



MODELO DE CUSTÓDIA: O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA, OBJETIVOS E APLICAÇÃO

Johana Cabral¹

Pedro Antônio Cadó Costa²

Resumo: A guarda compartilhada foi introduzida no Brasil como forma de preservar o convívio familiar. Seu objetivo é assegurar o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, mediante o compartilhamento da tomada de decisões referente aos filhos. Porém, a guarda compartilhada nem sempre é utilizada da maneira correta, uma vez que o estado-juiz institui uma margem para a aplicação de uma guarda alternada, modelo de custódia que se distancia dos ideais cooperativos almejados pelo legislador e pela doutrina. Assim, o presente artigo tem por objetivo apresentar os argumentos que justificam a preferência pela modalidade compartilhada da guarda. Inicialmente, faz-se uma análise do instituto a partir de suas disposições legais e principiológicas. Em seguida, demonstra-se sua efetiva aplicação e importância, considerando as decisões jurisprudenciais sobre o tema. O método de procedimento foi o monográfico e o de abordagem, o dialético, utilizando-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Convivência Familiar e Comunitária. Direitos Fundamentais. Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Responsabilidade Parental.

Abstract: Shared custody was introduced in Brazil as a way of preserving family coexistence. The objective is to guarantee the full development of the child and adolescent through the sharing of decisions regarding children. However, share custody is not always used correctly, since the legal state institute a margin for the

¹ Mestranda em Direitos Humanos e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Bacharel em Direito pela UNESC. Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas pela UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito – NUPED e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC. Taxista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior – PROSUC/CAPES e UNESC/PROPEX. E-mail: johanacabral712@hotmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Novos” Direitos e Litigiosidade, da UNESC. E-mail: pedroacc@hotmail.com

application of an alternate guard, a custody model that dissociates itself from the cooperative ideals sought by the legislator and by the doctrine. Thus, the present article aims at presenting arguments that justify the preference for the shared custody. Firstly, we analyze the legal institute from the perspective of its legal provisions and principles. Next, we demonstrate its effective application and importance considering the court decisions about the theme. The method used is the monographic and the approach is the dialectical, thus characterizing this research as bibliographic and jurisprudential.

Keywords: Family Coexistence. Fundamental Rights. Shared Custody. Family Power. Parental Responsibility.

Introdução

A legislação brasileira se manifesta de forma a garantir o pleno gozo das faculdades físicas e mentais da criança e do adolescente, uma vez que, a partir da incorporação da teoria da proteção integral, a estes é dada prioridade absoluta no momento da elaboração das políticas públicas e das ações governamentais. Com este intuito, foi adotado o instituto da guarda compartilhada. Sua aplicação não estabelece um direito de posse sobre a criança, mas sim, maior aproximação física dos filhos com os pais, quando da cessação do vínculo conjugal ou mesmo ante a inexistência da prévia conjugalidade, assegurando, em tese, um convívio familiar motivado a dignificar o artigo 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990b)

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 99.710/90, reconhece em seu preâmbulo que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor

e compreensão” (BRASIL, 1990a). Para tanto, se faz necessária a convivência pacífica dos genitores, pois compete a estes, por força de lei, o pleno exercício do poder familiar, conforme o disposto no artigo 1.634 do Código Civil brasileiro, que dá fundamento a este poder-dever dos genitores:

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

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002) [grifo nosso].

O artigo 22 do ECA também estabelece algumas obrigações: “[a]os pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 1990b).

Considerando todas as implicações, elencadas pelos artigos supratranscritos, do poder-dever familiar, o qual deve ser exercido pelos genitores da criança, cabe ao judiciário garantir a efetividade desses direitos na hora de compor os conflitos relativos ao rompimento dos vínculos afetivos entre os familiares da criança, para que esta não tenha seus direitos fundamentais violados em razão dos desajustes conjugais.

Assim, visando a proteção da criança e/ou do adolescente aplicar-se-á, via de regra, preferencialmente, a guarda compartilhada como meio de custódia, cabendo ao juiz, no caso concreto, avaliar a forma com que esta será implementada, primando em sua decisão pelo princípio do melhor interesse da criança.

2. Corresponsabilidade parental: guarda compartilhada e seus objetivos

A guarda compartilhada é um instituto conceituado pelo Código Civil em seu artigo 1.583, § 1º (com redação dada pela Lei nº 11.698/2008), que demanda “[...] 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, 2002). Ela permite a pluralização das responsabilidades e a democratização dos sentimentos. Possibilita a manutenção dos laços afetivos, dando aos pais o exercício igualitário da função parental. De maneira geral, reduz os efeitos negativos promovidos pela separação aos filhos (DIAS, 2013). Até então, a regra que se tinha era a aplicação da guarda unilateral materna. A genitora só não obtinha a guarda quando restasse comprovado que sua conduta fosse prejudicial aos filhos (SCHNEEBELI; MENANDRO, 2014). Essa sistemática da concessão de guarda exclusiva à mãe, embora ainda muito verificada na atualidade (visto que predominam as mulheres na responsabilidade pela guarda dos filhos), é modificada com a guarda compartilhada. A pesquisa Estatísticas do Registro Civil de 2016, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sinaliza um aumento, entre os anos de 2015 e 2016, de 12,9% para 16,9%, respectivamente, na proporção de guarda compartilhada entre os cônjuges (IBGE, 2017).

Esta espécie de guarda constitui uma prerrogativa de ambos os genitores tomarem as decisões em conjunto, embora a criança resida unicamente com um dos pais que exerce a guarda física ou material em toda a sua extensão. A guarda jurídica, no entanto, continua sendo exercida pelos pais, ao passo que a “companhia” ou “custódia” do filho é atribuída a um deles, desmembrando-se, portanto, o comando do art. 1.634, II, do CC. (MACIEL, 2014, p. 158)

Essa forma de responsabilização conjunta busca estabelecer um amparo afetivo, fundado no princípio da dignidade humana. O objetivo aqui não é o de dividir o tempo da criança, mas sim, o de estabelecer uma relação de mútua assistência parental, para que ela se desenvolva em um ambiente saudável. Vale pontuar que a convivência alternada é, inclusive, desestimulada por psicanalistas³. É preciso ter

³ Segundo Dolto (1989, p. 103), “[o] corpo da criança construiu-se num determinado espaço, com os pais presentes. Quando os pais se separam, caso o espaço não seja mais o mesmo (a casa, a escola), corre-se o risco da criança pequena não mais se reconhecer no seu corpo, na sua

muito claro que quando o assunto é a prole, seja criança ou adolescente, a cooperação daqueles imbuídos pelo poder familiar transcende o desafio que levou à dissolução do vínculo da sociedade conjugal. O instituto da guarda compartilhada permite, então, o desmembramento entre a conjugalidade e a parentalidade. Ou seja, ainda que a relação conjugal tenha acabado, a paternidade ou maternidade continua.

Dias (2013) pontua que o afastamento dos pais (ou de um dos genitores), ocasiona sequelas emocionais, a partir dos sentimentos de dor e abandono, acabando por prejudicar o desenvolvimento dos filhos. Para Silva (2005), o instituto da guarda compartilhada, sob o aspecto psicológico, é a melhor solução para os filhos, mesmo quando os pais se encontrem em litígio. Mais do que um direito dos genitores, a convivência com os pais é direito dos filhos.

Geralmente, o direito está um passo atrás das mudanças sociais. No caso da guarda compartilhada, porém, verifica-se que a legislação precedeu a mudança da cultura dominante. Por isso, é compreensível que haja resistência à nova modalidade de guarda. Embora não haja dados estatísticos oficiais, observa-se assistematicamente no cotidiano forense forte resistência de mães e pais a aderir voluntariamente à guarda compartilhada. (SCHNEEBELI; MENANDRO, 2014, p. 176)

Assim, a modalidade aqui apresentada é, na prática, colocada à prova a todo momento, pois é muito comum os genitores encontrarem-se em situação de desajuste, de desarmonia e as vezes até de total impossibilidade de estabelecer qualquer contato, razão pela qual pugnam pela aplicação da guarda alternada, a qual, para eles, é a mais adequada diante das desavenças. Contudo, o modelo alternado, quando aplicado, consubstancia-se na completa divisão do tempo, da casa e dos pertences da criança, princípio contrário aos ideais da corresponsabilidade, mitigando o poder familiar e favorecendo, por vezes, a alienação parental, uma vez que os genitores não buscariam a cooperação e sim uma transferência de obrigações.

Colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

afetividade e no seu social. Portanto, quanto menos mudanças ocorrerem nos referenciais espaciais melhor, já que a separação dos pais é sentida em um primeiro momento como algo desestruturante.”

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 1.021 DO CPC). DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO DECISUM DE PRIMEIRO GRAU.

DECISÃO A QUO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE GUARDA ALTERNADA E DETERMINAÇÃO PARA QUE O AUTOR, O ORA AGRAVANTE, ADEQUE SEU PEDIDO AOS REQUISITOS DA GUARDA COMPARTILHADA, SOB PENA DE EXTINÇÃO.

GUARDA COMPARTILHADA QUE NÃO COMPORTA ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS COM PODERES PARENTAIS DE FORMA EXCLUSIVA POR PERÍODOS PREESTABELECIDOS DE TEMPO.

DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo n. 4005482-56.2016.8.24.0000, Câmara Civil Especial, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel^a Des^a Rosane Portella Wolff, Julgado em 29/06/2017) [grifo nosso].

No mesmo sentido, é o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

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 coresponsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança. [...] (Apelação Cível n. 1.0056.09.208739-6/002, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Julgado em 19/12/2013) [grifo nosso].

O revezamento de lares, em períodos fechados de alternância, como demonstram os julgados acima, é completamente prejudicial ao desenvolvimento da criança ou do adolescente. A criança precisa ter um referencial de moradia. Saber que aquela é a sua casa, com sua cama, seus brinquedos e seus pertences. Evita-se, assim, eventual instabilidade emocional aos filhos. Na guarda compartilhada, “[o] que caracteriza o compartilhamento não é o fato de os filhos morarem em duas casas, mas a divisão das responsabilidades parentais por ambos os genitores, tal como fariam se mantivessem relacionamento conjugal.” (SCHNEEBELI; MENANDRO, 2014, p. 176).

A guarda compartilhada visa, portanto, assegurar o sadio e pleno desenvolvimento dos filhos, criança ou adolescente. Nela, “[...] o acesso ao filho pelo não guardião será realizado, quase ou totalmente, de forma livre, sendo certo que as

questões primordiais concernentes à prole devem ser decididas em consenso.” (MACIEL, 2014, p. 161). Contudo, verifica-se que, em razão das desavenças existentes, é frequente o requerimento, em juízo, da guarda alternada ou unilateral pelos genitores, transparecendo a dificuldade que os pais possuem de priorizar os interesses dos filhos, em detrimento de seus próprios interesses. Nesses casos, o sentimento de abandono ou de disputa que a criança normalmente vivencia é pura reflexão da incapacidade dos genitores de exercer, em corresponsabilidade e com cooperação, a guarda dos filhos.

Com o intuito de demonstrar a importância do instituto, passa-se a destacar alguns princípios, dentre princípios constitucionais, do Direito das Famílias e também do Direito da Criança e do Adolescente, que fundamentam a opção pela modalidade compartilhada da guarda.

3. Princípios orientadores da guarda compartilhada

Para evitar a degradação psicológica da criança, no momento da escolha do regime de custódia o magistrado, antes de prolatar a sentença, precisa estar atento a certos princípios, como, por exemplo: o da igualdade entre os cônjuges, o do melhor interesse da criança, o da afetividade, o princípio geral do cuidado e o da dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros reflete diretamente no instituto da guarda compartilhada. Consoante disposição do artigo 1.511 do Código Civil, a organização familiar tem por base a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. O artigo 1.566, inciso IV, do mesmo diploma, prevê que ambos os cônjuges são responsáveis pelo sustento, guarda e educação dos filhos. De igual modo, quando da dissolução da sociedade conjugal, a definição da guarda dos filhos que, em regra, acontecerá na modalidade compartilhada, também respeitará o princípio da igualdade, cabendo ao intérprete da lei atentar-se à sua observância, atribuindo obrigações similares aos genitores no que tange à criação e ao convívio junto aos filhos. “Logo, depreende-se que não há exclusividade para o pai ou para a mãe nesta modalidade de guarda, pois ambos devem convergir esforços em prol do bem-estar da criança ou do adolescente.” (REIS, 2016, p. 31). A igualdade será

observada, inclusive, quando da estipulação da obrigação alimentícia dos genitores, a qual será definida a partir da realidade concreta do caso em questão.

Outro princípio importante e que orienta a aplicação do instituto em comento é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, também conhecido como princípio do interesse superior da criança e do adolescente.

Esse princípio encontra-se expresso no artigo 3º, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989: “[t]odas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.” (UNICEF, 1989)⁴. Trata-se de princípio estruturante do Direito da Criança e do Adolescente, que deverá ser observado tanto pelos gestores públicos (no momento da elaboração das políticas públicas para crianças e adolescentes), quanto no dia a dia das práticas administrativa, legislativa e judicial, devendo guiar ainda, a ação dos indivíduos na esfera privada (LIMA, 2001).

Em trabalho monográfico acerca da *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*, Daniel O’ Donnell procura demonstrar que este princípio tem sua origem no direito comum, onde serve para a solução de conflitos de interesse entre uma criança e outra pessoa. Em essência, este conceito significa que, quando ocorrem conflitos desta ordem, como no caso da dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança sobrepõem-se aos de outras pessoas ou instituições. (PEREIRA, 2008, p. 46)

É certo que nem sempre a guarda será deferida na modalidade compartilhada. No entanto, se o melhor interesse do filho ou da filha, criança ou adolescente, assim o exigir, deverá ser aplicada prioritariamente. Cumpre frisar que o Código Civil, no seu artigo 1.583, § 2º, estabelece que o tempo de convívio com os filhos, na guarda compartilhada, deve ser equilibradamente dividido entre a mãe e o pai, levando sempre em consideração os interesses dos filhos. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo estatui que a cidade a ser considerada como base de moradia dos filhos será a que “melhor atender aos interesses dos filhos” (BRASIL, 2002). Verifica-se, portanto, a necessidade imperiosa da observância do princípio do melhor

⁴ A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, no artigo 1º, considera como criança toda pessoa menor de 18 (dezoito) anos, exceto nos casos em que a lei aplicável à criança autorize a maioridade em momento anterior.

interesse da criança e do adolescente em todas as ações que envolverem a tomada de decisão sobre suas vidas.

O princípio da afetividade, além de norteador do direito das famílias, é um dos grandes motivadores da instituição da guarda compartilhada, uma vez que permite a manutenção do afeto entre pais e filhos. De acordo com Pena Júnior (2008), o afeto é indispensável para o sucesso das relações familiares. Ausente o afeto, os integrantes naturalmente se afastam e a família não prospera.

A noção de afeto demanda uma visão de pessoa e o reconhecimento de sua subjetividade, o que só foi possível com a modernidade, mais especificamente após o final do século XVIII. Ao longo do século XIX, a subjetividade pessoal ganha maior importância e as famílias numerosas começam a diminuir, disseminando-se, então, a chamada família nuclear, que confere cada vez mais espaço para a consolidação do sentimento e da afetividade no contexto familiar (CALDERÓN, 2013). “A família contemporânea tem priorizado relações de afeto, solidariedade e responsabilidade, abandonando sua identificação tradicional como núcleo econômico e de reprodução.” (PEREIRA, 2008, p. 50).

O que ocorreu, na realidade, foi uma mudança de paradigma nos relacionamentos familiares, com a afetividade assumindo o papel que outrora fora destinado à família legítima, ao matrimônio, às orientações religiosas e à “verdade” biológica. (CALDERÓN, 2013, p. 213)

Na guarda compartilhada, a tomada conjunta de decisões visa a integração e participação dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos. Assim, o princípio da afetividade manifesta-se como um dos deveres inerentes ao poder familiar. Ele promove a desconstrução da ideia da existência exclusiva de um vínculo biológico nas relações entre pais e filhos e faz emergir a importância da atenção, do carinho e do amor. Tal é a sua importância que, a inobservância do dever de afeto autoriza a busca em juízo da indenização respectiva.

O princípio geral do cuidado deve nortear a atuação dos pais perante os filhos. Isso porque a família representa o lugar primordial e privilegiado para o exercício do cuidado. Assim, o sistema judicial brasileiro considera que o cuidado possui um valor jurídico e se expressa de forma objetiva:

Ações concretas, atitudes e valores devem evidenciar o cuidado com os filhos, desde o que diz respeito ao seu conforto físico e psíquico, a higiene do corpo e do ambiente, o apoio emocional e espiritual, até a proteção no sentido de segurança. Aqui também estão presentes diferentes significados de cuidado, como aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda, compartilhamento (BARBOZA, 2011, p. 93)

O sofrimento que a criança enfrenta durante a separação pode se intensificar conforme o tempo. Logo, estabelecer uma guarda que se aproxime da realidade de uma família unida, atenta às necessidades primordiais dos filhos, é o ideal. Contudo, quando as questões pessoais afetam o diálogo entre os genitores, ultrapassando as demandas da própria criança, acaba-se ofuscando o senso do dever de cuidado e, frequentemente, incorre-se no descuido dos filhos. Portanto, o cuidado a que se refere este princípio não é exclusivamente físico, mas também mental, emocional e inclusive social, pois a forma com que a criança se desenvolve e o modo como se relaciona influenciará todas as suas vivências futuras.

Por último, e não menos importante, está o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios-base do ordenamento, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ele objetiva tutelar e garantir o gozo de direitos fundamentais como: a liberdade, a igualdade e a justiça. Criador de diversas ramificações (a exemplo dos princípios acima apresentados), contempla não apenas o direito da criança e do adolescente, mas o direito do ser humano de conviver em sociedade.

Como explicita Kant (2008, p. 65): “[q]uando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”. Da mesma forma que a dignidade, o convívio para com os genitores não tem preço. A falta deste convívio viola a dignidade dos filhos, uma vez que a convivência familiar constitui um direito fundamental assegurado constitucionalmente. Assim, para que a criança ou o adolescente consiga desenvolver-se sadia e integralmente, e para que este direito não lhe seja tolhido ou limitado no momento da dissolução da sociedade conjugal, o convívio com os genitores precisa ser estimulado. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO. FAMÍLIA PLURISSOCIAL E

SÓCIOAFETIVA. GUARDA COMPARTILHADA. CONFIGURAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DOS MENORES. DIGNIDADE HUMANA.

1. Em seu art. 227, a Constituição Federal definiu a responsabilidade solidária da família, da sociedade e do Estado no dever de 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.

2. Os pais possuem o poder-dever da guarda, conforme art. 229 da Carta Magna, e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja perda, nos termos do art. 35 e 129 dessa Lei, n. 8.069/90, consubstancia medida punitiva aplicável àqueles que não atenderem à função e aos propósitos desse instituto, intrínsecos à dignidade humana. (Apelação Cível n. 20151410003555, Terceira Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Rel. Des. Flávio Rostirola, Julgado em 21/06/2017) [grifo nosso]

O judiciário, portanto, é um dos guardiões da dignidade da pessoa humana. Quando da implementação da guarda, deverá assegurar a igualdade e a justiça, para que o convívio parental se aproxime do ideal. Para isso, deverá atentar-se a todos os princípios supracitados e resguardar os direitos fundamentais e humanos dos filhos, crianças ou adolescentes, a partir das peculiaridades de cada litígio.

4. A aplicação da guarda compartilhada

Analisados a conceituação, os objetivos, bem como os princípios orientadores do instituto da guarda compartilhada, faz-se necessário apresentar sua aplicação pelo judiciário brasileiro. Em verdade se verifica que, embora a guarda compartilhada seja frequentemente determinada, subsistem nos tribunais decisões de primeiro grau ou mesmo acórdãos aplicando a guarda alternada, mascarada de compartilhada. Ou seja, o estado-juiz, em determinados casos, estabelece uma margem para a aplicação alternada da guarda, modelo que se distancia dos anseios cooperativos almejados pelo legislador. Como exemplo, colaciona-se a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. DECISÃO QUE DEFERIU A FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIAS ALTERNADAS, ESTIPULANDO MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. PRETENSÃO DO AGRAVANTE DE MODIFICAÇÃO DA GUARDA PARA QUE ESTA FIQUE COM A GENITORA, ALEGANDO ESTAR COM PROBLEMAS DE SAÚDE QUE O IMPEDEM DE CUMPRIR A DECISÃO. ARGUMENTOS QUE NÃO PROSPERAM DIANTE DAS CONCLUSÕES

DO ESTUDO PSICOLÓGICO REALIZADO, AFIRMANDO QUE O AGRVANTE POSSUI CONDIÇÕES DE COMPARTILHAR A GUARDA COMO DETERMINADO. NÃO PODEM OS INTERESSES DO AGRVANTE SE SOBREPOR AOS INTERESSES DO MENOR, EIS QUE, NA QUALIDADE DE GENITOR, POSSUI O DEVER DE ARCAR COM SUAS RESPONSABILIDADES. DECISÃO PROFERIDA EM SINTONIA COM O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. VERBETE SUMULAR N. 59 DESTE E. TRIBUNAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (Agravado de Instrumento n. 0058413-11.2017.8.19.0000, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. José Acir Lessa Giordani, Julgado em 13/03/2018) [grifo nosso]

Embora a íntegra do acórdão esteja em segredo de justiça, observa-se pela ementa que, ainda que sob o nome de guarda compartilhada, houve a fixação de residências alternadas. Tal estipulação não se coaduna com a forma compartilhada da guarda, em que um dos genitores exerce a guarda física (implicando apenas uma residência), cabendo aos dois decidirem conjuntamente as questões atinentes aos filhos. Verifica-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a decisão de primeiro grau, que havia fixado a guarda compartilhada em residências alternadas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também proferiu, em 2017, decisão semelhante:

GUARDA DE MENORES. Decisão que fixou a guarda compartilhada dos menores à avó materna e ao genitor, com permanência alternada na residência de cada um deles. Inexistência de elementos que indiquem a situação de risco aos menores. Necessidade de instrução processual para formação da convicção do juiz. Precedente desta Corte. **Decisão mantida. Recurso não provido.** (Agravado de Instrumento n. 2094136-62.2017.8.26.0000, Quinta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.^a Des.^a Fernanda Gomes Camacho, Julgado em 03/10/2017) [grifo nosso]

Nesse caso, houve decisão interlocutória em ação de guarda, concedendo a guarda compartilhada à avó materna e ao genitor, ficando as crianças alternadamente, entre as 12 horas do domingo até as 12 horas do domingo seguinte, revezando-se entre a casa da avó e a casa do pai. A avó agravou da decisão alegando que, em razão da pouca idade, as crianças não estavam assimilando as divergências apresentadas nas distintas residências, o que resultava em desorientação de ordem psíquica. Assim, pugnou pela custódia das crianças, mediante guarda compartilhada. A relatora, no entanto, argumentou, fundamentando inclusive no princípio do melhor interesse das crianças que, em que pesem os

argumentos da agravante, não haviam nos autos elementos que impedissem a guarda em residências alternadas, negando provimento ao recurso.

Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, extrai-se o seguinte acórdão:

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. LIMINAR INDEFERIDA. PRELIMINAR. VIOLAÇÃO AO ART. 526, CAPUT, DO CPC NÃO COMPROVADA. ÔNUS DO AGRAVADO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS ROBUSTOS A SOLIDIFICAR A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. **GUARDA ALTERNADA. CONTENDA ENTRE OS GENITORES DA INFANTE.** PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2015.031720-0, Terceira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel.^a Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Julgado em 15/09/2015) [grifo nosso]

Na lide acima, o casal promoveu ação de divórcio consensual em meados de 2014 e firmou acordo pela guarda alternada da filha, o qual fora homologado pelo Juízo da Comarca de Barracão (PR). No entanto, a composição não estabelecera os termos da referida alternância, de modo que, verbalmente, fora estipulado pelos pais que a menina ficaria no máximo 90 (noventa) dias na casa de cada genitor. Assim, a criança ficara de meados de setembro a dezembro de 2014 com a genitora, na cidade de Timbó (SC). Em seguida, fora transferida para a casa do pai, na cidade de Barracão (PR), onde, transcurso o prazo de 90 (noventa) dias, ainda não havia sido devolvida à mãe, motivando o ajuizamento, por esta, de ação de busca e apreensão da filha. A presente contenda, que representou verdadeira disputa dos genitores pela “posse” da filha, estaria prejudicando, dentre outros, a vida escolar da menina. Nesse caso, a liminar foi indeferida em razão da ausência de critérios e prazos expressos no acordo por eles previamente realizado, da pendência de ação de modificação de guarda com pedido de guarda provisória ajuizada pelo genitor, bem como da perda do objeto, visto que a menina já havia, quando da prolação da decisão, retornado ao convívio da mãe.

As decisões acima revelam a mitigação do instituto da guarda compartilhada, na medida em que prevalece a situação de alternância e dupla residência, verdadeira divisão do tempo e da rotina da criança, violando seus direitos fundamentais. A guarda alternada sequer pode ser considerada um instituto, pois não possui previsão legal na legislação brasileira, sendo acolhida de forma exclusivamente jurisprudencial e/ou doutrinária. Nesse modelo de custódia, como

visto, a criança não possuirá residência fixa e alternar-se-á entre os locais onde seus pais se domicíliam. Não há, portanto, constantes na vida da criança ou do adolescente, que terá seu psicológico degradado, inclusive, por uma possível alienação parental, que por este modelo é favorecida.

No instituto da guarda compartilhada, a grande problematização que se faz gira em torno da necessidade (ou não) de que os genitores estejam de comum acordo e apresentem relação amigável. A jurisprudência diverge nesse sentido. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acórdão de nº 70075131540, o relator se manifesta favorável à aplicação da guarda compartilhada. Porém, apenas nos casos em que há harmonia entre o casal e real disposição e vontade entre eles de compartilhar a guarda⁵. Já no acórdão de n. 0300030-42.2015.8.24.0082, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o relator se posiciona no sentido da desnecessidade do consenso entre os genitores acerca da guarda compartilhada⁶. Extraí-se do voto:

[...] O bom relacionamento entre os pais é, por certo, fator que facilita a dinâmica da guarda desta espécie e contribui para a preservação dos interesses da criança. Contudo, eventual dissenso entre os genitores não impossibilita, por si só, sua concessão, a não ser que a relação entre os dois se revele conflituosa a ponto de, na guarda compartilhada, interferir no desenvolvimento da criança. [...]. (Apelação n. 0300030-42.2015.8.24.0082, Terceira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Julgado em 06/09/2016)

Para Maciel (2014), com base nos princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral, não há impedimento para a definição da guarda compartilhada, mesmo não havendo entrosamento entre os genitores, se a própria criança apresentar o desejo de conviver intensamente com ambos e houver, por parte dos genitores, a possibilidade do compartilhamento das decisões relativas aos direitos fundamentais dos filhos.

No entanto, se a guarda compartilhada for aplicada contra o desejo da criança e também dos pais, a depender do nível de desajuste e de animosidade verificados, pode restar prejudicada. Forçar uma convivência no litígio, é estabelecer de forma indireta uma guarda alternada ou unilateral, pois não haverá mútua

⁵ Apelação Cível n. 70075131540, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 22/03/2018.

⁶ Apelação n. 0300030-42.2015.8.24.0082, Terceira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Julgado em 06/09/2016.

cooperação e sim total desgaste psicológico para todas as partes envolvidas no processo. Nesses casos, é preciso trabalhar com os genitores que o que se busca é o melhor interesse dos filhos e que a convivência com eles é um direito da criança ou do adolescente. Uma boa solução a este embate consiste na utilização da mediação familiar visto que, para haver uma tomada conjunta de decisões, sem interferências externas aos interesses da criança, é necessário o estabelecimento de uma ponte afetiva mínima, que tenha como elo a criança. É preciso ultrapassar o clima de disputa e fomentar o exercício da escuta, da compreensão.

A utilização da mediação familiar busca valorizar os laços fundamentais e afetivos de um relacionamento, seja ele conjugal, parental, fraternal, etc., haja vista que os conflitos emocionais nesse caso, são a alma do problema. Sendo assim, busca-se através da mediação incentivar o respeito entre todos os envolvidos no conflito, ressaltando os pontos positivos de cada um. (AKEL, 2008, p. 72)

Portanto, ainda que haja resistência na aplicação da guarda na modalidade compartilhada, esse instituto apresenta algumas vantagens: permite a manutenção dos vínculos afetivos com ambos os genitores; cessa a disputa pela posse dos filhos, evitando a ocorrência da alienação parental e estimulando o respeito e a cooperação entre os ex-companheiros; possibilita o exercício conjunto e igualitário do poder familiar, com o compartilhamento das atribuições; e atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, favorecendo seu pleno desenvolvimento.

5. Considerações Finais

O instituto da guarda compartilhada, previsto no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, trata-se de um modelo de custódia que possibilita a preservação do convívio e dos vínculos familiares entre pais e filhos, no momento da dissolução da sociedade conjugal, ou mesmo quando sequer existiu a prévia conjugalidade entre os genitores da criança. Esse instituto é orientado por princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade entre os cônjuges, o do melhor interesse da criança, o da afetividade e o princípio geral do cuidado.

Na guarda compartilhada, os filhos, criança ou adolescente, residem com um dos pais, o qual exerce a chamada guarda física, mas convive igualmente com

ambos os genitores, os quais, em regime de cooperação, continuarão exercendo a guarda jurídica e decidindo, conjuntamente, todas as demais questões relativas à criação e ao desenvolvimento dos filhos. Ou seja, nesse modelo, o compartilhamento das responsabilidades e o exercício do poder familiar são exercidos amistosamente, fator que favorece o sadio e pleno desenvolvimento da criança.

Contudo, subsistem no judiciário brasileiro decisões que mitigam o instituto da guarda compartilhada, na medida em que autorizam a alternância da criança entre as residências dos genitores, por períodos fechados de tempo, configurando a chamada dupla residência, que implica a completa divisão do tempo e da rotina da criança. A guarda alternada é prejudicial ao desenvolvimento dos filhos, uma vez que lhes retira o referencial de moradia, afetando seu aspecto psicológico. Tal configuração propicia a ocorrência da alienação parental e de contendas entre os genitores, ficando os filhos imersos em constante disputa dos pais.

Assim, conclui-se que o instituto da guarda compartilhada deve ser aplicado na sua essência, pois promove a democratização dos sentimentos, a manutenção dos vínculos afetivos, o exercício conjunto e igualitário do poder familiar, além do compartilhamento das atribuições. Nele, os pais possuem uma “responsabilidade ativa” no que tange à criação dos filhos, dado o fato de compreenderem que o poder familiar não é apenas um poder, mas também um dever, e que os filhos precisam do afeto e da companhia contínua de ambos, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Referências

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85-96.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990a**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990b.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0056.09.208739-6/002, Relator Desembargador Fernando Caldeira Brant, Julgado em: 19/12/2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Câmara Civil Especial, Agravo n. 4005482-56.2016.8.24.0000, Relatora Desembargadora Rosane Portella Wolff, Julgado em: 29/06/2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Terceira Câmara de Direito Civil, Agravo de Instrumento n. 2015.031720-0, Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Julgado em: 15/09/2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Terceira Câmara de Direito Civil, Apelação n. 0300030-42.2015.8.24.0082, Relator Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Julgado em: 06/09/2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2094136-62.2017.8.26.0000, Relatora Desembargadora Fernanda Gomes Camacho, Julgado em: 03/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Terceira Turma Cível, Apelação Cível n. 20151410003555, Relator Desembargador Flávio Rostirola, Julgado em: 21/06/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Décima Segunda Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0058413-11.2017.8.19.0000, Relator Desembargador José Acir Lessa Giordani, Julgado em: 13/03/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível n. 70075131540, Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 22/03/2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

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

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2016**. 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. 2001. 347 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Logo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134-213.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Wanderlei José dos. Guarda Compartilhada: regra ou exceção? **Revista Síntese Direito de Família**, v. 17, n. 97, ago./set. 2016. p. 29-34.

SCHNEEBELI, Fernanda Cabral Ferreira; MENANDRO, Maria Cristina Smith. Com quem as crianças ficarão? Representações sociais da guarda dos filhos após a separação conjugal. **Psicologia & Sociedade**, v. 26, n. 1, p. 175-184. 2014.

SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

UNICEF – FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.