

GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA

Clarice Conceição Franco Pessanha¹

Nando Lopes Regino²

RESUMO

Até 21 de dezembro de 2014, com a separação dos pais, a guarda do filho menor costumava ser atribuída exclusivamente a um dos genitores, cabendo ao outro simplesmente o direito de visitas, com o pagamento de uma pensão alimentícia. A partir de 22 de dezembro de 2014, com o advento da Lei nº 13.058/14, oriunda da PLC 117/13, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá, a guarda compartilhada dos filhos passou a ser obrigatória, mesmo que haja desacordo entre os pais.

Palavras-chave: Guarda compartilhada; Filhos; Lei.

INTRODUÇÃO

Até o advento desta lei os magistrados eram induzidos a decretar a guarda compartilhada apenas nos casos em que houvesse boa relação entre os pais após o divórcio.

Há de se gizar que “a guarda compõe a estrutura do poder familiar” (TEIXEIRA, 2009), de modo que serve para mostrar quem ficará com a companhia direta do menor, pois mesmo que o casal não possua mais um vínculo conjugal a autoridade parental permanecerá intacta.

O § 2º da Lei nº 13.058/14 traz no seu bojo o conceito de guarda compartilhada como sendo o tempo de convívio com os filhos que 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.

COMPETÊNCIA

É importante trazer à baila que o exercício do poder familiar compete aos pais, igualmente, pois não é o exercício de uma autoridade, mas de um

¹Pós-graduada em Direito Civil, Direito Processual Civil e em História da África e cultura afro-brasileira. Docente na Universidade Salgado de Oliveira (Universo), campus campos dos Goytacazes.

² Acadêmico do curso de Direito e estagiária do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Universo/Campos.

encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei, conforme o artigo 1.631 do Código Civil.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira⁵ o menor é protagonista da família, em razão de sua vulnerabilidade, enraizada no déficit de discernimento decorrente da pouca idade.

Vale lembrar que os filhos terão como residência fixa a casa de um deles, mas sempre buscando o equilíbrio e equidade no convívio para que os filhos se relacionem com ambos.

Definiu Flávio Tarduce⁶, *verbis*:

... guarda compartilhada é aquela em que há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, por outro lado a guarda alternada é aquela em que o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe.

Na redação originária do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, prescrevia, *versus*: Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 proclamou o direito à igualdade ao prescrever em seu art. 5º, inciso I: todos são iguais perante a lei. De modo enfático, foi até repetitivo ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art.5º, inciso I), destacando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (art. 226, §5º, da CRFB). Assim é a Carta Magna a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias.

Como decorrência do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, surge o princípio da igualdade na chefia familiar, que pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar.

Esse exercício do poder familiar de forma igualitária também consta do art. 1.634 do CC, que traz as suas atribuições, a saber: a) direção da criação e educação dos filhos; b) exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; c) conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para casarem ou viajarem ao exterior; d) nomear-lhes tutor por testamento ou

documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; e) representar os filhos, até aos dezesesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Há de se gizar que o legislador anteviu os problemas advindos com o divórcio, que geralmente acarretam o rompimento dos laços conjugais de forma não harmônica e, mesmo assim, houve a imposição da guarda compartilhada inclusive aos pais que não se relacionam bem.

Não podemos considerar insensibilidade do legislador quanto a essa situação, já que a norma, desde 2008, já trazia a guarda compartilhada como regra, sendo que a inovação veio apenas consolidar essa questão e trazer critérios objetivos a sua aplicação.

A importância da correta aplicação de uma das modalidades de guarda é imensurável, eis que o que se almeja é reduzir a disputa entre pais pelos filhos e, especialmente, tentar abolir a alienação parental atinente a esta disputa, muito comum, infelizmente, nos divórcios.

Maria Antonieta Pisano Motta, asseverou que a guarda compartilhada visa:

diminuir os conflitos de lealdade os quais podem ser resumidamente traduzidos como sendo a necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar o partido de um dos pais em detrimento do outro. Quando estes sentimentos estão presentes na criança entende que a ligação, interesse, carinho, afeto, necessidade de convivência e apoio a um dos pais, significa deslealdade e traição ao outro. As consequências emocionais são muito sérias e a criança pode isolar-se, afastando-se de ambos os pais, inclusive daquele que teme estar traindo e magoando.

No entanto é importante trazer à baila que apesar da nova redação do §2º da Lei nº 13.058, de 2014, levantar conflitos no entendimento da norma jurídica a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada.

Vejamos: torna-se expresse no parágrafo 2, do artigo 1583 do Código Civil que “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”, gerando um paradoxo

de que a nova lei da guarda compartilhada pode acoberta uma guarda alternada.

Ocorre que na guarda alternada, o filho possui duas residências, permanecendo uma semana com cada um dos pais. “Neste tipo de guarda, no período em que o filho fica com a mãe, ela é a única responsável por ele. Quando está com o pai, acontece o mesmo”, explica Regina Beatriz da Silva, doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, mãe de Luís Eduardo.

Já na guarda compartilhada, a criança passa períodos de tempo com a mãe e depois com o pai. “Na guarda compartilhada, a criança possui apenas uma residência fixa, embora as decisões sobre sua educação sejam tomadas em conjunto”, diz a advogada Ana Paula Gimenez, doutoranda pela Universidade Buenos Aires, mãe de Sophia e Letizia.

Enquanto na guarda alternada há uma divisão de custódia física do menor e a caracterização de dupla residência, lembrando que esta modalidade jamais foi aceita pelo nosso ordenamento jurídico, tendo em vista os enormes prejuízos que ela gera para a criança, dado ao elevado número de mudanças, repetidas separações, gerando estabilidade emocional e psíquica em seu crescimento.

Na guarda compartilhada por sua vez, não há qualquer tipo de divisão, ou seja, os filhos deixam de ser um objeto de posse. Há então, um compartilhamento de guarda jurídica, explicando melhor, a guarda compartilhada se subdivide em física e jurídica, a física será aquela definida a um dos genitores, que possuirá a obrigação de fornecer um lar e todas as condições mínimas necessárias para o crescimento do menor. Já a guarda jurídica será concedida ao genitor que não possuir a guarda física, garantindo ainda a este genitor, acesso 24 horas a criança, sem ter que marcar horário ou visita. Neste caso, os genitores possuem as mesmas responsabilidades, não precisando um do aval do outro. Lembrando, que isso não restringe que o filho fique somente com um genitor.

Resumindo, não restam dúvidas de que a guarda compartilhada é aquela onde há um compartilhamento é aquela onde há um compartilhamento das responsabilidades e deveres, não existindo aqui qualquer tipo de divisão.

Diferentemente é a guarda alternada, em que o seu objetivo fim, é a divisão em todos os sentidos.

Cabe ressaltar que a Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, de forma imperceptível, exige uma harmonia entre os genitores para aplicação da Guarda Compartilhada, e como se sabe, uma separação sempre deixa mágoas, alguns até conseguem superá-la, mas não a maioria. Não existindo harmonia entre os genitores, brigas irão surgir, e a probabilidade de alienação parental por parte de ambos os genitores será muito alta, acarretando prejuízos ao menor.

Se faz necessário uma análise e interpretação minuciosa para cada caso concreto, para que sejam alcançados os objetivos da guarda compartilhada, quais sejam, uma maior convivência entre os genitores com a criança e a busca por uma referência mais consistente, deverá haver no mínimo uma harmonia entre os genitores.

Importante dizer que não se pode aplicar a guarda alternada como guarda compartilhada obrigatória, e, muito menos impor de forma autoritária, é necessário obter estudos, e buscar entender como é o ambiente em que será aplicado tal modelo de guarda.

Os Tribunais têm se manifestado sucessivamente a favor da Guarda Compartilhada objetivando proteger a prole.

J-RS - Agravo de Instrumento AI 70064853344 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 25/05/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. **GUARDA COMPARTILHADA.** Em se tratando de discussão sobre **guarda** de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. Mostra-se correta a decisão que indeferiu o pedido de **guarda compartilhada**, diante da tenra idade da criança. Para que a **guarda compartilhada** seja possível e proveitosa para a filha, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito e, especialmente pela idade da filha, a **guarda compartilhada** é totalmente descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70064853344, Sétima Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 19/05/2015).

TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70066152943 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 20/08/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE **GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA**. Em se tratando de discussão sobre **guarda** de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. Para que a **guarda compartilhada** seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a **guarda compartilhada** é descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015).

TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70064723307 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 01/07/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **GUARDA COMPARTILHADA**. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a **guarda compartilhada** é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a **guarda**. Caso em que a **guarda compartilhada** vai regulamentada, mas o regime de convivência entre pai e filha continua sendo o regime vigente, fixada residência habitual materna. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento Nº 70064723307, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 25/06/2015).

CONCLUSÃO

Embora haja interpretação e entendimentos diferentes no que diz respeito a guarda compartilhada, muitas vezes confundida pela alternada, o objetivo fim de tal lei é deixar claro o aspecto do equilíbrio de convívio entre pais e filhos, e mostrar ainda, que mesmo havendo conflito entre os genitores, a formação intelectual, social,

econômica e psicológica dos filhos não poderá ser abalada ou interrompida, e isso é a principal função da guarda compartilhada obrigatória.

REFERÊNCIAS

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. **Direito de Família e Ciências Humanas**. Coord. Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta, São Paulo, Jurídica Brasileira, Caderno de Estudos n. 2, p. 197-213, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro**. Volume 5. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. São Paulo: Del Rey, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 2009. 239 p.