pais a guarda era deferida a “pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente” (art. 1º do Decreto-Lei n. 9.701/1946).

O direito de visitas era considerado uma prerrogativa do genitor, prevalecendo o interesse do ascendente, e não os interesses dos filhos, assujeitados aos pais. Posteriormente, a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), assegurou, no art. 15, aos pais que não possuem a guarda, o direito de visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A Constituição Federal de 1988, no art. 227, entretanto, alterou substancialmente a interpretação de que o direito de visitas era uma prerrogativa dos pais, superando o entendimento que já recebia severas críticas, para assegurar à criança ou adolescente o direito à convivência familiar e comunitária. O direito de visitação passou a ser também e especialmente do filho, possibilitando a manutenção dos

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

⁵ LANGOSKI, Deisemara Turatti. Direitos de visitas x direito de convivência. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo, v. 13, n. 70, p. 107, fev./mar. 2012.

vínculos afetivos com o genitor não guardião e as referências maternas e paternas.

O Código Civil de 2002 garante aos pais, no art. 1.589, o direito de visitas e fiscalização da manutenção e educação dos filhos, reproduzindo o art. 15 da Lei do Divórcio.

O termo “visita”, entretanto, é indevido e inadequado. Não se confunde visitas com convivência familiar. Maria Berenice Dias, após criticar como inadequada a expressão “direito de visitas”, ressalta que “a visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial”.⁶

Visitar é ver alguém periodicamente por cortesia, solidariedade, amizade, o que não se aplica nas relações familiares, que exige um convívio diário, uma coexistência, cultivando, mantendo ou restaurando os vínculos afetivos familiares, não apenas com os genitores, mas com toda a família materna e paterna. Como lembra Helena de Azeredo Orselli, o contato entre pais e filhos não ocorre por cortesia, mas para manter os laços afetivos e o genitor contribuir para a criação, formação e educação dos filhos. Acrescenta que:

O direito do filho de manter contato com o genitor com o qual não reside é indevidamente chamado de visita, porém não se trata de visita. Nem o filho “visita” o pai, nem esse “visitará” aquele. [...] O encontro entre pai não guardião e filho não se dá nem por cortesia, nem por dever, mas para manterem contato frequente, para estreitarem os laços de carinho e afeto, e para que o genitor contribua, a sua maneira, para a educação e a formação do filho. O direito, portanto, é verdadeiramente o direito à convivência familiar.⁷

A Lei n. 8.069/1990 assegura às crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direitos (art. 100, parágrafo único, I), e o gozo de todos os direitos fundamentais, com absoluta prioridade, para permitir o pleno desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, entre eles o direito à convivência familiar (arts. 3º e 4º).

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 447.

⁷ ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo, v. 12, n. 63, , dez./jan. 2011.

O art. 19, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inserido no Título II, que trata dos DIREITOS FUNDAMENTAIS, e no Capítulo III, que cuida especificamente DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, dispõe que:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

A Constituição Federal, no art. 227, assegura com absoluta prioridade os direitos fundamentais da criança e do adolescente, entre eles o direito à convivência familiar.⁸

A convivência familiar é, portanto, direito fundamental da criança e do adolescente, inserida na doutrina da proteção integral e prioritária, vedando que filhos sejam separados e afastados dos pais sem a ocorrência de graves motivos. Assim, em caso de separação dos pais deve ser priorizada a convivência dos filhos com ambos os genitores, no pleno exercício do poder familiar, e não apenas direito de visitas periódicos, com horários fixados e protocolar, distanciando os filhos dos pais.

3 GUARDA UNILATERAL E GUARDA COMPARTILHADA

A guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar e à tutela (arts. 1.634, II, CC, e 36, parágrafo único, ECA) para a proteção integral da criança e do adolescente, impondo ao seu detentor o dever de prestar assistência material, moral e educacional ao menor,⁹ ou seja, o dever de cuidar, criar e educar.

Do latim *guardare* e do germânico *warden*, possui o significado de proteger, olhar, vigiar, conservar, sendo denominada no Direito português quando exercida pelos pais de “responsabilidade parental”.¹⁰

⁸ 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.

⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 505.

¹⁰ FREITAS, Douglas Phillips. *A nova guarda compartilhada*. Florianópolis: Voxlegem, 2017, p. 41-42.

Conrado Paulino da Rosa cita Waldyr Grisard Filho para conceituar a guarda como “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais”,¹¹ inerentes ao poder familiar.

Na constância do casamento ou da união estável, a guarda é comum, exercida conjuntamente pelos pais. Ocorrendo o rompimento do casamento (ou da união estável) prevalecia no Direito brasileiro a guarda unilateral.

A guarda unilateral ocorre quando a posse dos filhos é deferida a apenas um dos pais (ou a terceiros), preferencialmente o que tenha condições de propiciar-lhe boa criação, saúde, segurança, educação e afeto nas relações familiares. Ao genitor não guardião é garantido o direito de convivência (visita na redação do art. 1.589, CC) e de fiscalizar sua manutenção e educação. Historicamente, entretanto, a guarda unilateral era deferida ao cônjuge inocente ou à mãe. Na hipótese de que ambos os cônjuges fossem considerados culpados pela separação, a guarda dos filhos ficava com a mãe até os seis anos de idade e depois eram entregues ao pai (redação original CC/1916 – art. 326 e § 2º). Posteriormente, o Estatuto da Mulher Casada conferiu à mãe a guarda unilateral se ambos fossem culpados, independentemente da idade dos filhos, o que foi mantido na Lei do Divórcio (art. 10, § 1º). O Código Civil de 2002, na redação original do art. 1.584, dispunha que, não havendo consenso, a guarda dos filhos seria “atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la”.

Os dados apresentados sobre a guarda pelo IBGE de 2002 comprovam que a guarda era (e ainda é) exercida em maioria substancial pelas mães, detendo 91,8% da guarda das separações e 89,7% nos divórcios. Os pais exercem apenas 4,8% das guardas unilaterais nas separações e 5,8% nos divórcios. Apesar da ausência de previsão legislativa, no ano de 2002, por consenso entre os pais, já se aplicava a guarda compartilhada em 2,6% das separações e 2,7% dos divórcios. Nas Jornadas de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, já se compreendia a guarda compartilhada no art. 1.583 do Código Civil (Enunciado n. 101) e orientava que deveria ser estimulada mediante mediação por equipe multidisciplinar (Enunciado n. 335).¹²

¹¹ ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 74.

¹² ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 74-75.

Maria Berenice Dias leciona que a guarda compartilhada possui fundamento na Constituição Federal, que prevê a convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente. Acrescenta que:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação do processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à *pluralização das responsabilidades*, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidados, afeto e normas que ela implica.

Por isso, a regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não mais fica à mercê de acordos firmados entre os pais, e sim contemplados expressamente na norma legal, sob pena de transformar em instituto destituído de efetividade.¹³

A guarda compartilhada, nos termos do § 1º do art. 1.583, do Código Civil, é compreendida como a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Ocorre, portanto, quando é exercida em conjunto pelos genitores, que executam todas as funções parentais conjuntamente na criação, cuidados e educação no cotidiano dos filhos,¹⁴ sempre observando o melhor interesse da criança e do adolescente, sem excluir o poder parental de um ou de outro, exercendo ambos a autoridade parental.

A Lei n. 11.698, de 13.06.2008, alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, para “instituir e disciplinar a guarda compartilhada” no Direito brasileiro, pois a guarda unilateral ou exclusiva já não mais atende às famílias modernas e democráticas, em que se prioriza o

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 443.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões – Ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 361-362.

melhor interesse da criança e do adolescente e a autoridade parental é exercida observando a igualdade dos gêneros. No compartilhamento da guarda, ainda que vivendo em lares diferentes, ambos os pais possuem responsabilidade e autoridade sobre os filhos, excluindo a noção de posse e poder exclusivo do guardião unilateral.

A nova redação dada ao Código Civil incluiu o § 2º ao art. 1.584, dispondo que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. A expressão “sempre que possível” acabou por permitir uma interpretação conservadora da jurisprudência, no sentido de que para deferimento da guarda compartilhada “é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas quando o conflito é o constante, a guarda compartilhada é descabida”.¹⁵ Conrado Paulino da Rosa ressalta que:

Raras eram as decisões que aplicavam o compartilhamento em casos de litígio. Uma das primeiras foi o julgamento do Recurso Especial n. 1.251.000-MG pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 23 de agosto de 2011. Segundo o julgado, 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”.¹⁶

Além da equivocada interpretação do § 2º do art. 1.584 do Código Civil, acabando por manter a prevalência da guarda unilateral, não existindo consenso (o litígio era buscado por um dos pais para evitar o compartilhamento), reduzindo o exercício do poder parental do genitor não guardião, muito se confundia, e hoje alguns ainda confundem, guarda alternada com guarda compartilhada. Na guarda alternada, o filho fica na posse física e sob os cuidados exclusivos de apenas um dos pais por um período e depois fica com o outro genitor, pelo mesmo período e nas mesmas condições. Não existe compartilhamento e a situação é extremamente prejudicial à criança e ao adolescente em

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AC n. 70059147280. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos, j. 16.4.2014.

¹⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 82.

razão das quebras constantes de suas referências, reiteradas separações e reaproximações.

No sentido de efetivamente buscar o exercício pleno do poder familiar por ambos os pais, de terem os filhos em sua companhia e guarda, que não se altera pela dissolução do casamento ou união estável (art. 1.634, II, e 1.632, CC), foi apresentado em 2011 projeto de lei que originou a Lei n. 13.058/2014, que teve como principal mudança a compulsoriedade da guarda compartilhada. Foram alterados os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil para “estabelecer o significado da expressão ‘guarda compartilhada’ e dispor sobre sua aplicação”. O § 2º do art. 1.584 do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

§ 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.

Reforçando a mudança de paradigma e estabelecendo a guarda compartilhada como regra, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ expediu a Recomendação n. 25, de 22 de agosto de 2016, recomendando aos juízes no art. 1º^o a observância da Lei n. 13.058/2014 e a aplicação da guarda compartilhada como regra, devendo justificar a impossibilidade de aplicá-la ao decretar a guarda unilateral (§ 1º).

Lamentavelmente, a imposição da guarda compartilhada nas situações de litígio não tem ocorrido como se espera, mantendo-se na imensa maioria a guarda unilateral. Contudo, felizmente tem avançado significativamente em alguns locais, como ocorre, por exemplo, na 1ª Vara de Família da Comarca de Cuiabá/MT, que tem como titular a juíza Ângela Gimenez, chegando a atingir 95% dos casos. Em recente entrevista, a magistrada afirmou que a guarda compartilhada é um antídoto para a alienação parental, acrescentando que:

¹⁷ Art. 1º. Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

§ 1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

A guarda compartilhada, além de ser modelo, que é um modelo tido como regra na legislação, é o melhor modelo para as crianças e para os jovens. As crianças e os jovens podem conviver com o pai e com a mãe, com a família extensa do pai e da mãe. O que acontece? Na verdade já temos exigência da lei pelo compartilhamento desde 2008. Desde 2008, o Código Civil dizia “a guarda compartilhada sempre que possível”. Acontece que esse “sempre que possível” trouxe um desvirtuamento por parte do Judiciário, porque quando diz “sempre que possível” quer dizer “só no impossível, só quando não é possível” que irá adotar se a guarda unilateral. No entanto, não foi assim que o Judiciário se portou de 2008 para cá. Todo e qualquer motivo justificava a guarda cedida preferencialmente à mãe. Então, por exemplo, se os casais tinham dificuldades de comunicação, havia discórdia, havia algum grau de conflito isso já era usado para uma fundamentação do Poder Judiciário dando a guarda preferencialmente para a mãe. Se as pessoas moravam um pouco distante, se o casal fosse morar distante, isso também era considerado como sendo fator que impedisse a guarda compartilhada. Através dos movimentos sociais, dos próprios estudos e diálogos feitos com outras ciências, a psicologia a psiquiatria, a própria pediatria, fomos percebendo o quanto era importante ter a presença do pai. Como disse, historicamente, as crianças e os jovens ficavam afastados do pai, claro que havia exceções que também se referiam à mãe, mas tínhamos culturalmente uma visão de que a mãe era mais importante do que o pai e as ciências correlatas da área de humanas foram mostrando que isso não é uma verdade. Retirando um período que é da amamentação, a importância do pai e da mãe é a mesma.¹⁸

A regra, portanto, é o compartilhamento da guarda, permitindo o amplo exercício da autoridade parental por ambos os genitores, com atribuições conjuntas na assistência moral, material e educacional da prole, mantendo-se a convivência paterna e materna.

A guarda compartilhada não significa divisão de tarefas, de períodos de convivência e moradia dos filhos, como ocorre na guarda alternada, mas a responsabilização e o exercício dos direitos e deveres de forma conjunta, estabelecendo a convivência familiar de forma equilibrada de acordo com a situação de fato, no melhor interesse da prole, mantendo-se uma moradia base para manutenção das referências de continuidade (art. 1.583, §§ 1º a 3º, CC). O filho pode ter moradia com um genitor, mas livre convivência com o outro, gerando segurança e

¹⁸ GIMENEZ, Ângela. *A guarda compartilhada pode ser um antídoto para a alienação parental, já que em muitos casos usa-se até de denúncias falsas para a guarda unilateral, defende juíza*. Disponível em: <www.pontonacurva.com.br/storage>. Acesso em: 28 ago. 2017.

estabilidade emocional, exercendo ambos os pais a autoridade parental e a tomada de decisões em conjunto.

4 A PRIORIZAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA TEM ATENDIDO AO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS, DOS ADOLESCENTES E DA FAMÍLIA MAIS DEMOCRÁTICA?

A guarda compartilhada, existindo consenso entre os pais, que agem democraticamente reconhecendo a igualdade na autoridade parental, é extremamente benéfica a todos os envolvidos e prioriza efetivamente o melhor interesse dos filhos, permitindo um desenvolvimento saudável, com referências paterna e materna, em estreita cooperação e corresponsabilidade.

A questão demanda um exame mais aprofundado na hipótese de litígio entre os pais e ausência de consenso quanto à guarda. Com efeito:

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando-se a síndrome da alienação parental, auxilia na criação e educação, mantém os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, assumindo ambos, em igualdade, as responsabilidades de cuidados, criação e educação.¹⁹

A convivência dos filhos com ambos os pais e o compartilhamento das responsabilidades nos cuidados de criação e educação são extremamente benéficos à criança e ao adolescente na compreensão de que a separação dos pais não importa em separação de um deles com os filhos. A estreita convivência com ambos os genitores fortalece os vínculos afetivos e enfraquece a alienação parental.

A Lei n. 13.058/2014 trouxe importante orientação ao prever moradia base para os filhos na guarda compartilhada, dispondo § 3º do art. 1.583 que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. A moradia base deve ser aplicada vivam os pais na mesma cidade ou não, evitando-se, assim, a guarda alternada e permitindo aos filhos a continuidade de

¹⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 511.

seu cotidiano, mantendo a rotina nos seus deveres, horários e evitando constantes mudanças, os chamados “filhos mochilinhas”.

A manutenção de moradia base, evitando constantes mudanças da criança e do adolescente, mantendo-se a livre convivência nas casas de ambos os pais, não quebrará os referenciais de continuidade e mantém os vínculos afetivos com ambos os genitores.

A fixação da moradia base, na ausência de consenso dos pais, deve ser fixada observando o melhor interesse dos filhos, como a disponibilidade maior ou menor do genitor em dispensar os cuidados, localização e segurança, resguardando ao outro o direito à convivência familiar e o exercício conjunto das decisões sobre a criação e educação dos filhos.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu por unanimidade que a animosidade latente dos pais não impede a imposição da guarda compartilhada pelo juiz, vencendo o entendimento de que é inadmissível se não existir consenso entre os genitores. Consta na ementa que:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).

II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

IV. Recurso conhecido e provido.²⁰

²⁰ BRASIL. STJ. REsp n. 1.626.495-SP. Rel^a. Min^a Nancy Andrigli. j. 15.9.2016.

A decisão afasta a conduta de pais que, deliberadamente, mantenham uma situação de litígio com o outro para evitar a guarda compartilhada, privilegiando seus interesses em detrimento do melhor interesse dos filhos em usufruir dos cuidados e convivência paterna e materna, do duplo referencial, importantes para sua formação psicológica.

A guarda compartilhada afasta a sensação de posse de um dos genitores sobre os filhos, permitindo, na família atual, mesmo em litígio, o exercício democrático e igualitário da autoridade parental, atendendo ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, titulares de direito fundamental à convivência familiar. Mantém os vínculos afetivos maternos e paternos dos filhos, recebendo e consolidando os valores e padrões familiares formadores da personalidade. Outro grande efeito é inibir a prática de alienação parental em razão da convivência com ambos os pais e a disputa entre eles. Novamente é oportuna a lição de Conrado Paulino da Rosa:

O compartilhamento da guarda enquanto regra geral e, em consequência, a unilateralidade ser a via restritiva possibilita um novo paradigma nas dissoluções afetivas, principalmente, em razão de que a sua aplicação não mais depende do consenso entre os genitores. Justamente nessa linha é que se destaca a provocação da presente tese: a compulsoriedade enquanto direito da criança e não dos genitores.

A aplicação coativa do guarda compartilhada pode, outrossim, ser um meio de prevenção a reiterada prática de utilização dos filhos enquanto instrumentos de vingança, que é caracterizada como alienação parental. Sua utilização serve, não apenas como um meio profilático, mas também, de obstáculos a uma prática alienadora já estabelecida.

Ademais, considerando o papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos existentes na sociedade, e, bem como, a verdadeira dependência social dessa intervenção da esfera privada, o espaço estatal deve ser norteado pela proteção da prole e não na legitimação da autoridade de um dos genitores em detrimento de outro.

Com o compartilhamento forçoso afasta-se a lógica de que um dos pais ganhou a guarda e, em outra esteira, o outro perdeu. Quem

ganhará, por certo, será o filho que poderá contar com a participação de ambos nas decisões pertinentes à sua vida.²¹

Concluindo, a priorização da guarda compartilhada, portanto, atende ao melhor interesse da criança e do adolescente para que possam usufruir do ideal psicológico da referência paterna e materna na sua formação, vivenciando os modelos diversos de cada um dos pais, permitindo um desenvolvimento sadio e mantendo os vínculos afetivos, excluindo o sentimento de exclusão do genitor preterido na guarda unilateral, em momento de fragilidade em razão da separação dos pais. Cabe ao juiz, ao aplicar a guarda compartilhada, definir a fórmula como ela ocorrerá, utilizando-se de pareceres interdisciplinares, para preservar o melhor interesse do menor, impondo reestruturação, conversões e adequação aos pais para superarem os conflitos e ambos exercerem a autoridade parental.²²

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ. REsp n. 1.626.495-SP. Rel^a. Min^a Nancy Andrighi. j. 15.9.2016.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *A nova guarda compartilhada*. Florianópolis: Voxlegem, 2017.

GIMENEZ, Ângela. *A guarda compartilhada pode ser um antídoto para a alienação parental, já que em muitos casos usa-se até de denúncias falsas para a guarda unilateral, defende juíza*. Disponível em: <www.pontona-curva.com.br/storage>. Acesso em: 28 ago. 2017.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. Direitos de visitas x direito de convivência. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo, v. 13, n. 70, fev./mar. 2012.

²¹ ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 197.

²² STJ. REsp n. 1.626.495-SP. Rel^a. Min^a Nancy Andrighi. j. 15.9.2016.

ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AC n. 70059147280. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos, j. 16.4.2014.

ROSA, Conrado Paulino da. A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017.