

GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR¹

Wanderlei José dos Reis

Resumo: A alteração legislativa feita pela Lei n.º 13.058, de 22.12.2014, pertinente à guarda compartilhada, representou grande mudança no campo do Direito de Família no Brasil ao estabelecê-la como preferencial em relação às demais modalidades de guarda.

Palavras-Chave: Direito de Família. Guarda compartilhada. Princípio do melhor interesse do menor.

Abstract: The legislative change made by Law n.º. 13.058, dated 12.22.2014, related to shared custody, represented a great change in the field of Family Law in Brazil by establishing it as preferential in relation to other custody modalities.

Keywords: Family Right. Shared guard. Principle of the best interest of the child.

Sumário: I. Considerações Iniciais II. Análise do Tema III. Considerações Finais.

¹ Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas. Membro Vitalício da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Juiz de Direito e Eleitoral em Mato Grosso e Ex-Delegado de Polícia.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS



abido que, diante de algum revés do cotidiano, é normal que o ser humano necessite de um tempo para assimilar os fatos que sobrevieram, para que, a partir de então, possa se adaptar às novas circunstâncias que lhe são postas – na filosofia militar diríamos que, alteradas as circunstâncias no teatro de operações, a tática de guerra deve ser mudada.

Com efeito, não é diferente quando há a ruptura de uma sociedade conjugal, de um casamento ou de uma união estável. Ambos os cônjuges, ante a falência da unidade familiar, saem do relacionamento, normalmente, com o ego ferido, além de guardarem mágoas e ressentimentos recíprocos e, muitas vezes por falta de maturidade, não sabem lidar com as consequências deste acontecimento, haja vista que, em princípio, ninguém se casa pensando em um dia se divorciar.

Por conta dessa rescisão da entidade familiar, com a dissolução da sociedade ou vínculo conjugal, o marido se transforma em ex-marido e a mulher em ex-mulher, no entanto, os filhos continuam sendo eternamente filhos, ou seja, a relação parental se mantém e sempre se manterá hígida, extinguindo-se tão somente a relação conjugal. Assim, mesmo com a ruína do casamento ou da união estável, os direitos e obrigações inerentes ao poder familiar devem ser estritamente observados pelos pais, no intuito de preservar os interesses da prole e amainar os traumas causados pelo rompimento da estrutura familiar.

Ao ocorrer, destarte, a quebra do convívio dos pais, a entidade familiar resta comprometida, visto que eles deixam de tomar decisões de forma conjunta, o que acaba provocando a redistribuição dos papéis e atribuições dos genitores em relação aos filhos comuns.

Nesse contexto é que o tema da guarda compartilhada dos filhos com o pai e a mãe ganha relevância, ou seja, tem-se

um acordo de vontade entre os pais segundo o qual os filhos do casal ficarão temporadas iguais na casa de um e outro, já que, sem dúvida, lugar de filho é com o pai e a mãe.

A questão que aqui se busca colocar no âmbito acadêmico, aliado à prática de uma forense em uma Vara de Família, é o acerto ou desacerto do legislador brasileiro com o estabelecimento em tese de uma regra de fixação da guarda compartilhada.

II. ANÁLISE DO TEMA

Atualmente a guarda de filhos menores ou incapazes pode ser unilateral – atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua – ou compartilhada, onde há responsabilização conjunta dos pais.

Ocorre que pesquisas revelam que, em cerca de 90% dos processos de divórcio, separação judicial ou união estável, que tramitam nas Varas de Família pelo Brasil afora, e, principalmente, em casos em que não há acordo entre as partes, a guarda unilateral é concedida à mãe, pois ela teria, em tese, melhores condições para criar os filhos. Tal pensamento arcaico deriva do patriarcalismo, onde imperava a divisão de tarefas entre os cônjuges: ao homem cabia a função de mantenedor do lar, enquanto à mulher tocava a incumbência de cuidar da casa e dos filhos.

Conforme a lição de Berenice Dias, com a qual nos coadunamos, com o rompimento da convivência dos pais, há uma fragmentação de um dos componentes da autoridade parental. Ambos continuam detentores do poder familiar, mas, em regra, o filho fica sob a guarda de um, e ao outro é assegurado o direito de visitas. Quanto mais conflituoso o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente é regulamentado o direito de visitas, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida.²

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 452.

Neste prisma, além de ter que suportar o distanciamento dos filhos, o papel do homem ou da mulher que não detém a guarda dos filhos, muitas vezes, fica reduzido a um mero pagador de pensão alimentícia, podendo visitar a sua prole somente nos dias e horários fixados pelo juiz, mormente em finais de semana alternados e em metade de cada período de férias escolares.

Nota-se que, em muitos casos, aquele pai ou mãe que detém a guarda da criança ou adolescente se aproveita desta condição para praticar atos de vingança contra o outro, por alguma desavença ou mágoa do relacionamento conjugal, usando, para tanto, o próprio filho para satisfazer a sua vindita, em detrimento do melhor interesse dos filhos, atitude esta tipificada como alienação parental, conforme estabelece o art. 2º, incisos I a VII, da Lei n.º 12.318/10.

Dessa forma, considerando que a convivência ininterrupta de uma criança ou de um adolescente com seu pai e sua mãe é salutar para a construção de uma personalidade saudável, o legislador infraconstitucional editou a Lei n.º 11.698, de 13.06.08, que alterou os arts. 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil, para trazer ao âmbito jurídico o instituto da guarda compartilhada, distinguindo-o da guarda unilateral.

Segundo a redação do § 1º do art. 1.583 do Código Civil, a guarda compartilhada pode ser compreendida como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. 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.

Neste aspecto, cabe esclarecer que a guarda alternada não se confunde com a guarda compartilhada, tendo em vista que na primeira há um revezamento de períodos exclusivos de guarda, enquanto que na segunda os pais, em igualdade de

condições, exercem o poder familiar, ainda que a custódia física do filho esteja apenas com um deles, ou seja, na guarda compartilhada – que tem como premissas básicas que tanto a mãe quanto o pai queiram ficar com os menores e que ambos tenham condições de cuidar das crianças – observa-se uma constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica dos menores.

Por sua vez, os incisos I e II do art. 1.584 da Lei Adjetiva Civil, incluídos pela Lei n.º 11.698/08, estabelecem que a guarda, quer seja unilateral ou compartilhada, pode ser requerida de comum acordo pelos pais ou decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Nesse diapasão, é importante registrar que o Senado Federal aprovou, no dia 26.11.14, o Projeto de Lei n.º 117/2003, de autoria do deputado federal Arnaldo Faria de Sá, para alterar os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, do Código Civil, estabelecer o significado de guarda compartilhada e dispor sobre a sua aplicação de um modo mais amplo, sob o argumento de que as disposições normativas sobre a matéria eram deveras superficiais, o que culminou com a promulgação da Lei n.º 13.058, de 22.12.2014.

Assim, o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, com redação dada pela Lei n.º 13.058, de 22.12.2014, passou a estabelecer que 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. A par disso, infere-se que o legislador não utilizou o termo “poderá ser aplicada” e sim “será aplicada”, o que permite concluir que a lei deu primazia à guarda compartilhada, haja vista ser esta, na visão do legislador, a que melhor atende

aos interesses da criança ou do adolescente, mesmo quando houver dissenso entre os genitores.

Nesse sentido, ainda, o § 3º do art. 1.584 do Código Civil, também com redação dada pela Lei n.º 13.058, de 22.12.2014, prescreve que, 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 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.

No entanto, para parte da doutrina, com a qual também nos coadunamos, quando não houver a possibilidade de acordo entre os pais dado o alto nível de animosidade entre eles, dificilmente poderá o magistrado “impor” que a guarda seja exercida de forma compartilhada fixando-lhes atribuições em relação ao filho comum, visto que a ausência de harmonia do casal, *per se*, coloca em xeque a integridade dos filhos. Por isso, somente quando se vislumbrar “maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida”³.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conhecido como “Tribunal da Cidadania”, responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, manifestou-se em mais de uma ocasião sobre o tema, ora para deferir ora para indeferir a concessão da guarda compartilhada, divergindo exatamente quanto ao alcance da litigiosidade entre os pais para a fixação da medida.

Com efeito, no julgamento do Recurso Especial n.º 1251000/MG⁴, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, o STJ acenou no sentido de que é questionável a assertiva de que a litigiosidade entre os pais obstará a fixação da guarda

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. Vol. 06. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 610.

⁴ STJ. REsp. n.º 1251000/MG. Rel. Min.ª Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 23.08.2011, publicado em 31.08.2011.

compartilhada, porquanto que, se assim o fosse, estaria se olvidando de toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra.

Ao proferir o seu voto no julgamento do recurso especial, a ministra relatora pontuou que a guarda compartilhada, apesar de não representar uma alteração legislativa substancial, haja vista que a interpretação sistemática dos dispositivos legais atinentes à guarda dos filhos já permitiria a sua aplicação, teve a felicidade de, além de instituir o poder familiar de forma responsável como regra, aboliu o vezo cultural que ainda norteava a criação dos filhos no pós-separação.

Mais adiante, concluiu a relatora que “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”⁵.

Já no julgamento do Recurso Especial n.º 1.417.868-MG (2013/0376914-2), de relatoria do ministro João Otávio de Noronha, perante a 3ª Turma do STJ, julgado em 10.05.2016, restou consignado que, em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, o ministro relator, com bastante sensibilidade, sintetizou aquilo que reflete o nosso ponto de vista quanto ao tema ao asseverar que essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). Tratando o Direito de Família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos,

⁵ No mesmo sentido: REsp. n.º 1428596/RS. Rel. Min.ª Nancy Andriahi. Terceira Turma, julgado em 03.06.2014, publicado em 25.06.2014.

deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial.

Também em 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela EC n.º 45/2004 e previsto expressamente nos arts. 92, I-A⁶, e 103-B⁷, da Lei Fundamental de 1988, que,

⁶ Cfr. art. 92, CF: São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A - o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004) [grifo nosso]

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. [grifo nosso]

⁷ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 61, de 2009)

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 61, de 2009)

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

consoante o § 4º do art. 103-B da mesma Carta, se trata de um órgão de controle de atuação administrativa, financeira e disciplinar do Poder Judiciário (exceto o STF) e de fiscalização acerca do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, cujo intuito é o aperfeiçoamento do serviço público na prestação da justiça, editou a Recomendação n.º 25, de 22 de agosto de 2016, demonstrando preocupação do órgão com a aplicação da guarda compartilhada na prática forense de norte a sul do país.

O CNJ considerou que, segundo as estatísticas do Registro Civil de 2014, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Brasil, a proporção de divórcios em que houve a concessão de compartilhamento, no que diz respeito à guarda dos filhos menores, foi apenas 7,5%⁸, e por isto fixou no *Art. 1º da Recomendação n.º 25*, que, aos juízes das Varas de Família fica recomendado 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, bem como, no parágrafo único do referido artigo estabeleceu que, 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.

É claro que se trata de mero ato recomendatório sem força vinculante sobre a atuação do magistrado, já que o CNJ

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

⁸ Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

não pode se imiscuir na atividade jurisdicional e o juiz goza de independência funcional na interpretação e aplicação da legislação ao caso concreto, podendo, inclusive, afastá-la sob a alegação de inconstitucionalidade e no caso de processos envolvendo guarda de menores buscar sempre emprestar primazia ao princípio do melhor interesse do menor (art. 227, CF⁹).

Ora, sem dúvida, mister se faz buscar o ideal psicológico de duplo referencial para os filhos de pais separados, porém, a prática forense nos mostra que, em matéria de família, cada caso é um caso e que jamais se pode cogitar em uma espécie de “piloto automático” ou “protótipo de decisão” para todos os processos. Assim, a nosso sentir, a guarda compartilhada não deve ser concedida quando, no caso concreto, há uma grande e evidente animosidade entre os pais e o rompimento da relação já é fruto de todo esse desgaste conjugal e impossibilidade de convivência, ocasião que as rusgas e os sentimentos pessoais acabam falando mais alto no período pós-separação inviabilizando totalmente o bom convívio, o compartilhamento das atribuições atinentes à guarda e o próprio conviver do filho em harmonia em ambos os lares – apesar de todo o esforço e boa vontade do juiz responsável pelo processo. Nestes casos, ao invés de o menor ter dois guardiões, acabaria na prática correndo o risco de ter nenhum, dado o grau de desentendimento e conflitualidade instaurados entre os pais, e a medida poderia não surtir o efeito desejado, porque o infante não teria efetivamente a figura forte e necessária do referencial de um(a) guardião(ã), aquele(a) que lhe corrige quando for necessário, que lhe representa perante a escola e a sociedade e que lhe provê a saúde, a educação e o amparo psicológico, moral, intelectual, espiritual, emocional etc.

⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Óbvio que é impossível regulamentar por decisão judicial todas as situações práticas que envolvam a vida de uma criança ou adolescente em uma demanda judicial. Daí a necessidade de o magistrado presidente do processo verificar as circunstâncias do caso concreto e, em função destas peculiaridades, conhecendo a relevância da questão, decidir com muita sensibilidade acerca da guarda, a fim de não fomentar ainda mais animosidade no seio familiar em detrimento dos filhos, que continuariam a presenciar diariamente o repise das celemas e rurgas que geraram a separação dos pais em evidente prejuízo à sua formação psicológica e moral. Ocorre que em Direito de Família não se pode olvidar jamais que não há se falar em estabelecer regras, *a priori*, tudo deve ser decidido em função do caso concreto.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como fechar os olhos para o avanço da sociedade. O Direito, por ser uma ciência dinâmica, não pode ficar alheio a este movimento, pois a sua função precípua é regular as condutas sociais com o objetivo de preservar a ordem jurídica e a trazer a pacificação social, estando sempre na esteira do fato social – um passo à sua retaguarda.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, da Constituição Federal, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos, houve um aumento no número de divórcios registrados no país. Neste cenário, os filhos são os mais prejudicados, pois, além de suportar o distanciamento dos pais, sofrem com a batalha judicial travada pelos genitores a respeito de quem irá ficar com a sua guarda, pois, pode haver ex-marido, ex-companheiro, ex-esposa ou ex-companheira, mas não existe e nunca haverá a figura do ex-filho ou ex-filha, filho é e sempre será filho.

Portanto, é de se concluir que a última alteração

legislativa de 2014 pertinente à guarda compartilhada representou uma grande mudança no campo do Direito de Família no Brasil, que teve por escopo legislativo o bem-estar dos filhos e que estabeleceu a preferência da guarda compartilhada sobre a unilateral, com a função precípua de preservar os laços afetivos entre pais e filhos, visando ao desenvolvimento psicoemocional da criança e do adolescente e, sobretudo, conferir maior densidade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, estatuídos nos arts. 1º, inciso III, e 226, § 7º, da Carta Republicana, respectivamente.

Porém, é necessário ressaltar que a prática forense, na ponta da linha do sistema judicial, onde se vê os olhos das pessoas e se ouve os seus relatos em audiência judicial, revela que o instituto da guarda judicial compartilhada pressupõe consensos mínimos entre os pais, conversa e diálogo entre eles, já que deverão tomar decisões em conjunto sobre seu filho. O instituto não deve ser aplicado de forma indiscriminada e imposta como regra quando os pais não demonstram possibilidade de diálogo, cooperação e responsabilidade conjunta, devendo o magistrado da Vara de Família condutor do processo, com base nos estudos realizados pela equipe multidisciplinar do foro (psicólogos e assistentes sociais) e nas peculiaridades do caso concreto constatadas pelas provas coligidas aos autos do processo e também colhidas diretamente por ele em audiência de instrução e julgamento, decidir com flexibilidade, cautela e sensibilidade qual das modalidades de guarda realmente atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, CF), já que em matéria de família não há como se estabelecer regras, *a priori*.



REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.