

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

MARIA EDUARDA COSTA PEREIRA

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

SÃO PAULO
2019

MARIA EDUARDA COSTA PEREIRA

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie do Estado de São Paulo como requisito essencial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Prof. Dra. Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel

SÃO PAULO
2019

MARIA EDUARDA COSTA PEREIRA

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie do Estado de São Paulo como requisito essencial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel

Prof.

Prof.

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Maria Eduarda Costa Pereira¹

RESUMO

No presente estudo, são analisadas as alterações do Código Civil, bem como a evolução do Direito Constitucional em relação à proteção integral da criança e do adolescente, além da igualdade jurídica de homens e mulheres em direitos e deveres conjugais. No mais, são demonstradas as diferenças entre as modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a modalidade de guarda alternada, prevista pela doutrina. Feitas tais considerações, a análise principal do trabalho é sobre a guarda compartilhada e as alterações legislativas feitas ao Código Civil de 2002, com a promulgação da Lei n. 11.698/2008 e da Lei n. 13.058/2014. O estudo também demonstra as hipóteses inviáveis para a fixação da guarda compartilhada e a relação entre a fixação da guarda compartilhada e o pagamento de pensão alimentícia.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Alterações legislativas. Lei n. 11.698/2008. Lei n. 13.058/2014. Pensão alimentícia.

¹ Aluna da graduação; madu09@hotmail.com; orientada pela Professora Doutora Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	05
1	A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO	06
1.1	O DEVER DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	07
2	OS DIFERENTES TIPOS DE GUARDA	08
2.1	GUARDA UNILATERAL	10
2.2	GUARDA ALTERNADA	11
2.3	GUARDA COMPARTILHADA	12
3	APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	19
3.1	HIPÓTESES INVIÁVEIS DE FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	22
4	A GUARDA COMPARTILHADA E O PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA	23
	CONCLUSÃO	26
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27

INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada é aquela exercida por ambos os pais, mesmo após o fim do vínculo conjugal, que se tornam responsáveis pelas decisões sobre a vida dos filhos, além da divisão de tempo, das tarefas e do auxílio no desenvolvimento dos filhos menores.

Essa modalidade de guarda, já prevista pela doutrina brasileira, não esteve prevista no Código Civil de 2002 desde a sua promulgação. No entanto, a Lei n. 11.698, de 2008, introduziu a modalidade, com alterações importantes, no Código Civil.

O número de divórcios no Brasil é expressivo, e, segundo dados do IBGE, em 46,1% dos casos, os casais possuem filhos menores de idade.² Sendo assim, surgem, para os casais em processo de separação, a necessidade de se escolher a melhor modalidade de guarda, além de optar pela maneira que menos possa influenciar a vida dos menores, já que o processo de divórcio pode, muitas vezes, ser traumático, não somente para o casal, mas para os filhos também.

Nesse sentido, no ano de 2014, a Lei n. 13.058 introduziu novas modificações no Código Civil. A chamada “Lei da Guarda Compartilhada” tornou a modalidade uma regra no país, fazendo com que, sempre que possível, os magistrados optem prioritariamente por esse tipo de guarda, salvo se um dos genitores não quiser a guarda compartilhada ou se ambos não estiverem aptos a exercer a guarda dessa forma.

As alterações trazidas pelas duas leis não alteram somente as questões fáticas, mas também são responsáveis por alterar de maneira significativa a mentalidade dos genitores. Aquela ideia que durante séculos foi regra, de que a mãe é a principal responsável pelos filhos após o término do casamento, agora, aos poucos, passa por transformações e começa a se alterar, fazendo com que a guarda compartilhada ganhe novos adeptos e se torne expressiva em nosso país.

Sendo assim, o objetivo do presente Trabalho de Conclusão de Curso é analisar as alterações trazidas ao Código Civil pela Lei n. 11.698/2008 e pela Lei n. 13.058/2014, bem como aos diferentes tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, além de analisar as questões relativas ao pagamento de alimentos quando ocorre a guarda compartilhada e as hipóteses em que instituir essa modalidade de guarda se torna inviável.

² De acordo com notícia veiculada pela Agência IBGE Notícias: TALLMANN, Helena; ZASSO, José; MARTINS, Rita. *Pais dividem responsabilidade na guarda compartilhada dos filhos*. Agência IBGE Notícias. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23931-pais-dividem-responsabilidades-na-guarda-compartilhada-dos-filhos>>. Acesso em: 15 out. 2019.

1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A família é o primeiro núcleo social em que o indivíduo está inserido, é a ela que, em regra, as pessoas ficam vinculadas durante toda sua existência – ainda que futuramente passem a construir suas próprias famílias.³

O Direito de Família está intimamente ligado à vida. Dessa forma, as evoluções pelas quais a sociedade passa ao longo dos anos e séculos alteram significativamente a forma como as relações jurídicas deste ramo do Direito Civil também se modificam.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 trouxeram alterações significativas para o Direito de Família e para a forma com que as relações familiares passaram a se estruturar. Com a CF/88, criou-se uma tutela constitucional da família, que antes não existia.

A Lei Maior causou uma evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, pois passou a reconhecer o pluralismo familiar, que já existia no plano fático e passou a ser tutelado pela Constituição Federal, protegendo, de forma igualitária, todos os seus membros.

Já o Direito Civil era visto como algo prioritariamente patrimonialista, de uma preocupação exagerada com os bens jurídicos patrimoniais, deixando de lado outros bens de caráter extrapatrimonial. O Código Civil de 1916 tinha como princípio norteador o individualismo, concentrando suas preocupações nas questões patrimoniais, além de seu conservadorismo.

Já o Código Civil de 2002 tem como um de seus princípios norteadores a socialidade, que altera um pouco o foco do “eu” para o “nós”. A família nos dois diplomas legais não perdeu sua importância, pois não deixou de ser tutelada, o que mudou foi a forma como os princípios passaram a ser aplicados e a repercutir.

Segundo o professor e desembargador federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁴: “Uma família que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional”.

O “ter” perdeu importância, passando a ser valorizado o “ser”. Foi com o advento da CF/88 que se superou o fato de que uma família somente poder ser formada pelos laços

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Volume 6: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 17.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo – Uma Espécie de Família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 109.

matrimoniais, uma vez que houve uma ampliação legislativa prevendo a união estável e as outras composições familiares.⁵

O núcleo familiar deixou de ter preocupação com as questões patrimoniais e passou a ser algo mais preocupado com o afeto e as interações existentes entre os integrantes de uma mesma família, independentemente da composição que esta possui.

A Constituição Federal de 1988 também trouxe a igualdade jurídica entre homens e mulheres. Dessa forma, a igualdade transformou significativamente as relações no Direito de Família. O modelo patriarcal, em que somente o homem era o responsável pelo sustento e pela guarda dos filhos menores, foi substituído pelo poder familiar, com o qual há uma igualdade entre homens e mulheres, passando a mulher a ser também responsável pelos filhos menores.

Com isso, surge para ambos os pais a responsabilidade em educar, sustentar e tutelar os interesses dos filhos menores de idade.

E a igualdade entre homens e mulheres também passou a vigorar nas relações matrimoniais.

A globalização e as transformações rápidas, pelas quais a sociedade vem passando, são também alguns dos fatores que modificam as relações familiares, o que as torna cada vez mais superficiais.

1.1 O DEVER DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, também alterou de forma considerável as relações do Direito de Família.

O novo diploma legal instituiu a proteção integral à criança e ao adolescente, conforme dispõe o artigo 3º do ECA⁶, sendo que, sempre que houver uma violação ou ameaça por parte da sociedade, do Estado ou dos pais, deve-se aplicar as medidas previstas no ECA.

Nesse contexto, passou-se a adotar um novo conceito de atribuição da guarda dos filhos em casos de rompimento da sociedade conjugal. Antes da Constituição Federal de 1988 e do ECA, na vigência do Código de 1916, a guarda dos filhos menores era atribuída ao cônjuge

⁵ SANTOS, Cátia Chirlene Nogueira dos. *A Guarda Compartilhada e sua consequência aplicada ao aspecto psicológico dos filhos*. p. 3. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_lato_sensu/direito_processual_civil/edicoes/n4_2015/pdf/CatiaChirleneNogueiradosSantos.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

⁶ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

que não tinha dado causa à ruptura do vínculo matrimonial.⁷ Se ambos os cônjuges fossem considerados culpados, por regra, a guarda dos filhos pertencia à mãe.

Com o advento da CF/88 e do ECA, que trouxeram a igualdade entre homens e mulheres, o instituto do pátrio poder e a proteção integral aos direitos das crianças e dos adolescentes, a guarda dos filhos passou a ser atribuída levando-se em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante disso, em caso de separação ou divórcio dos pais, deve-se levar em conta o que for melhor para o interesse da criança e do adolescente, tentando sempre dar continuidade aos vínculos parentais existentes.

A modernidade das relações atuais, além da superficialidade e da efemeridade com que elas terminam, colocam em risco o desenvolvimento psicológico das crianças e dos adolescentes, uma vez que estes ainda estão no período de formação de suas personalidades.

Com o desmembramento do casal e o fim do casamento, a guarda, que passa a ser de um dos pais, acaba por afastar e até distanciar o outro (pai ou mãe) da convivência com o filho e das decisões importantes, afetando de maneira significativa as relações entre pais e filhos.

A inserção da mulher no mercado de trabalho, os avanços tecnológicos e a igualdade entre homens e mulheres, com relação a direitos e deveres na sociedade conjugal, o que também inclui guarda e sustento dos filhos, alterou de certa maneira a ideia de que somente as mulheres devem ser as detentoras da guarda dos filhos em casos de divórcio e separação dos pais.

Dentro desse contexto, o instituto da guarda compartilhada surge como uma alternativa à guarda unilateral, privilegiando o convívio da criança e do adolescente com ambos os pais, além de permitir que os vínculos afetivos permaneçam intactos, protegendo as crianças e os adolescentes em fase de desenvolvimento.

2 OS DIFERENTES TIPOS DE GUARDA

O Código Civil de 2002, com as alterações que trouxe para o Direito de Família, também trouxe novos princípios norteadores para a guarda.

Um dos princípios é a igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros referente a seus direitos e deveres, o que foi disposto no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal.⁸

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Volume 6: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 280.

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O artigo de lei determina que os direitos e deveres da sociedade conjugal sejam exercidos de forma igualitária entre homens e mulheres. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.566, dispõe quais são os deveres: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Dessa forma, surge para homens e mulheres, em uma sociedade conjugal, seja ela advinda do casamento, seja da união estável, a igualdade entre direitos e obrigações, uma vez que o pátrio poder deixou de existir, passando a vigorar o poder familiar.

É nesse contexto que as alterações nas questões de sustento, guarda e educação dos filhos começaram a passar por transformações.

Durante muito tempo, vigorou a ideia de que, com a dissolução da sociedade conjugal, os filhos deveriam ficar com o cônjuge que não deu causa. No entanto, com o passar dos anos, essa ideia deixou de existir, e o que passou a se indagar era sobre quem possuiria melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, com o objetivo de tutelar o interesse e o bem-estar das crianças e dos adolescentes.

Mas, primeiramente, o que é guarda? “A guarda de uma criança pode advir de situações diferentes. A princípio surge do poder familiar legalmente imposto aos pais visando à segurança do pleno desenvolvimento de seus filhos.”⁹

Como regra geral, a guarda dos filhos é um direito natural dos genitores, porém existem situações em que estes não se mostram capazes de proteger e tutelar o interesse dos filhos, e, nestes casos, leva-se em conta preferencialmente o grau de parentesco, a afinidade e a afetividade, para que seja deferida a guarda a outra pessoa. Esses casos são situações excepcionais, em razão de motivos graves, como, por exemplo, em episódios com pais viciados em droga(s) ou álcool.

Durante muito tempo, no Brasil, a guarda unilateral era a regra geral nos casos de divórcio e separação.

⁹ VELLY, Ana Maria Frota. *Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos*. p. 6. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

2.1 GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral, prevista no artigo 1583, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002, é conceituada como a guarda “atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitui”.¹⁰

Nesses casos, um dos genitores fica responsável pela guarda dos filhos, tendo o outro a regulamentação de visitas a seu favor. Até o ano de 2008, antes do advento da Lei n. 11.698/2008, a guarda unilateral era a modalidade legal estabelecida. A referida lei, também chamada de Lei da Guarda Compartilhada, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada como uma modalidade legal.

A redação do antigo parágrafo 2º do dispositivo legal supracitado determinava que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que oferecesse melhores condições para ser o detentor da custódia legal dos filhos. O artigo contava também com alguns incisos que foram revogados, e que determinavam os fatores levados em consideração para a atribuição da guarda a um dos genitores; a saber: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação.

A guarda unilateral também pode ser instituída quando um dos pais declara ao juiz que não deseja a guarda compartilhada. No Brasil, a guarda unilateral ainda é a forma mais utilizada; na maioria dos casos, a guarda fica com a mãe, sendo isso fruto do pensamento machista da sociedade em que vivemos, na qual as mulheres devem ser as responsáveis pelos cuidados com os filhos, enquanto os homens figuram como provedores.

Além disso, é normal que essa ainda seja a principal espécie de guarda escolhida pelos pais, pois, em um período de separação dos cônjuges, muitas vezes marcado por profundas tristezas, desilusões, desavenças, brigas e até traições, é natural que eles não estejam preparados e/ou não possuam maturidade suficiente para estabelecer a guarda compartilhada e decidir conjuntamente sobre a vida dos filhos. Sendo assim, optam pela guarda unilateral.

Nesse tipo de custódia, um dos cônjuges é o detentor da guarda, e o outro possui a regulamentação de visitas, determinando o juiz os dias em que estas serão feitas. Muitas vezes, isso acaba por afastar um dos pais dos filhos, pois o pai ou a mãe deixa de participar ativamente da vida do menor, tendo apenas alguns dias durante a semana de contato com o filho, não participando de forma integral na tomada de decisões, tampouco das atividades corriqueiras.

¹⁰ 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, 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.

Vale ressaltar que, ainda que a guarda seja unilateral, um dos cônjuges não pode obstar a visitação e não pode impedir o convívio da criança com o outro, sob pena de perder a guarda, a partir de meios processuais.

Além disso, o parágrafo 5º do artigo 1583 determina:

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Dessa forma, o cônjuge que não detém a guarda tem o dever de supervisionar os interesses dos filhos, podendo solicitar informações e prestação de contas a qualquer tempo, uma vez que o rompimento do vínculo dos pais não interfere na relação deles com os filhos.

Dentro de um contexto de brigas e desentendimentos de um casal, em um momento de divórcio, é comum que os filhos sejam usados como objeto de vingança, em razão dos ressentimentos existentes entre os genitores. Assim, por vezes o cônjuge que possui a guarda unilateral do filho pode usar isso como uma forma de chantagear e até provocar o outro, podendo causar inúmeros traumas nos filhos durante o processo de separação, que, por muitas vezes, já é doloroso o suficiente para a criança e/ou o adolescente.

A ideia de que um cônjuge possui a guarda do filho e o outro “perdeu a guarda” pode, ainda que de forma inconsciente, criar um trauma e até uma disputa entre os genitores, pois torna a guarda de uma criança, algo tão sensível e fundamental, no sentido de protegê-la e dar-lhe segurança, em um jogo, uma briga para decidir quem ficará com a guarda, ou seja, quem será o vencedor.

2.2 GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada é a modalidade em que a guarda dos filhos é atribuída aos pais alternadamente. Dessa forma, os filhos passam um período sob a guarda do pai e outro sob a guarda da mãe, e assim vão se alternando.¹¹

Para muitos psicólogos, esse tipo de guarda é mais interessante para os pais que para as próprias crianças, uma vez que elas ficam praticamente “divididas”, permanecendo por um determinado período sob a guarda de cada um dos genitores.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Volume 6: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 284.

Além disso, durante seu crescimento e sua formação, é necessário que a criança possua alguns referenciais, estabilidade e uma rotina estabelecida, o que, nesta modalidade, é mais difícil, já que terá de se adequar a mudanças, devendo se adaptar a decisões diferentes quanto à sua educação, sua criação, suas regras e sua rotina, podendo gerar confusão e alguns transtornos devido à falta de estabilidade durante seu processo de crescimento.

Nesse tipo de guarda alternada, também surge a possibilidade de que as crianças continuem morando na mesma casa, com os pais se mudando por períodos alternados. No entanto, essa é uma modalidade cara, não viável para a maioria dos brasileiros, pois é necessário que haja três residências, uma para cada um dos pais e outra, para a criança morar e receber cada um dos genitores por períodos alternados.¹²

A guarda alternada não está prevista em lei ou no Código Civil de 2002, sendo uma criação doutrinária e jurisprudencial.

2.3 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada, segundo a doutrinadora Maria Berenice Dias¹³, é definida nos seguintes termos: “é a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço”.

Essa modalidade não foi prevista no Código Civil quando de sua promulgação, no entanto, a doutrina já previa a possibilidade pela qual seria possível: que os pais, mesmo após a separação, continuassem a dividir a responsabilidade de guarda, sustento e educação dos filhos, mesmo não vivendo mais sob o mesmo teto.

Com o passar dos anos, a sociedade, que constantemente passa por inúmeras transformações, começou a sentir a necessidade de alterar também o modelo de guarda predominantemente estabelecido, que já vigorava há tantos anos. A ideia de que a mãe seria a responsável pela guarda dos filhos após o divórcio precisava ser alterada, de forma que fosse conferida aos pais uma pluralização de responsabilidades, dando a possibilidade de os genitores exercerem a função parental de forma igualitária.

¹² VELLY, Ana Maria Frota. *Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos*. p. 8. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias De Acordo com o Novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 516.

É nesse contexto que surgem as alterações legislativas, introduzindo no sistema jurídico brasileiro a guarda compartilhada, um instituto já previsto pela doutrina, que agora passaria a ser normatizado.

O parágrafo 1º do artigo 1583, do CC/02, que foi acrescentado com a Lei n. 11.698/2008, conceituou guarda compartilhada como sendo “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”, e alterou de forma significativa os dispositivos do Código Civil e a maneira como as varas de famílias passaram a definir as questões sobre a guarda dos filhos após o divórcio e a separação dos cônjuges.¹⁴

A Lei n. 11.698/2008 revolucionou o cenário da guarda compartilhada no Brasil, pois foi ela que introduziu a modalidade no Código Civil, definindo-a, determinando as hipóteses em que ela poderá ser requerida, seja por consenso dos pais, seja por decretação do juiz. No mais, a lei trouxe ainda o dever de o juiz, em audiência de conciliação, informar aos pais o significado da guarda compartilhada, explicando sua importância, de semelhança de direitos e deveres atribuídos aos genitores.

Nos Estados Unidos, a guarda compartilhada já é muito utilizada. A chamada *joint custody*, nome dado a essa modalidade de guarda já existente por lá. A *joint custody*¹⁵ permite que ambos os pais participem ativamente da vida dos filhos, dividindo as responsabilidades acerca de temas como educação, religião, saúde, férias etc. Os norte-americanos podem optar por essa modalidade de guarda nos casos de divórcio, separação ou até mesmo quando os pais nunca viveram juntos.

Esse país já contém um enorme número de adeptos da guarda compartilhada, e diversos estados americanos já possuem legislação expressa dando preferência a ela, muitas vezes criticando o sistema de guarda unilateral.¹⁶

Assim como no Brasil, nos Estados Unidos, para se aplicar ao caso concreto a *joint custody*, também deve ser levado em conta o melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

No ano de 2014, a Lei n. 13.058, de 22 de dezembro, trouxe ainda mais alterações ao Código Civil de 2002 no que diz respeito à guarda compartilhada. A lei instituiu o parágrafo 2º

¹⁴ 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 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.

¹⁵ *THE DIFFERENT TYPES OF CHILD CUSTODY*. Disponível em: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/types-of-child-custody-29667.html>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁶ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 69.

ao artigo 1583, determinando que, na guarda compartilhada, “o tempo de convívio entre os filhos deve ser dividido e equilibrado entre pai e mãe, levando em conta as questões fáticas e os interesses dos filhos”.¹⁷

Um outro avanço muito importante para a guarda compartilhada foi a criação do parágrafo 2º do artigo 1.584.¹⁸ A Lei n. 13.058/2014 passou a determinar a guarda compartilhada como sendo regra no país, e assim, nos casos em que não houver acordo entre os genitores quanto à guarda dos filhos, se ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada. A exceção acontecerá caso um dos genitores declarar ao juiz que não deseja ter a guarda do filho menor.

A guarda compartilhada ainda não é a modalidade mais utilizada no nosso país. Segundo dados, apenas 12,5% das famílias adotam o modelo de guarda compartilhada.¹⁹

Em pesquisa feita pelo IBGE, no ano de 2015, foi apontado que entre os 146.898 casos de divórcio registrados no país no ano de 2014, a guarda compartilhada ficou determinada em 11.040 processos, representando cerca de 7,5% do total.²⁰ No entanto, no ano anterior, em 2013, entre os 139.628 casos de divórcio, em 9.560 deles houve a guarda compartilhada, o que representou cerca de 6,8% do total.

Segundo pesquisador do IBGE, esse aumento da instituição da guarda compartilhada nos casos de divórcio deu-se em razão das novas configurações familiares, pois há uma maior consciência de que a responsabilidade de guarda dos filhos, após o divórcio, não deve recair apenas sobre as mulheres.²¹

¹⁷ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

¹⁸ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

¹⁹ De acordo com notícia veiculada pelo IBDFAM, estima-se que 12,5% das guardas adotaram o modelo compartilhado – Assessoria de Comunicação do IBDFAM. “Guarda e Convivência compartilhada: diferenças e aplicações”. In: *Revista Científica do IBDFAM*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6653/Guarda+e+Conviv%C3%Aancia+Compartilhada%3A+diferen%C3%A7as+e+aplica%C3%A7%C3%B5es%2C+confir+a+em+artigo+da+Revista+Cient%C3%ADfica+do+IBDFAM>>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁰ De acordo com notícia veiculada pelo R7, segundo dados do IBGE, houve um crescimento de decisões de guarda compartilhada um ano após a lei – GUIMARAES, Juca. *Decisões de guarda compartilhada dos filhos aumentam de 858 para 3.432 por mês, após um ano da lei*. Notícias R7. 2015. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/decisoes-de-guarda-compartilhada-dos-filhos-aumentam-de-858-para-3432-por-mes-apos-um-ano-da-lei-24082019>>. Acesso em: 06 out. 2019.

²¹ De acordo com notícia veiculada pela Rede Brasil Atual, segundo dados do IBGE, o número de divórcios caiu e a guarda compartilhada dos filhos cresceu. CAMPOS, Ana Cristina. “IBGE: divórcios caem e guarda compartilhada de filhos cresce”. In: *Rede Brasil Atual*. 2016. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/11/divorcios-caem-e-guarda-compartilhada-de-filhos-cresce-indica-pesquisa-246/>>. Acesso em: 06 out. 2019.

No entanto, durante e após o processo de separação de um casal, é normal que ainda ocorra uma certa resistência para a escolha da guarda compartilhada, pois além de ser algo relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, os genitores terão de ter um equilíbrio na divisão de tarefas, nas decisões e nos cuidados com os filhos, e, por muitas vezes, o casal, que após o processo já está desgastado, acredita que não terá maturidade, ou conseguirá conviver com o ex-cônjuge e tomar decisões em conjunto; ou o casal que não consegue até mesmo conversar, que também não imagina a possibilidade de estabelecer a guarda compartilhada.

Mas, afinal, quais são as vantagens de se estabelecer a guarda compartilhada?

Primeiramente, a resposta simples: uma criança ou um adolescente que durante anos viveu com os pais no mesmo lar, acostumada(o) com ambos os genitores tomando decisões sobre a vida, a escola, a educação, a saúde, as regras e as rotinas da casa, de uma hora para outra vê os pais se divorciando, indo cada um para um lado, e ela/ele sendo “obrigada(o)” a escolher alguém para morar, vendo que, a partir de então, somente um dos pais será o responsável legal por ela/ele, certamente passará por um trauma em relação à mudança repentina de rotina.

O processo de separação de um casal que possui filhos é sempre mais difícil, pois pode ser um período traumático para muitas crianças, que podem se sentir impotentes, rejeitadas, além de sofrerem as consequências, sentindo-se um objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores.²²

No entanto, segundo Paulo Nader, “a relação entre pais e filhos independe do *status familiae* dos primeiros. Estes, em qualquer situação jurídica em que se encontrem, devem assistência aos filhos menores e aos maiores incapazes”.²³

A guarda compartilhada é uma opção para que, ainda que separados, os pais continuem a exercer a guarda e prestar assistência aos filhos de forma conjunta, em situação similar à de quando estavam em um relacionamento, vivendo na mesma residência.

Existem inúmeras vantagens em se instituir a guarda compartilhada, tanto para os pais quanto para os filhos. Para os filhos, os benefícios são: convivência igualitária com cada um dos pais e maior comunicação com eles, mesmo após o divórcio, além disso, não surge para a criança a necessidade de escolher um lado ou alguém com quem ficar, já que terá a possibilidade de conviver com os dois genitores por períodos iguais.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias de acordo com o novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 512.

²³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Volume 5: Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 286.

Já para os pais, os benefícios também são inúmeros, uma vez que enseja a possibilidade de ambos os genitores continuarem a conviver com os filhos e a atuar na tomada de decisões, na guarda e no sustento dos filhos, da mesma forma que acontecia antes do divórcio – o que, com apenas a regulamentação de visitas, não é possível, em razão do pouco tempo de convívio entre o genitor e a criança.

É possível, também, uma maior cooperação e divisão de tarefas, além de um equilíbrio na manutenção dos gastos com os filhos, já que, com a guarda compartilhada, o tempo que cada um dos genitores passará com o(s) filho(s) será dividido, ocorrendo uma constância nos gastos que cada um dos pais terá com eles.

A guarda compartilhada também possibilita a continuidade das relações familiares, mesmo após a separação do casal. Caso os genitores venham a constituir novas famílias, o instituto da guarda compartilhada permite que a criança se adapte de forma melhor ao novo meio familiar no qual os pais estarão inseridos, já que terão maior tempo de convívio.

Para Waldyr Grisard Filho, a guarda compartilhada é a melhor opção para atenuar os efeitos que uma separação ou um divórcio pode causar na criança ou no adolescente, uma vez que reaproxima os indivíduos dos genitores, fazendo com que não se perca a ligação com estes.

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm riscos de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.²⁴

O aumento do número de famílias optando pela guarda compartilhada no momento do divórcio também traz novos desafios às Varas de Família e Tribunais: como será a divisão de tempo e quais serão as atribuições dos genitores nessa nova modalidade de guarda? Surgem, assim, as dúvidas de como adaptar na prática algo que a lei e a doutrina estão prevendo.

Pensando nisso, a Lei n. 13.058, de 2014, trouxe uma nova alteração com a introdução do parágrafo 3º do artigo 1.584: a possibilidade de, ao escolher a guarda compartilhada, o juiz poderá, de ofício a requerimento do Ministério Público, estabelecer as atribuições do pai e da mãe, bem como os períodos de convivência da guarda compartilhada, com base em orientação de equipe interdisciplinar, com o intuito de buscar um equilíbrio de tempo entre pai e mãe.²⁵

²⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 113.

²⁵ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério

Assim, com a ajuda de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, como psicólogos e assistentes sociais, é possível estabelecer a aplicabilidade de guarda compartilhada, para que seja o mais eficiente possível.

Contudo, é claro que a possibilidade de se ter profissionais de diversas áreas podendo contribuir para a melhora da aplicabilidade da guarda compartilhada não é realidade na maioria dos fóruns do Brasil.

Muitas vezes, isso somente é possível em grandes capitais, como São Paulo, sendo inviável em outras regiões do país em razão dos custos ou até mesmo por falta de profissionais qualificados para isso, o que por vezes pode dificultar e até impedir a possibilidade de escolha da guarda compartilhada como uma opção nos processos.

Outro fator que coloca em risco a aplicação da guarda compartilhada no Brasil, é a resistência do Poder Judiciário em oferecê-la como uma opção aos casais no momento da escolha da guarda dos filhos.

Historicamente, os meninos sempre foram impedidos de brincar de boneca ou de desenvolver qualquer atividade na cozinha; além disso, a concepção machista de que a mulher é que deve ser a responsável pelo cuidado dos filhos e a ideia de que os homens devem ser os responsáveis por prover o sustento dos filhos infelizmente ainda se fazem muito presentes.

E é assim que esse cenário contribui para que o Poder Judiciário brasileiro apresente uma certa resistência à aplicação da guarda compartilhada. Com os avanços da lei e a introdução da guarda compartilhada como a principal modalidade de guarda no Código Civil, alguns magistrados ainda apresentam um certo preconceito e acabam por decidir pela guarda unilateral no momento de julgarem seus processos. Para muitos juízes, ainda existe a visão de que a criança deve ficar com a mãe, ficando o pai responsável pelo pagamento da pensão alimentícia, não se levando em conta o melhor interesse para a criança e o adolescente, como, em regra, deveria ser.

Em razão da resistência na aplicação da guarda compartilhada, no ano de 2016, a então Corregedora Nacional de Justiça, a ministra Nancy Andrighi, publicou a Recomendação n. 25, de 22 de agosto de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²⁶

Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

²⁶ De acordo com notícia veiculada pelo IBDFAM – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Corregedoria Nacional de Justiça publica recomendação para que juízes considerem a guarda compartilhada como regra*. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6111/Corregedoria+Nacional+de+Justi%C3%A7a+publica+recomenda%C3%A7%C3%A3o+para+que+ju%C3%ADzes+considerem+guarda+compartilhada+como+regra>>. Acesso em: 17 out. 2019.

A recomendação tem como intuito alertar aos juízes que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos menores, considerem a guarda compartilhada como regra.

Além disso, a recomendação também prevê que, caso seja instituída a guarda unilateral, os magistrados devem justificar o motivo da impossibilidade de fixação da guarda compartilhada, conforme artigos abaixo transcritos.

[...] Art. 1º Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil. 1º. Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil. Art. 2º As Corregedorias Gerais da Justiça dos Estados e do Distrito Federal deverão dar ciência desta Recomendação a todos os Juízes que, na forma da organização local, forem competentes para decidir o requerimento de guarda ou para decretá-la, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. [...]

Felizmente, com o passar dos anos, essa visão vem se transformando e há um crescente número de juízes que indicam e são favoráveis ao compartilhamento da guarda.

Além disso, muitos homens que, após o divórcio, passaram por problemas relacionados à guarda dos filhos, vivendo uma verdadeira disputa com suas ex-cônjuges, começaram a se manifestar de maneira mais ativa quanto à igualdade na guarda dos filhos.

Existe, atualmente, no mundo todo, diversas entidades de pais e mães separados que lutam pela igualdade na guarda de seus filhos. Esses grupos lutam pelo direito de obter uma maior convivência com os filhos após o divórcio, além de ressaltarem a importância de uma convivência harmoniosa entre os genitores para o melhor desenvolvimento da criança.

No Brasil, podemos destacar a existência de três movimentos, sendo eles: S.O.S papai e mamãe, ONG A.P.A.SE (Associação de Pais e Mães Separados) e Pais por Justiça.²⁷

O grupo “Pais por Justiça” realizou, no ano de 2007, pouco tempo antes de ser aprovada a Lei n. 11.698/2008, algumas manifestações no Rio de Janeiro e em Brasília para cobrar a aprovação do projeto de lei da guarda compartilhada.²⁸ Em todas as manifestações, o grupo frisou o fato de que as crianças são as maiores vítimas do afastamento dos pais.

²⁷ FERREIRA, Cezar, MOTTA, Verônica A., MACEDO, Rosa Maria Stefanini. *Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016. p. 104.

²⁸ De acordo com notícia veiculada pelo Pais por Justiça, disponível em: <<https://paisporjustica.wordpress.com/about/>>. Acesso em: 14 out. 2019.

3 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A guarda compartilhada, para poder ser exercida da melhor maneira possível, necessita que os genitores entrem em um acordo, definindo o tempo que os filhos passarão com cada um, além das responsabilidades inerentes a cada um dos pais.

Essa divisão de responsabilidades, tarefas e tempo nem sempre é algo fácil. Diversas vezes, os pais possuem uma rotina atarefada, com muitos compromissos, e não conseguem dividir de maneira exata o tempo que cada um pode dispor para ficar com os filhos, mas isso não impede a fixação da guarda compartilhada, uma vez que não há a necessidade de estabelecerem que o tempo que cada um pudesse ficar com os menores fosse igual, podendo haver um equilíbrio e um consenso para a definição de cada uma das responsabilidades e obrigações dos genitores com os filhos.

Outra questão de extrema relevância atualmente discutida é se há a necessidade de um consenso entre os genitores para a fixação da guarda compartilhada.

A Lei n. 13.058/2014 instituiu a guarda compartilhada como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, porém não levou em consideração as questões fáticas que envolvem algo inerente ao processo de divórcio: as brigas entre os casais.

Como já dito anteriormente, o processo de divórcio de um casal, na maioria dos casos, é algo desgastante e repleto de discórdias; com esse cenário, fica extremamente complicada a fixação da guarda compartilhada, já que os genitores não estarão dispostos a deixar de lado os litígios matrimoniais em prol do bem-estar dos filhos.

No entanto, o intuito da guarda compartilhada é sempre buscar a primazia do interesse para os menores, visando a continuidade das relações familiares e minimizando os efeitos que o divórcio pode causar na criança, além de evitar que a guarda e o direito à convivência sejam utilizados como objeto de vingança entre os pais.

Dessa forma, estando os pais em estado de beligerância, ainda assim é possível fixar a guarda compartilhada?

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a guarda compartilhada deve ser instituída independentemente do consenso entre os pais. Segundo o STJ, essa modalidade é a regra do ordenamento jurídico brasileiro, e, sendo assim, “não se sujeita a transigência dos genitores ou a existência de naturais desavenças entre os cônjuges separados”.²⁹

²⁹ STJ; Recurso Especial 1.591.161- SE (2015/0048966-7): Relator(a): Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; data do julgamento: 21/02/2017.

A ministra Nancy Andrighi, em julgamento de recurso especial, no ano de 2014, decidiu que a guarda compartilhada independe do consenso dos genitores, já que, segundo ela, o melhor interesse do menor é ainda o que dita a aplicação da guarda compartilhada como regra.

No mesmo acórdão, o entendimento da ministra é de que, se o consenso entre os genitores for exigido para a fixação da guarda compartilhada, a questão terá uma distorção da problemática, já que vai ignorar a busca pelo melhor interesse do menor e focará no litígio existente entre os genitores.

Nesse sentido, vejamos o julgado do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, **o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.** 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.³⁰

Em julgamento de Recurso Especial, no ano de 2017, a Ministra Nancy Andrighi trouxe ao acórdão trechos da fala do relator do anteprojeto da Lei da Guarda Compartilhada. Segundo ele, é importante que os genitores saibam separar a relação “marido e mulher” da relação “pai e mãe”. Além disso, para ele, não há necessidade de se ter um consenso entre os genitores para a fixação da guarda compartilhada, uma vez que, se o casal ainda se relacionasse bem, não teria motivos para o fim da vida conjugal.

Vale ressaltar que, no mesmo trecho, o relator frisa que, caso o consenso entre os pais seja um pré-requisito para a fixação da guarda compartilhada, dará margem para algum dos genitores, que possa agir de má fé, provocar um eventual litígio com o outro, apenas com o

³⁰ STJ; Recurso Especial 1.428.596 - RS (2013/0376172-9); Relator(a): Min. NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; data do julgamento: 03/06/2014 (grifo nosso).

objetivo de impedir a fixação da guarda compartilhada, desvirtuando o principal interesse da guarda compartilhada, que é o melhor interesse da criança e do adolescente.

[...] Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido/esposa” da relação “Pai/Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, **caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum,** e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocadamente, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade. **Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada,** favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como “arma” contra o ex-cônjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental [...]”³¹

Diante disso, vemos que a guarda compartilhada deve ser instituída ainda que ocorra uma desavença natural entre os genitores, uma vez que o intuito desta é buscar o melhor interesse dos filhos menores, não podendo os desentendimentos entre o casal se tornarem um óbice à fixação da guarda compartilhada.

No mais, as questões envolvendo guarda dos filhos menores admite revisão a qualquer tempo, pois não há coisa julgada.³² Isso se dá em nome do princípio contratual *rebus sic stantibus*, que presume que, em contratos cumulativos, de trato sucessivo e de execução diferida, se ocorrer uma modificação em razão de acontecimentos extraordinários, o juiz poderá rever a questão a qualquer tempo.³³

Nesse caso, as questões referentes a guarda poderão ser revistas a qualquer tempo, para instituição da guarda compartilhada, nos casos em que a guarda era unilateral, e vice-versa,

³¹ STJ; Recurso Especial 1.654.103 - RJ (2016/0279798-8); Relator(a): Min. NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; data do julgamento: 16/05/2017 (grifos nossos).

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Volume 6: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 282.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Volume 3: Contratos e atos unilaterais*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 50.

permitindo, assim, que, de acordo com o caso concreto e as situações fáticas momentâneas, o juiz decida conforme o melhor interesse do menor.

3.1 HIPÓTESES INVIÁVEIS DE FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Ainda que a guarda compartilhada seja a regra em nosso ordenamento jurídico, infelizmente ainda existem situações em que não é possível sua aplicação.

Primeiramente, o artigo 1584, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002, determina que, quando um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor, não será aplicada a guarda compartilhada. Dessa forma, quando um dos genitores não desejar, a guarda compartilhada não poderá ser fixada.

Além disso, existem outras situações que tornam inviáveis a fixação da guarda compartilhada.

Esses casos ocorrem quando um dos genitores apresenta histórico de violência doméstica, uso de drogas ou alcoolismo, situações de abuso sexual, problemas psiquiátricos graves, além de prática reiterada de alienação parental ou quando há a comprovação de um ambiente ruim para o desenvolvimento da criança ou do adolescente; mas esses são alguns dos diversos exemplos que impedem a fixação da guarda compartilhada.³⁴

Por se tratar de situações extremas (os exemplos supracitados), a escolha da guarda unilateral é a melhor forma de tutelar os interesses dos menores.

Nesse sentido, vejamos alguns julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MAUS TRATOS. EM APURAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. LITIGIOSIDADE. INCREMENTO DO RISCO DE NOVAS AGRESSÕES. GUARDA UNILATERAL. CABÍVEL. DECISÃO REFORMADA. 1. O artigo 1.584, parágrafo 2º, do Código Civil determina a fixação da guarda compartilhada quando ambos os genitores encontrarem-se aptos a exercer o poder familiar, não havendo entre eles acordo relativamente à guarda do filho comum. 2. **No caso em tela, a guarda compartilhada, resta inviável consoante com o melhor interesse da criança, pois pendentes investigações criminais a respeito de possíveis práticas de maus tratos praticadas pelo genitor contra os filhos.** 3. Demais, nas relações em que há litigiosidade entre as partes, a tomada de decisões conjuntas em relação aos filhos se torna momento de acirramento dos conflitos, cujos reflexos atingem não só as partes diretamente envolvidas, mas também as crianças, uma vez que, formando parte do núcleo familiar, são inevitavelmente afetadas pelos atritos vivenciados pelos pais. 4. Por fim, em casos nos quais há indícios de violência doméstica e familiar, a guarda compartilhada é incompatível por constituir fator de incremento do risco de

³⁴ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 166.

novas agressões contra a vítima. 5. Conforme disposto pelo quadro fático apresentado nos autos, inexistente qualquer elemento que desabone a conduta da mãe perante os filhos, fato que a coloca, portanto, em posição mais indicada ao exercício da guarda, de forma unilateral, no presente momento. 6. Agravo de Instrumento conhecido e provido.³⁵

GUARDA – MODIFICAÇÃO PARA UNILATERAL MATERNA – VIABILIDADE – LAUDO TÉCNICO CONCLUSIVO – MODALIDADE COMPARTILHADA NÃO INDICADA – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL – CONVIVÊNCIA COM O PAI GARANTIDA POR VISITAS – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO.³⁶

4 A GUARDA COMPARTILHADA E O PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

Com o advento da Lei n. 11.698/2008 e a Lei n. 13.058/2014, e da instituição da guarda compartilhada no Código Civil brasileiro, outras questões começaram a surgir, como, por exemplo, a questão do pagamento de pensão alimentícia quando há guarda compartilhada.

O artigo 229 da CF/88 determina ser dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores.³⁷ O verbo “assistir” diz respeito a “prestar ajuda”, “oferecer assistência”. Dessa forma, é dever dos pais prestar assistência aos filhos menores, no sentido de prover o seu sustento.

Da mesma forma, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1566, determinou ser dever de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos.³⁸ Assim, segundo a doutrinadora Maria Berenice Dias, “o dever dos pais de sustentar os filhos deriva do poder familiar”.³⁹

O pagamento de alimentos engloba tudo que é necessário para a sobrevivência do ser humano, como gastos com saúde, vestimenta, educação etc., e não diz respeito somente aos alimentos, no sentido estrito da palavra.

A consagração do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, no que tange a seus direitos e deveres, surge para que ambos os genitores tenham o dever de prover o sustento dos filhos menores.

O pagamento de alimentos leva em consideração o binômio “necessidade mais possibilidade”, uma vez que observa a necessidade de quem irá receber os alimentos e a

³⁵ TJDF; Agravo de Instrumento 0704578-66.2018.8.07.0000; Relator(a): Eustáquio de Castro; Órgão Julgador: 8ª Turma Cível; data do julgamento: 31/01/2019; data da publicação no DJE: 04/02/2019 (grifo nosso).

³⁶ TJSP; Apelação Cível 1006844-82.2018.8.26.0562; Relator(a): Giffoni Ferreira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro da Comarca de Santos; data do julgamento: 30/09/2019.

³⁷ 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.

³⁸ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias de acordo com o novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 570.

possibilidade de quem irá pagá-los, conforme disposto no artigo 1.694, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002.⁴⁰

Quando ocorre o processo de divórcio ou separação, é necessária intervenção judicial para a fixação de pensão alimentícia a fim de garantir a subsistência dos filhos menores.⁴¹

Com a definição da modalidade de guarda compartilhada, o fato de ambos os genitores se manterem em contato contínuo com os filhos não exclui a necessidade de fixação de alimentos pelo Poder Judiciário.

O Conselho da Justiça Federal emitiu o enunciado n. 607, feito pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que diz que: “a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia”.

A justificativa usada pelo enunciado diz tratar-se de duas situações distintas, pois a guarda compartilhada refere-se à criança e à educação do menor de forma geral, já a pensão alimentícia decorre da necessidade e da possibilidade.⁴²

Com a guarda compartilhada, é necessário que cada um dos genitores defina o quanto será gasto com os filhos, levando em consideração as condições financeiras de cada um dos pais; entretanto, o genitor que possuir melhores condições econômicas fica responsável pelo pagamento de alimentos ao filho.

A autora Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos define a principal diferença dos alimentos na guarda compartilhada:

A diferença dos alimentos na guarda compartilhada é que, com a maior convivência de ambos os pais com os filhos, algumas despesas são pagas diretamente e, dependendo do acordo de convivência e da situação financeira dos pais, podem ser abatidas do montante dos valores devidos a título de alimentos, o que não exclui a necessidade de fixação dos alimentos o total das despesas dos filhos (educação, saúde, vestuário, medicamentos, transporte, livros etc.), na medida da possibilidade de cada um dos pais.⁴³

⁴⁰ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

⁴¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 137.

⁴² De acordo com o Enunciado 607 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/843>>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁴³ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 139.

A maneira como será feita a divisão dos alimentos na guarda compartilhada deverá se dar de forma que ocorra um equilíbrio de gastos entre os genitores, visando proteger os interesses da criança e do adolescente, garantindo-lhes uma vida digna para sua subsistência.

Caso o responsável pelo pagamento da pensão alimentícia se sinta sobrecarregado com o encargo do pagamento das despesas do filho, poderá ingressar com ação revisional de alimentos, uma vez que a decisão judicial que fixa os alimentos não transita em julgado, podendo ser revista a qualquer tempo, conforme dispõe o artigo 15 da Lei n. 5.478/1968 (Lei de Alimentos).⁴⁴

Nesse sentido vem decidindo o Tribunal de Justiça paulista, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL – Alimentos – Dois beneficiários – Pensão fixada em 25% dos rendimentos líquidos do alimentante – Adequação – Fixação que está adequada ao estabelecimento da guarda compartilhada e ao dever de sustento que incumbe a ambos os genitores na proporção de suas possibilidades (art. 1.703 do CC) – Recurso desprovido.⁴⁵

APELAÇÃO CÍVEL – Ação revisional de alimentos – Pretensão de redução da obrigação em face da obtenção da guarda compartilhada a ser exercida em alguns dias da semana – Reconvenção do menor, pleiteando o aumento do auxílio paterno – Sentença que julgou improcedente tanto a ação principal como a reconvenção – Inconformismo do autor reconvinando insistindo no direito à redução do dever alimentar -Não configurada mudança apta a ensejar a redução pleiteada – Sentença mantida – Recurso desprovido.⁴⁶

Dessa forma, como o intuito da guarda compartilhada é proporcionar ao filho menor uma convivência com ambos os pais, dando continuidade às relações familiares independentemente do rompimento do vínculo conjugal do casal, promovendo um melhor desenvolvimento psicológico, a fim de evitar traumas para a vida da criança em razão do divórcio dos genitores, é necessário que os pais estejam participando ativamente de sua vida, conforme determina a guarda compartilhada, com um equilíbrio entre as responsabilidades, para evitar que ocorra uma sobrecarga a um dos genitores, seja nas questões relativas ao pagamento da pensão alimentícia, seja nas atribuições inerentes à guarda do filho.

⁴⁴ Art. 15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados.

⁴⁵ TJSP; Apelação Cível 1009489-08.2018.8.26.0004; Relator(a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Comarca de São Paulo; data do julgamento: 25/05/2015; data da publicação: 18/10/2019.

⁴⁶ TJSP; Apelação Cível 1007964-59.2015.8.26.0565; Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Comarca de São Caetano do Sul; data do julgamento: 15/10/2019; data da publicação: 15/10/2019.

CONCLUSÃO

A guarda compartilhada, apesar de não prevista no Código Civil de 2002 desde a sua promulgação, surgiu posteriormente, com a Lei n. 11.698/2008 e a Lei 13.058/2014. Isso se deu em razão da necessidade de adotar um modelo de guarda cujo objetivo era a proteção integral ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Atualmente, já se sabe que é durante a infância e a adolescência que as crianças estão passando pelo pleno desenvolvimento mental. Assim, os traumas ocorridos nesse período podem refletir durante toda a vida adulta do indivíduo.

O divórcio dos pais é muitas vezes um período delicado para a vida das crianças, já que a ruptura do vínculo conjugal pode afetá-las e gerar traumas para o resto da vida. Dessa forma, a guarda compartilhada surgiu como uma forma de tentar amenizar os danos que podem ser causados pela separação, com o intuito de dividir as responsabilidades inerentes à guarda dos filhos entre os dois genitores, a fim de se manter a continuidade das relações familiares.

A guarda compartilhada é a melhor forma encontrada para que a criança continue a conviver com os pais, já que a guarda unilateral concede a guarda somente a um genitor, ficando o outro apenas com o direito de visita, o que limita a convivência do menor com o genitor.

As alterações legislativas feitas ao Código Civil, instituindo a guarda compartilhada como regra em nosso ordenamento jurídico, vem como uma alternativa àquela ideia antiquada de que somente a mãe é a responsável pelos filhos após o fim do casamento.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 consagraram a igualdade jurídica entre homens e mulheres no tocante aos direitos e deveres do casamento. Dessa forma, ambos são responsáveis pela guarda dos filhos.

Ainda que a guarda compartilhada não seja a modalidade mais escolhida, no presente trabalho vimos que ela vem crescendo. No início, ainda havia uma certa resistência das varas de família e tribunais quanto à aplicação da guarda compartilhada. No entanto, de acordo com a análise jurisprudencial feita aqui, vimos que ela vem sendo aderida e aplicada.

Outra discussão abordada é quanto à necessidade de consenso entre os genitores para a aplicação da guarda compartilhada. É nítido que seria utópico desejar que os ex-cônjuges tenham uma relação harmoniosa, sem conflitos. No entanto, o processo de divórcio em si é algo que naturalmente traz certa beligerância entre o casal que, como dito anteriormente, se estivesse bem, não teria se divorciado.

Contudo, o intuito da guarda compartilhada é a proteção aos interesses dos menores, evitando que eles sejam usados como uma ferramenta de vingança no processo de divórcio. Dessa forma, é necessário que seja sopesado o litígio entre os casais e o direito dos filhos de conviverem com ambos os genitores após a separação.

Nesse cálculo, deve sempre prevalecer o interesse da criança e do adolescente. É claro que existem situações excepcionais, em que se torna impossível a fixação da guarda compartilhada; no entanto, elas não devem ser consideradas regras.

A guarda compartilhada acompanha a evolução da sociedade, para que ocorra um compartilhamento entre as responsabilidades, em busca de uma convivência mais harmônica, mesmo com o fim da união de um casal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Estatuto da Criança e Adolescente de 1990*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. *Lei n. 5.478/69: Dispõe sobre ações de alimentos e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. *Lei n. 11.698: 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: 19 set. 2019.

_____. *Lei n. 13.058/2014: Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

CAMPOS, Ana Cristina. “IBGE: Divórcios caem e guarda compartilhada de filhos cresce”. In: *Rede Brasil Atual*. 2016. Disponível em <<<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/11/divorcios-caem-e-guarda-compartilhada-de-filhos-cresce-indica-pesquisa-246/>>>. Acesso em: 06 out. 2019.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/843>>. Acesso em: 15 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias de acordo com o novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERREIRA, Cezar; MOTTA, Verônica A.; MACEDO, Rosa Maria Stefanini. *Guarda Compartilhada: Uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo - Uma Espécie de Família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Volume 6: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2000

GUIMARÃES, Juca. *Decisões de guarda compartilhada dos filhos aumentam de 858 para 3.432 por mês, após um ano da lei*. Notícias R7, 2015. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/decisoes-de-guarda-compartilhada-dos-filhos-aumentam-de-858-para-3432-por-mes-apos-um-ano-da-lei-24082019>>. Acesso em: 06 out. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA. *Corregedoria Nacional de Justiça publica recomendação para que juízes considerem guarda compartilhada como regra*. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6111/Corregedoria+Nacional+de+Justi%C3%A7a+publica+recomenda%C3%A7%C3%A3o+para+que+ju%C3%ADzes+considerem+guarda+compartilhada+como+regra>>. Acesso em: 17 out. 2019

_____. *Guarda e Convivência compartilhada: diferenças e aplicações, confira em artigo da Revista Científica do IBDFAM*. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6653/Guarda+e+Conviv%C3%Aancia+Compartilhada%3A+diferen%C3%A7as+e+aplica%C3%A7%C3%B5es%2C+confira+em+artigo+da+Revista+Cient%C3%ADfica+do+IBDFAM>>. Acesso em: 13 set. 2019.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Volume 5: Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAIS POR JUSTIÇA. Disponível em: <<https://paisporjustica.wordpress.com/about/>>. Acesso em: 14 out. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Cátia Chirlene, Nogueira. *A Guarda Compartilhada e sua consequência aplicada ao aspecto psicológico dos filhos*. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcurso>>

deespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n4_2015/pdf/CatiaChirleneNogueiradosSantos.pdf >. Acesso em: 13 set. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>. Acesso em: 14 out. 2019.

TALLMANN, Helena; ZASSO, José; MARTINS, Rita. *Pais dividem responsabilidade na guarda compartilhada dos filhos*. Agência IBGE Notícias. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-denoticias/noticias/23931-pais-dividem-responsabilidades-na-guarda-compartilhada-dos-filhos>>. Acesso em: 15 out. 2019.

THE DIFFERENT TYPES OF CHILD CUSTODY. Disponível em: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/types-of-child-custody-29667.html>>. Acesso em: 06 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 13 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2019.

VELLY, Ana Maria Frota. *Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.