



GUARDA E AUTORIDADE PARENTAL: COMPARTILHAR O QUÊ?

Custody and Parental Authority: Share What?

Fábio Pinti Carboni¹

RESUMO

O presente artigo debruça-se sobre o estudo da guarda compartilhada e o seu real alcance sob o viés da doutrina da proteção integral e da efetivação da convivência familiar sadia, passando pelos princípios que regem a família contemporânea e pela abordagem acerca dos alimentos e demais questões afetas ao poder familiar e à autoridade parental. Tem-se como objetivo a análise da evolução histórica do instituto da guarda e do cenário atual de incidência da guarda compartilhada, bem como dos impactos nos núcleos familiares e no exercício da autoridade parental, inclusive seu cabimento quando a ruptura se mostra conflituosa. Adota-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e a análise das recentes inovações legislativas no campo do Direito de Família pátrio e o posicionamento conferido pela jurisprudência brasileira. Constata-se a influência danosa e negativa dos conflitos parentais no desenvolvimento dos filhos e a necessidade de intervenção na preservação dos interesses dos filhos. Avalia-se como positiva a legislação vigente e verifica-se a imprescindibilidade de atuação interdisciplinar e a necessidade de valorização das modalidades de solução de conflitos pela mediação e conciliação.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação. Poder familiar. Guarda. Compartilhamento.

ABSTRACT

This article focuses on the study of shared custody and its real scope under the bias of the doctrine of full protection and realization of healthy family life, through the

¹ Graduado em Direito. Pós graduação “latu sensu” em Direito Civil pela PUC/MG e em Direito Processual Civil pela UNISUL/SC. Membro da Diretoria do IBDFAM Núcleo Uberaba. Advogado. Professor Universitário na Faculdade Talentos Humanos FACTHUS/MG.

principles governing the contemporary family and the approach on alimony and other issues related to family power and parental authority. The aim of the article is to analyze the historical evolution of the guard institute and the current scenario of incidence of shared custody as well as its impacts on households and on the exercise of parental authority, including its pertinence when the break is shown confrontational. It is adopted as a methodology the bibliographical research and analysis of the recent legislative innovations in the parental family law field and the position conferred by Brazilian Courts' decisions. It was verified how harmful and negative the influence of parental conflict in the development of children can be and the need for intervention in the preservation of the interests of children. The current legislation can be assessed as positive and there is the indispensability of interdisciplinary action and the need to value the methods of conflict resolution through mediation and conciliation.

KEY WORDS: *Filiation. Family power. Guard. Sharing.*

INTRODUÇÃO

As relações amorosas, uma vez iniciadas, naturalmente estão sujeitas ao insucesso e eventual rompimento de seus personagens, trazendo para a vida real uma situação que muitas vezes é marcada pela dor e sofrimento.

Tais traumas, com frequência muito maior do que se imagina, atingem os filhos advindos do relacionamento e muitas vezes em proporções catastróficas, colocando-os em posição de fragilidade e tornando-os alvos de uma decisão pela qual não querem ser os responsáveis: ficar com o pai ou com a mãe?

O legislador, ao adotar a doutrina da proteção integral e velar pelos superiores interesses da criança e do adolescente, deve conceber medidas eficazes para evitar que os nefastos efeitos da ruptura atinjam as pessoas mais vulneráveis da relação e que sequer contribuam para o seu desenlace: os filhos.

Neste cenário é que a guarda compartilhada foi idealizada e instituída expressamente no ordenamento jurídico pátrio no ano de 2008, passando por inúmeras interpretações e reformas legislativas de lá para cá, sempre com o intuito de resguardar os interesses dos filhos, lembrando que se trata de pessoas em desenvolvimento e cuja fragilidade é inegável.

A promulgação da Constituição Federal, em 1988, trouxe a igualdade entre os pais na condução dos interesses dos filhos, além de estabelecer identidade de direitos e deveres na direção da sociedade conjugal - quando do casamento.

Não obstante a ordem constitucional vigente, amparada pela legislação infraconstitucional, assegure a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, além de outros princípios que têm como objetivo preservar os filhos menores e lhes destinar tratamento digno e condizente com a condição de seres em desenvolvimento, não é raro, infelizmente, deparar com situações em que a dissolução dos relacionamentos afetivos acaba por penalizar a criança e o adolescente envolvidos na disputa doentia e inflamável de seus pais.

Por conta disso, o presente artigo se propõe a analisar a guarda compartilhada aliada aos princípios aplicáveis ao tema e o aspecto processual para concretizá-la, de modo a trazer para o debate a eficácia de tal instituto como meio de se colaborar para a formação integral da criança e do adolescente, sob o ponto de vista moral, social e psíquico.

1 CONCEITO, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E ESPÉCIES DE GUARDA

Muito se tem debatido acerca da guarda compartilhada, especialmente após o advento da lei nº 13.058, de 22/12/2014 (BRASIL), e recentemente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Neste cenário, conceituar a guarda compartilhada assume inegável importância para se definir o real alcance teórico, bem como sua incidência no campo prático, afastando, assim, corriqueiros equívocos na sua interpretação e no objetivo a que se propõe.

Entende-se por guarda compartilhada a assunção das responsabilidades com os filhos por ambos os pais em um sistema de colaboração mútua decorrente da autoridade parental, na qual as decisões sobre a rotina do menor, tais como escola, cursos, passeios, atividades físicas, por exemplo, passam a ser tomadas em conjunto.

Com isso, pela guarda compartilhada, ambos os pais permanecem no direcionamento dos interesses dos filhos em comum, havendo coparticipação no acompanhamento da vida cotidiana e na tomada de decisões em prol dos mesmos.

Como bem leciona Ana Carolina Silveira Akel, “(...) compartilhar a guarda de um filho é garantir que ele tenha pais igualmente engajados e comprometidos na sua criação e no atendimento aos deveres ínsitos do poder familiar.” (2016, p. 41)

Desse modo, compartilhar significa dividir, partilhar, contar com a participação de outrem para determinado desiderato. No que tange à guarda, tal compartilhamento é ínsito a ambos os pais pela própria natureza e assim assume a lei, atribuindo-lhes o papel de guiar conjuntamente os interesses dos filhos, nos mais diversos assuntos e dinâmicas familiares, como se a família sequer tivesse se rompido.

Não se trata de se dividir a custódia física da prole de forma igualitária e por períodos predeterminados, mas sim de assumir os cuidados de maneira conjunta, minimizando-se os efeitos traumáticos do rompimento dos pais e do distanciamento físico de um deles.

Mas nem sempre foi assim.

No Código Civil de 1916 (BRASIL, Lei nº 3.071, 1916), a guarda dos filhos, por ocasião do desquite dos pais, era conferida ao cônjuge inocente, lembrando que o casamento exercia o monopólio na constituição da família (então denominada de “família legítima”). Assim, o diploma civil orientava-se pela guarda unilateral e sequer cogitava do compartilhamento entre os pais, dispondo de forma rígida as hipóteses em que o filho ficaria com um ou com o outro genitor, conforme previa o artigo 326:

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121 (BRASIL, 1962), manteve-se o deferimento da guarda de acordo com a apuração da culpa pelo fim do casamento e privilegiando o cônjuge inocente, mas, alternativamente, concedendo prioridade à mãe na hipótese de culpa recíproca pelo desquite:

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

Mais tarde, a Lei do Divórcio (BRASIL, Lei nº 6.515, 1977) revogou aludido dispositivo, determinando que a guarda dos filhos fosse deferida segundo o que estabelecessem os cônjuges, ou, inexistindo consenso, ao cônjuge inocente e, em última análise, à mãe.

Como se vê, o legislador, àquela época, ainda se guiava pela guarda unilateral, eis que autorizava a sua concessão a apenas um dos genitores. Não se vislumbrava a possibilidade de exercício da guarda por ambos os pais, simultaneamente, ao menos sob o ponto de vista legal.

Promulgada a Constituição da República (BRASIL, 1988), aos cônjuges foi conferida igualdade de condições na direção da sociedade conjugal e entre os filhos, independentemente da origem, além de positivizar outras formas de constituição de família que não apenas o casamento, trazendo a união estável como entidade familiar e a família monoparental.

Com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002), o Código Civil anterior foi revogado, dando lugar ao então artigo 1.584, o qual dispunha a concessão da guarda ao genitor que demonstrasse melhores condições para o seu exercício, levando-se em conta os critérios de afeto, saúde, segurança e educação.

Afastou o legislador, desse modo, a apuração da culpa pelo fim do casamento para fins de concessão da guarda dos filhos aos genitores, até porque muitas famílias se formavam sem que houvesse uma união formal entre os genitores, como era o caso da família monoparental, representada em sua essência por mães solteiras, cabendo ao genitor não guardião a fiscalização e o exercício da visitação. Mas mantinha-se apenas a guarda unilateral.

Anos se passaram e a Lei nº 11.698 (BRASIL, 2008) regulamentou expressamente a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante trouxesse certo avanço ao positivá-la, estabelecendo o ordenamento jurídico duas

espécies de guarda de forma expressa, certo é que o legislador ainda se mostrou tímido, pois priorizou a guarda unilateral, admitindo o compartilhamento quando possível e em caráter subsidiário, deslocando a análise para a esfera subjetiva do intérprete e do magistrado no caso concreto, sem haver critérios rígidos para a sua regulamentação.

Predominava assim o entendimento de que a fixação da guarda compartilhada dependia do consenso entre os guardiões, assim conceituando 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” (BRASIL, Lei 11698, 2008), embora houvesse quem se rebelasse com a ideia de que o compartilhamento dependesse de consenso, tanto na doutrina quanto nos tribunais, tal entendimento era minoritário.

Com o objetivo de tornar a guarda compartilhada a regra e dar-lhe efetividade, em prol dos superiores interesses dos filhos e de sua proteção integral, a Lei nº 13.058 (BRASIL, 2014) alterou o Código Civil, elegendo-a prioritária; ao passo que a guarda unilateral perdeu espaço no que toca a sua imposição por decisão judicial.

Como se verá, os aplausos à legislação se devem ao fato de que a instituição da guarda compartilhada não mais passou a depender de consenso entre os pais, podendo resultar de imposição pelo magistrado, de forma a determinar (e não apenas sugerir) que as decisões afetas à prole decorram de prévio debate entre aqueles que possuem o poder familiar e que o devam exercer em igualdade de condições.

Não trata a novel legislação da guarda alternada, ou seja, da custódia física por períodos predeterminados e divididos igualmente entre os pais, mas sim do exercício conjunto e simultâneo da autoridade parental, tendo o filho um único domicílio. Não se compartilha, necessariamente, a custódia física de forma igualitária, mas sim os cuidados e as responsabilidades nos assuntos que interessam ao bem estar do filho e que estejam relacionados ao exercício do poder familiar, isto é, o dever de criar, cuidar, educar e vigiar são exercidos por ambos os genitores, indiscriminadamente.

Portanto, das duas modalidades de guarda expressamente consagradas pelo ordenamento jurídico – unilateral e compartilhada, não se nega a preferência legal pelo compartilhamento.

Por fim, quanto à guarda alternada, entende-se como aquela em que há nítida divisão entre os pais por períodos estanques e previamente agendados, inclusive com revezamento de lares, sejam em dias, semanas, quinzenas ou em qualquer outra periodicidade, sem cooperação ou corresponsabilidade parental.

O entendimento dos tribunais pátrios é no mesmo caminho, conforme acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, abaixo ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO DE "GUARDA ALTERNADA" - INCOVENIÊNCIA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS - GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE HARMONIA E RESPEITO ENTRE OS PAIS - ALIMENTOS - FIXAÇÃO - PROPORCIONALIDADE - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE E NECESSIDADE DO ALIMENTADO.

A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou co-responsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança.

A guarda compartilhada é a medida mais adequada para proteger os interesses da menor somente nas hipóteses em que os pais apresentam boa convivência, marcada por harmonia e respeito.

Para a fixação de alimentos, o Magistrado deve avaliar os requisitos estabelecidos pela lei, considerando-se a proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade de pagamento pelo requerido a fim de estabilizar as micro relações sociais. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0056.09.208739-6/002. Relator Desembargador Fernando Caldeira Brant. Julgamento em 19/12/2013.

Justamente por entender ser prejudicial ao menor, o legislador pátrio não encampou tal modalidade (art. 1.583, *caput*, CC), eis que rompe a referência física e de residência do filho, além de não lhe permitir uma convivência saudável com ambos os pais e respectivos familiares de forma contínua, afastando a interlocução propícia ao saudável desenvolvimento do filho e rompendo a participação parental conjunta.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Não há dúvidas de que o Direito de Família é um dos ramos mais dinâmicos do Direito Civil, possuindo expresso fundamento no texto constitucional, especialmente no

sentido de que a família deve receber especial proteção do Estado (BRASIL, Constituição Federal, art. 226).

Também não se duvide de que os debates acerca das relações familiares passam pelo viés da religião e da moral, além do jurídico.

Neste cenário, é evidente que a adoção de novas leis, que visem a positivar os novos arranjos familiares e a adequar o ordenamento jurídico à evolução da família em si, encontra percalços e obstáculos de várias ordens, até porque as relações pessoais são ricas e ecléticas, tornando-se impossível a positivação de todas elas.

Por conta disso, a base principiológica assume papel da mais alta importância no enfrentamento das lides postas a julgamento, sendo fundamental o seu enfrentamento para que se atinja a melhor performance possível e desejável na solução dos conflitos.

Entre os princípios atualmente catalogados, destacam-se os seguintes:

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, outorgou papel de destaque à pessoa humana, trazendo valores sociais como direitos fundamentais, tais como a função social da propriedade, da posse e da família.

Para tanto, elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, III, aplicável nas relações jurídicas dos mais diversos segmentos do direito.

No que tange às relações familiares e o seu olhar legislativo, destaca-se a ênfase que se deu à pessoa e sua proteção nas mais diversas relações da qual faça parte, o que se justifica pela função instrumental da família, preocupada com a efetiva proteção de seus membros, pois é o local onde desenvolverão suas habilidades e potencialidades, preparando-se para o futuro e guiando as gerações vindouras.

Sobre o assunto, Paulo Lobo anuncia que “Atualmente a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades.” (2015, p. 110).

E arremata:

A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros. (LOBO, 2015, p. 110)

Evidente, portanto, que a família se traduz na relação propícia para o ser humano se desenvolver e se capacitar para a vida adulta, razão pela qual os pais assumem inegável importância na condução dos interesses dos filhos, notadamente por ocasião do desenlace amoroso e no equilíbrio conjunto das funções de ambos na reorganização da dinâmica familiar, devendo priorizar tratamento digno condizente com a peculiar condição de seres e desenvolvimento.

2.2 PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A criança e o adolescente são seres especiais em desenvolvimento e, por isso, demandam cuidados inerentes à fase em que se encontram, os quais indispensáveis à sólida formação e desenvolvimento íntegro e sadio enquanto pessoas.

Neste particular, o ordenamento jurídico outorga a tais seres a condição de sujeitos de direito, assegurando-lhes proteção integral e com absoluta prioridade a seus interesses, impondo cumulativamente à família, à sociedade e ao Estado a observância dos deveres inerentes a tal condição.

Assim prescreve a Constituição Federal:

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.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988)

Andou bem o constituinte ao conferir especial proteção diante da vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, o que foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), não apenas no campo judicial, mas

também na esfera legislativa, educacional, pública, entre outras, garantindo assim plenitude no desenvolvimento físico, psíquico e mental.

Foi neste sentido que recentemente se aprovou o Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, Lei nº 13.257, 2016), consagrando em seu artigo 3º que

a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

Depreende-se, portanto, que a participação da família assumiu real importância na consolidação da proteção à criança e ao adolescente, sendo a guarda compartilhada valiosa ferramenta para tal desiderato quando os pais não convivem sob o mesmo teto, assegurando a observância de seus direitos fundamentais, notadamente de convivência familiar sadia, como prescreve o artigo 5º, da Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990).

2.3 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A família, a receber especial proteção do Estado, em todos os aspectos, é o porto seguro para a construção de bases sólidas de cidadania e da identidade de seus membros, contribuindo ainda para o fortalecimento e manutenção dos laços afetivos.

Tal princípio não prega a cisão dos filhos com os pais e respectivos familiares. Ao revés, defende a importância dos elos familiares para o crescimento humano, especialmente quando criado num ambiente pautado na harmonia, respeitando-se as diferenças e as diversidades.

Pensando na necessidade de interação da criança e do adolescente com o meio social, estabelecendo as regras da convivência humana e os limites na relação que se estabelece com terceiros, o que é salutar para a formação de seu caráter, a Constituição Federal de 1988 elevou a convivência familiar e comunitária saudável a direito fundamental, haja vista a importância que desempenha em prol do bem estar e do

desenvolvimento das potencialidades do ser humano, até mesmo por conta das famílias reconstituídas, que atualmente é cada vez mais comum.

Guilherme Calmon tece interessante abordagem a respeito da referência familiar decorrente da convivência:

Ainda que fisicamente distantes, os membros da família mantêm a referência ao ambiente comum familiar e, assim, o local representa o refúgio seguro e privado, em que todos se sentem recíproca e solidariamente acolhidos e protegidos, notadamente as pessoas dos familiares vulneráveis, como as crianças e os idosos. (2008, p. 85)

Basta lembrar que o direito de convivência se estende a outros parentes do menor que não apenas aos pais, alcançando os avós e outros que podem compor a família extensa, tendo como fundamento a manutenção dos elos de afetividade.

Sobre o assunto, acertada a ponderação de Paulo Lobo:

O direito à convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos. O Poder Judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário. Consequentemente têm igualmente fundamento nos deveres da convivência familiar as decisões judiciais que asseguram aos avós o direito de visita a seus netos. (2015, p. 122)

E mais. Aludida convivência com outros parentes ainda contribui para amenizar eventual ausência física de um dos genitores, havendo a assunção do papel respectivo por outro membro familiar com quem o menor construa uma relação de afeto e afinidade recíproca.

Neste cenário, a guarda compartilhada visa a preservar a dinâmica familiar daqueles que por algum motivo romperam o enlace amoroso, mas que, por outro lado, não deixaram a ruptura amorosa desaguar no distanciamento dos filhos, participando ativamente de suas rotinas e mostrando-se preocupados com os seus interesses.

2.4 SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Também denominado de princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sua diretriz anuncia que os interesses dos menores são de maior relevância e devem ser privilegiados em quaisquer circunstâncias, especialmente nas lides judiciais.

Teve o legislador o intuito de garantir à criança e ao adolescente a supremacia de seus ideais e de preservar a condição de pessoas em desenvolvimento, com o objetivo de assegurar que as decisões judiciais se norteiem pelo reais e efetivos benefícios a tais sujeitos de direitos, ante a manifesta vulnerabilidade que lhes é peculiar, até mesmo em decorrência da dignidade da pessoa humana e da função instrumental da família.

Nas sábias palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento. (2006, p. 127)

E mais adiante conclui que o especial apreço pelos interesses dos menores lhes garante formação e estrutura psíquica, moral e social adequadas (2006).

Aliando-se tal princípio ao tema da guarda ora sob análise, não há dúvidas de que se constatando que o compartilhamento é mais benéfico à situação dos menores e propício a assegurar a efetivação de seus direitos fundamentais, inerentes à sua condição, deve o juiz, apoiado em estudo psicossocial a ser realizado pela equipe interdisciplinar, zelar pela sua implementação, tal como observa Guilherme Calmon:

Manifesta-se o referido princípio em diversos momentos no que diz respeito a situações jurídicas envolvendo o menor, como nas hipóteses de determinação da guarda ou do direito de visitação, além de orientações respeitantes à sua educação e formação de sua personalidade em geral. (2008, p. 82)

Em recente acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se pela aplicação da guarda compartilhada ainda que os pais não tenham boa convivência entre si, haja vista que é o regime que mais atende aos melhores interesses dos filhos, em consonância com as alterações decorrentes da Lei nº 13.058 (BRASIL, 2014), assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14.
2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema.
3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória.
4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.560.594/RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 23/02/2016).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais compartilha do mesmo entendimento, tendo como fundamento a supremacia dos interesses da criança e do adolescente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. MENOR DE IDADE. GUARDA COMPARTILHADA. MODIFICAÇÃO DE GUARDA PLEITEADA PELA MÃE. CONSTATADA A CONDIÇÃO DO PAI DE TAMBÉM DETER A GUARDA. CRIANÇA BEM CUIDADA E ADAPTADA À MODALIDADE DE GUARDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Tratando-se de ação relativa à guarda de menor, o interesse e bem-estar do infante devem nortear a tomada de qualquer decisão judicial. Se os elementos de convicção contidos nos autos atestam que a criança se encontra bem cuidada e perfeitamente adaptada ao regime de guarda compartilhada, impõe-se a confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido de alteração de guarda. Modelo atual adotado na legislação pátria que deve ser prestigiado, preferencialmente, notadamente nas situações como a que está revelada no processo. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0016.13.011560-9/001. Relator Desembargador Armando Freire. Julgamento em 27/10/2015).

Portanto, depreende-se a importância que tal princípio assume na regulamentação da situação jurídica dos menores frente à ruptura amorosa dos pais, sendo evidente que o paradigma na determinação, ou não, da guarda compartilhada, tem sido a observância dos superiores interesses dos filhos, e não a inexistência de desentendimentos entre os genitores, desde que não haja risco e nem situação de negligência para com aqueles.

2.5 PLANEJAMENTO FAMILIAR E PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O ordenamento garante a todo e qualquer cidadão a constituição de família através das mais variadas formas, outorgando especial proteção a todas elas, tendo como norte a pluralidade familiar.

Dada a diversidade de espécies familiares, consagra-se a liberdade e autonomia dos sujeitos para se unirem em prol do afeto e da busca pela felicidade, sendo vedada a intervenção do Estado no núcleo familiar.

Assim, compete unicamente ao cidadão a decisão de se unir a alguém e a forma pela qual o fará, de forma livre e sem amarras.

Todavia, uma vez constituída a entidade familiar, é de total interesse do Estado garantir e implementar medidas que propiciem efetiva proteção a seus integrantes, prezando pelo íntegro desenvolvimento de seus membros, independentemente da origem – seja pela filiação natural, adotiva ou afetiva.

Neste particular, prescreve a Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 226, § 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.

Portanto, reconhece à família a autonomia na sua organização, inclusive na tomada de decisões e opção no que tange à prole, sendo livre a decisão por ter ou não filhos, bem como quanto ao número e origem, conforme previsão esculpida no § 2º do

artigo 1565: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.” (RIZZARDO, 2006).

E uma vez tendo optado por ter filhos, nasce também para os pais o dever parental decorrente do poder familiar, a ser exercido com responsabilidade.

Em sede de guarda compartilhada, a responsabilidade é exercida por ambos os genitores, em um sistema de cogestão. Não se contenta a lei apenas com o “ser pai” ou “ser mãe”, devendo cada qual assumir o seu papel em todas as dimensões, cuidando e provendo a prole conjuntamente.

Embora nas lides judiciais ainda prevaleça a guarda unilateral conferida à mãe, já se percebe uma crescente participação e interesse dos pais na vida cotidiana dos filhos, o que atende ao princípio em debate.

Como dizia Sigmund Freud, “Não posso pensar em nenhuma necessidade da infância tão forte como a necessidade da proteção de um pai”, representando os benefícios da participação paterna (e materna) no desenvolvimento dos filhos.

Neste sentido, a psicologia evidencia que a presença paterna contribui para uma melhor aprendizagem dos filhos e integração social no meio em que vive, além de propiciar equilíbrio emocional, autoconfiança e segurança em estabelecer limites e regras (SANTOS, 2013), o que se mostra fundamental para um sadio crescimento da prole.

Vale notar a observação de que tal princípio não invoca apenas a responsabilidade paterna de maneira específica e restrita, mas sim a de ambos os genitores, razão pela qual a terminologia mais adequada seria "parentalidade responsável". (GAMA, 2008, p. 77/78)

Evidente, portanto, que a responsabilidade exercida de forma participativa pela mãe e pelo pai, em regime de guarda compartilhada, atende aos preceitos da paternidade responsável, com inegáveis benefícios e vantagens aos filhos.

3 A GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA NATURAL, NA FAMÍLIA SUBSTITUTA E NA MULTIPARENTALIDADE

Entende-se por família natural o núcleo formado pelos pais, ou qualquer deles, e seus filhos, a teor do que prevê o artigo 25, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Lei nº 8.069, 1990).

Consagra o ordenamento jurídico a prioridade de o menor ser criado e educado no seio de sua família natural, mantendo-se acesos os vínculos de afetividade com aqueles parentes mais próximos e que, em regra, são os mais interessados e preocupados com o desenvolvimento digno e crescimento sadio da prole.

Neste ponto, inexistem quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de compartilhamento da guarda entre os pais, recebendo previsão expressa do legislador:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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. (BRASIL, Lei 10.406, 2002)

Com absoluta clareza, a Ministra Nancy Andrighi já teve oportunidade de manifestar a respeito do dever de cuidado dos pais com relação aos filhos:

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc. (...)

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (...)

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24/04/2012).

Ocorrem, todavia, situações que acabam por impossibilitar os pais, ou qualquer deles, de exercerem o poder familiar e, por via de consequência, da possibilidade de ter a guarda para si concedida, seja a unilateral, seja a compartilhada.

Em tais casos, é possível a inserção de um terceiro para cuidar e educar o menor, recaindo o múnus preferencialmente sobre aquele com quem se tenha vínculo de afinidade e afetividade. Trata-se da família extensa ou ampliada, como bem define o legislador estatutário, cabendo o exercício da guarda por quem não é pai e nem mãe, podendo ser concedida para tios, irmãos, avós, entre outros parentes do menor:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, Lei nº 8.069, 1990)

Inexistindo parentes próximos ou pessoas com quem o menor mantenha relação de proximidade, nomeia-se terceiro para dele cuidar, confiando-lhe o encargo de guardião.

Portanto, não há empecilho para que o exercício da guarda recaia sobre quem não seja pai e nem mãe do incapaz, ressaltando, contudo, a preferência legal pela família natural (na qual, naturalmente, há o poder familiar), em seguida pela extensa ou ampliada e, em caráter residual, pela família substituta.

Ora, decorrendo a concepção de ato volitivo dos pais, a eles incumbe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, impassível de delegação ou renúncia, por estar atrelado ao poder familiar, cuja titularidade compete única e exclusivamente aos pais.

O critério que se deve perseguir e ter em mente é a supremacia dos interesses do menor, devendo o magistrado adotar a medida que mais contribua para o desenvolvimento da criança e do adolescente, haja vista a doutrina da proteção integral e a prioridade absoluta.

Pensando em tais diretrizes, avalia-se a possibilidade de se deferir a guarda a terceiro, em conjunto com pai e/ou mãe. Seria o caso de se aceitar o compartilhamento entre a mãe e o tio paterno? Ou entre o pai e a avó paterna?

Sobre o assunto, a doutrina não diverge:

Enfim, pelas construções expostas, reiteramos o entendimento de que é plenamente possível compartilhar a guarda da criança entre o genitor supérstite e os avós, principalmente se considerarmos que tanto a Lei nº 11.698/2008 quanto a nova Lei da Guarda Conjunta (nº 13.058/2014) foram elaboradas com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da continuidade das relações familiares, da convivência familiar e, sobretudo, do melhor interesse do menor. (MORAIS, 2016, p. 99)

Ante a inexistência de vedação legal expressa, constata-se que não há proibição, desde que a situação se mostre benéfica ao menor e atenda aos seus superiores interesses.

Douglas Phillips Freitas corrobora do mesmo entendimento:

Como o objetivo da guarda compartilhada é a realização conjunta do exercício dos direitos parentais, não há óbice, quando há necessidade, de haver o compartilhamento da guarda entre mais pessoas que além dos pais, por exemplo, podendo, também, integrar avós e padrinhos, desde que justificada a medida. (2015, p. 224)

Não se pode olvidar, ainda, que diante dos novos arranjos familiares, as configurações acerca da guarda tendem a se mostrar elásticas e receber orientações até então não palpáveis da doutrina mais tradicional.

É a hipótese da multiparentalidade, na qual o estabelecimento das relações paterno-filial e materno-filial não se embasam apenas nos ascendentes de primeiro grau (pai e mãe) naturais, mas numa referência afetiva que pode ir além do conceito triangular de família formada pelo pai, pela mãe e respectivos filhos, não se restringindo, assim, ao vínculo biológico.

Restou consagrada, portanto, a flexibilização do conceito de família como decorrência da inegável atribuição de valor jurídico ao afeto, entendendo-se que a paternidade (e maternidade) afetiva não exclui a biológica, e vice-versa, mas na verdade se complementam.

Embora tal entendimento ainda não receba grande adesão por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, é de se reconhecer que repercute diretamente na questão da guarda – além de outros efeitos na seara familiar e sucessória, tais como alimentos, nome, parentesco – haja vista a existência de mais de um pai e/ou mais de uma mãe, todos exercendo o poder familiar em igualdade de condições.

Neste particular, há que se admitir que o exercício da guarda compartilhada poderá recair em tantos quantos forem os pais e/ou as mães, seja o vínculo biológico ou

afetivo, sem preponderância ou supremacia, por conta da origem, de um sobre o outro no exercício da guarda.

O passar do tempo e a evolução das relações familiares na determinação da paternidade e da maternidade demonstrarão o cabimento do compartilhamento da guarda também na hipótese de multiparentalidade ou pluriparentalidade, desde que traga reais benefícios aos menores.

4 A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

Não se pode tolerar a confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada, como já mencionado alhures, lembrando que nesta última há a alternância de períodos entre os pais, com revezamento de lares, o que não atende aos superiores interesses dos filhos e, por isso, não recebeu previsão legislativa expressa, até porque o filho não é posse e nem propriedade dos pais e muito menos devem os cuidados a ele dirigidos se restringirem a períodos rígidos e pré-determinados.

Em se tratando de guarda compartilhada, cabe destacar que o menor terá um único domicílio – o paterno ou o materno –, tal como estabelece o artigo 1.583, § 3º, do Código Civil.

Ainda que os pais residam em cidades distintas, não encontrou o legislador empecilho para o compartilhamento, já que não se fala em alternância de residências, mas em responsabilidades nos assuntos derivados do poder familiar.

Portanto, decidindo o magistrado pela guarda compartilhada, deverá estabelecer o local de domicílio do menor, se junto ao pai ou à mãe, conforme as circunstâncias de cada caso concreto e de acordo com os seus superiores interesses do filho.

Oportuno lembrar que pelas regras do artigo 76 do Código Civil, o domicílio do filho incapaz é necessário, sendo o mesmo de seu representante ou assistente legal. Todavia, tendo em vista que ambos os genitores serão responsáveis pelas diretrizes referentes ao filho, imperiosa a fixação de onde este terá o seu domicílio.

Por seu turno, Fernanda Rocha pondera que:

Como na esmagadora maioria dos casos de desunião parental os pais deixam de residir sob o mesmo teto, os filhos passam a residir com um deles depois da desunião (guarda material), fato que não se altera com a guarda compartilhada, permanecendo a necessidade de existência de uma residência de referência, pois não há mais a possibilidade de compartilhamento simultâneo do mesmo teto, salvo em raríssimas exceções nas quais os pais, embora conjugalmente separados, continuam a morar na mesma residência. (2016, p. 125).

Assim, estabelecida a residência do menor com espeque em seus superiores interesses, deve o juiz regulamentar a convivência com o outro genitor, a fim de assegurar o direito fundamental de convivência saudável, com os familiares de ambos os genitores.

Neste particular, o compartilhamento da guarda não impede a fixação do regime de convivência, pois, como dito, não haverá alternância de lares, mas sim a responsabilização conjunta no exercício dos cuidados com o filho.

Segundo a análise de Douglas Phillips Freitas:

A nova lei da Guarda Compartilhada de 2014 ao fixar este modelo de forma compulsória deixa claro em sua redação que há a necessidade do ajuste do domicílio, a administração da pensão e o sistema de convivência com a criança e adolescente. (2015, p. 81)

Vale dizer que o convívio do filho com o genitor com quem não reside deve ser prestigiado e estimulado, até porque não se trata de um direito apenas do pai e da mãe, mas também do menor, como meio de garantir o seu pleno desenvolvimento.

Segundo o Código Civil (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002), o artigo 1.584, § 3º, elucida que a convivência parental deverá se dar de forma equilibrada, promovendo a divisão de tempo do filho com cada um dos genitores.

Imperioso ressaltar, nessa esteira, que guarda e convivência são institutos distintos. Embora comumente confundidos, o primeiro diz respeito ao modo de gestão dos interesses da prole – que pode ser de forma conjunta ou unilateral – e o segundo, anteriormente tratado como direito de visitas, versa sobre o período de convivência que cada genitor terá com os filhos, sendo necessária a sua fixação em qualquer modalidade de guarda. (ROSA, 2015, p. 65)

É sabido que a divisão de tempo equilibrada não quer dizer que haverá de ser igualitária, ou seja, não determina a lei que os pais dividam o tempo com o filho de maneira simétrica e idêntica, mas sim de modo que atenda aos melhores interesses do filho, à sua rotina e às peculiaridades de cada caso, destacando que é direito fundamental do filho a convivência familiar saudável.

Para tanto, o magistrado poderá se valer de avaliação social e estudo psicológico com os envolvidos a fim de se convencer de qual o modelo de convivência que mais atenda aos superiores interesses da criança e do adolescente, garantindo-lhe a preservação de sua rotina e mantendo a referência de residência que devem nortear o seu desenvolvimento, uma vez que o acompanhamento e a orientação são deveres que exsurtem do poder familiar, cabendo a ambos os pais a sua efetivação.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já teve oportunidades de se manifestar sobre a inconveniência de se fixar a convivência por períodos estanques e obrigatoriamente igualitários entre pai e mãe.

Ilustra-se:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA - MODALIDADE PARTILHADA - PRETENSÃO QUE NÃO ATENDE O MELHOR INTERESSE DO MENOR - SENTENÇA MANTIDA. A guarda na modalidade partilha, onde a criança reside períodos alternados com cada um dos genitores, não atende o melhor interesse do menor, sendo desaconselhada por doutrina e jurisprudência, por não garantir um referencial de moradia, estabelecer rotinas e convivência conjunta com ambos os pais. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.13.035345-2/001. Relator Desembargador Edgard Penna Amorim. Julgamento em 16.04.2015).

Da mesma forma, o compartilhamento da guarda não afasta o dever de prestar alimentos por aquele genitor com quem não reside o menor, decorrendo do poder familiar, como forma de propiciar subsistência digna ao filho e lhe garantir o acesso aos bens de consumo inerentes a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Não há dúvidas de que o filho possui despesas fixas e inerentes à fase da infância e da adolescência, especialmente despesas escolares, com moradia, alimentação, vestuário, saúde, transporte, entre outras, sendo de rigor a contribuição de ambos os pais, de acordo com os rendimentos de cada um.

É desarrazoado acreditar que cada genitor arcaria com as despesas inerentes ao período de convivência de cada qual, haja vista que haveria evidente sobrecarga àquele

com quem o menor residisse, o que é inconcebível com as diretrizes da guarda compartilhada e com o trinômio que regem a obrigação alimentar (necessidade-possibilidade-proporcionalidade).

Sobre o assunto, a preciosa lição de Maria Berenice Dias:

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras. (2011, p. 445)

Em nome dos superiores interesses do menor e diante do poder familiar e da relação de parentalidade e de parentesco, cediço que a guarda compartilhada não serve de argumento para afastar a prestação alimentar ao filho, o que importaria em prejuízo a sua formação integral e atendimento a suas necessidades.

5 A GUARDA COMPARTILHADA NO CONSENSO E NO LITÍGIO

Havendo interesse de se regulamentar a guarda judicialmente pelos pais ou outros parentes do menor, cabe ao Judiciário dirimir eventual controvérsia instalada e tomar a decisão pautada nos princípios que regem as relações familiares.

Em se tratando de pedido fundado no consenso entre os envolvidos e com o objetivo de regulamentar a guarda compartilhada, não se verificam maiores dificuldades no enfrentamento do tema, devendo o juiz homologar o pedido após ouvido o Ministério Público, desde que resguardados os superiores interesses da criança e do adolescente.

Todavia, quando há litígio entre as partes, a questão tende a se tornar tormentosa e o papel do julgador se mostra extremamente relevante no que tange ao destino e à continuidade das relações do filho com os genitores.

Sob o ponto de vista processual, a guarda pode ser decretada em processo autônomo ou de forma incidental em processo de separação, de divórcio, de declaração

de união estável ou de medida cautelar, inclusive em caráter de urgência antes do desfecho do processo (guarda provisória – compartilhada ou unilateral), sendo partes legítimas os pais ou terceiros que pretendam o acolhimento do menor.

De acordo com o novo Código de Processo Civil, cuja vigência teve início recentemente (BRASIL. Lei nº 13.105, 2015), deve o magistrado se nortear pelos critérios da mediação e da conciliação, inclusive com o apoio de profissionais de outras áreas e designação de audiência inicial para tentativa de solução consensual da controvérsia, haja vista a importância dos debates nas lides de família e das frutíferas conversas entre as partes, priorizando-se a mediação e a conciliação.

Infere-se que com o advento da Lei nº 13.058 (BRASIL, 2014) a guarda compartilhada se tornou obrigatória, incidindo a guarda unilateral apenas quando um dos genitores não tiver condições para o seu exercício ou quando declarar não ter interesse no exercício da guarda, sendo chamada de lei da guarda compulsória ou obrigatória (TARTUCE, 2015, p. 246)

Salvo em tais situações, o magistrado deverá determinar a guarda compartilhada ainda que os pais estejam em litígio?

O tema, embora bastante controvertido na doutrina e na jurisprudência, tem se inclinado pela resposta positiva, desde que, por óbvio, traga efetivos benefícios ao menor.

Frise-se que antes mesmo do advento da Lei nº 13.058 (BRASIL, 2014) os tribunais pátrios já se inclinavam por tal posicionamento, como se infere do acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cujos trechos a seguir se transcrevem:

[...] 3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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. (BRASIL. Superior

Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.251.000/MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 23/08/2011).

O mesmo entendimento foi adotado em outros casos, como no Recurso Especial nº 1.428.596/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.428.596/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 03.06.2014).

Com a vigência da Lei nº 13.058 (BRASIL, 2014), tal posicionamento ganhou fôlego, como se depreende do aresto já colacionado e de origem do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.560.594/RS), não obstante esteja longe de ser pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não se podendo perder de vista que um dos genitores poderia simular ou instalar situação conflituosa, propositadamente, apenas com o fito de afastar o compartilhamento da guarda.

Pertinente à interpretação de Conrado Paulino da Rosa:

Agora, com a edição a Lei n. 13.058, além de o compartilhamento passar a ser regra em nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, o magistrado, de acordo com a nova redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, deverá aplicar a guarda compartilhada mesmo sem consenso, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, “salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho”. (2015, p. 84)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, embora também reúna julgados divergentes na hipótese de conflito entre os pais, assim também se pronunciou, em acórdão cujo trecho a seguir se transcreve:

Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0210.11.007144-1/003. Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. Julgamento em 30.07.2015).

Forçoso destacar que, seja no consenso ou no litígio, deve o magistrado, amparado pela situação fática vivenciada pelos envolvidos e com apoio nas intervenções pela equipe interdisciplinar, buscar a alternativa que melhor assegure a efetivação dos superiores interesses do menor, bem como privilegie sua digna formação física, social e emocional, com absoluta prioridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes alterações legislativas inerentes à guarda compartilhada merecem elogios, seja sob o ponto de vista material, seja processual.

Mas tal providência não é suficiente. É preciso haver uma mudança de paradigmas no que concerne aos cuidados com os filhos e uma percepção dos casais de que a gestão dos interesses da prole é muito mais eficaz e frutífera quando exercida conjuntamente, até o porque a experiência forense tem demonstrado que o litígio, prolongado no tempo, destrói as bases familiares e prolifera o rancor entre os genitores.

Ademais, imperioso entender que o rompimento amoroso não pode prejudicar os cuidados a serem destinados aos filhos, devendo a guarda compartilhada ser expressamente estimulada, o que recebeu inegável contribuição com o advento da Lei nº 13.058 (BRASIL, 2014).

Percebeu-se que o compartilhamento da guarda favorece a convivência familiar saudável dos filhos com o pai e com a mãe e respectivos familiares, além de trazer uma louvável estrutura na participação de ambos os genitores na vida cotidiana da prole, especialmente para aquele com quem o menor não reside.

Pôde-se constatar, ainda, que o novel diploma processual civil consagrou especial importância à solução consensual das divergências familiares, incluindo a guarda de filhos, o que deve ser objeto de elucidação pelos advogados e defensores aos jurisdicionados, estimulando os pilares do equilíbrio e desprendimento, visando sempre aos superiores interesses dos filhos, ainda que qualquer dos pais não aceite a guarda compartilhada, pois, caso contrário, acabaria por deixar o destino nas mãos do genitor divergente, trazendo flagrantes prejuízos.

Todavia, diante das recentes alterações legislativas, notadamente a Lei nº 13.058 (BRASIL, 2014), não há dúvidas de que o instituto da guarda compartilhada tende a suscitar, por bom tempo, discussões e debates no meio jurídico.

Desse modo, se o assunto ainda rende divergências e discórdias na comunidade jurídica, o que dirá sobre os leigos, assumindo inegável importância a realização de debates sobre o tema e difundindo os seus conceitos e benesses de modo a alcançar o jurisdicionado em geral, sendo certo que o cuidado e a preocupação de ambos os

genitores com a prole, assumindo as responsabilidades conjuntamente, deságuam em reais benefícios e propiciam segurança e proteção aos que se mostram mais fragilizados por ocasião da separação, traduzindo em efetiva proteção integral.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carlina Silveira. **Guarda compartilhada** – uma nova realidade para o Direito de Família brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Guarda compartilhada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 39-43.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.
- FREITAS, Douglas Phillips. **A nova guarda compartilhada**: comentários à lei n. 13.058 de dezembro de 2014. 2. ed. Florianópolis: Voxlegem, 2015.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: Guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOBO, Paulo. **Direito de Família e os princípios constitucionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 101-129.
- MORAIS, Ezequiel. **Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Guarda compartilhada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. p 63-102.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROSA, Conrado paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANTOS, Elaine Ribeiro dos. **Pai, um vínculo de amor**. Formação. 09.agosto.2013. Modificado em 12.setembro.2014. Disponível em <http://formacao.cancaonova.com/familia/pai-um-vinculo-de-amor/>. Acesso em 26.março.2016.
- TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. São Paulo: Método, 2015.