

Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial – Comentários ao REsp. 1.251.000/MG¹

Renata VILELA MULTEDO*

Vitor ALMEIDA**

SUMÁRIO: 1. Apresentação do caso; 2. A corresponsabilidade parental e a guarda compartilhada no direito brasileiro; 3. Controvérsias acerca da guarda compartilhada; 4. Guarda compartilhada e guarda alternada: algumas distinções necessárias; 5. A guarda compartilhada à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 6. Considerações finais.

1. Apresentação do caso

O caso em exame refere-se a pleito paterno de inversão da guarda do filho após diversas tentativas da mãe de levá-lo para morar em outra cidade no mesmo Estado. Em primeira instância, a lide foi julgada parcialmente procedente para fixar a guarda compartilhada e determinar que a criança permanecesse, alternadamente, com os pais nos finais de semana, feriados e férias escolares e, durante as semanas, também de forma alternada, por quatro dias com um dos genitores e três com o outro.

O pai do menor, autor da ação, recorreu ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que manteve, *in totum*, a decisão de primeiro grau. Inconformado, o genitor interpôs Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça sob a alegação de violação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, uma vez que a guarda compartilhada só deve ser deferida quando houver consenso entre os pais e que a permanência do menor, alternadamente na casa dos pais, mesmo durante a semana, caracteriza guarda alternada, que é repudiada pela doutrina, pelos efeitos deletérios que tem sobre a da criança.

¹ Muitas das ideias aqui expostas se encontram desenvolvidas no artigo, de autoria de Renata Vilela MULTEDO. A Judicialização da família e a proteção da pessoa dos filhos. In: *O Direito de família por elas*. São Paulo: Saraiva, 2012, no prelo.

* Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora de Direito Civil do Grupo IBMEC-Rio, da Pós Graduação em Direito Privado Patrimonial da PUC-Rio, da Pós Graduação em Direito Civil Constitucional do CEPED-UERJ e da Emerj. Advogada.

** Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Pós Graduação em Direito Civil Constitucional do CEPED – UERJ e da Emerj. Advogado.

No julgamento do REsp. 1.251.000, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou, por unanimidade, provimento ao recurso, abordou a introdução do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, sintetizando a questão em dois pontos divergentes: (i) a possibilidade de imposição da guarda compartilhada, mesmo não havendo consenso entre os pais e (ii) a viabilidade da determinação de que o menor permaneça alternadamente com os pais, mesmo durante a semana.

Ao apreciar a questão, a Ministra Relatora Nancy Andrichi destacou que embora a guarda compartilhada, tecnicamente, não se traduza em uma sensível alteração legal, dado que a interpretação sistemática das disposições relativas à guarda dos filhos já possibilitava sua aplicação em período anterior à modificação legal, “a força transformadora dessa inovação legal está justamente no compartilhamento da custódia física”, afirmando que esta “é a própria essência do comando legal”. Ressaltou ainda que “rever os critérios utilizados para se fixar o período em que a criança deverá ficar com cada um dos pais importa no reexame de matéria fática, inviável na estreita via do recurso especial”.

Sob esse prisma, frisou a Relatora que “a imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob a 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”. E concluiu: “reputa-se como princípios inafastáveis a adoção da guarda compartilhada como regra, e a custódia física conjunta como sua efetiva expressão”.

É sobre o caso julgado pelo STJ e as consequências sobre a interpretação dos dispositivos pertinentes à guarda compartilhada no direito brasileiro que se debruça o presente trabalho.

2. A corresponsabilidade parental e a guarda compartilhada no direito brasileiro

A Constituição da República de 1988 determinou, no art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Em sede infraconstitucional, o Código Civil de 2002 estabeleceu que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda”. Assim, depreende-se que a parentalidade deve ser conjuntamente exercida pelos genitores de

forma cooperativa e dialogada, independentemente se os pais estão formal ou informalmente unidos, ou se estão separados ou divorciados.

Nesse cenário é que foi promulgada a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, instituindo, ao lado da guarda unilateral, a guarda compartilhada no Brasil.

A lei dispõe que a decisão sobre o esquema de guarda dos filhos menores nos casos de separação judicial², divórcio, dissolução da união estável e de medida cautelar de separação de corpos, continua a ser dos pais. No entanto, o parágrafo 2º do art. 1.584 determina que quando não houver consenso entre o casal, ou se o acordo não preservar devidamente o interesse dos filhos, deverá o juiz optar, sempre que possível, pela guarda compartilhada.

O acórdão em questão ressalta enfaticamente que “a separação ou divórcio não fragilizavam, legalmente, o exercício do Poder Familiar”, mas expõe a relatora que, “na prática, a guarda unilateral se incumbia dessa tarefa”. Destaca ainda “a errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar”.

De fato, como prevê o art. 1.632 do Código Civil, “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Reforça ainda o legislador essa corresponsabilidade dos pais após a dissolução conjugal ao também dispor, no art. 1.579, que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Em doutrina, já foi ressaltado que a introdução da guarda compartilhada no Brasil trata-se de uma convocação aos pais a exercerem conjuntamente a autoridade parental³, e que o seu real mérito é mais social do que jurídico, ao popularizar a discussão da coparticipação parental na vida dos filhos mesmo após o fim da união

² A respeito da revogação dos dispositivos referentes à separação em nosso ordenamento após a Emenda Constitucional n. 66, ver, por todos, Maria Berenice DIAS. *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66*, de 13 de julho de 2010. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; e, Paulo LÔBO. *Separação era instituto anacrônico*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/654>>. Acesso em 28.07.2012. A favor da manutenção da separação no ordenamento brasileiro, v. Regina Beatriz Tavares da SILVA. *Divórcio e separação após a EC n. 66/2010*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. Em 2011, foi aprovado o enunciado n. 514 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal com o seguinte conteúdo: “Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”, posição que é defendida neste trabalho.

³ Waldyr GRISARD FILHO. *Guarda Compartilhada: um Modelo de Responsabilidade Parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

conjugal.⁴ Isto porque no direito brasileiro mesmo a guarda unilateral não exclui o exercício conjunto da autoridade parental. Como esclarece Gustavo Tepedino,

[...] ao contrário de ordenamentos da família romano-germânica em que, com a separação judicial ou o divórcio, o exercício da autoridade parental pode ser atribuído pelo juiz exclusivamente ao titular da guarda, no sistema brasileiro a dissolução da sociedade conjugal em nada altera as responsabilidades dos pais pelo exercício do chamado poder familiar.⁵

A diferença é que, na guarda compartilhada, em virtude de pronunciamento judicial, seja a requerimento das partes, seja por decretação do juiz, ambos os genitores têm exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação ao dia-a-dia dos filhos menores e dividem, da forma mais equitativa possível, a responsabilidade de criá-los e de educá-los em sua companhia.

Fato é que com o referido dispositivo o legislador infraconstitucional provocou uma profunda mudança no direito de família brasileiro, já que até a promulgação da lei em 2008, cabia ao julgador, em caso de litígio, conceder a guarda unilateral àquele que revelasse as melhores condições⁶, passando agora a lei a determinar que na ausência de acordo seja aplicada a guarda compartilhada, sempre que possível.

Não há dúvida que a guarda compartilhada, como destaca a relatora, “é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial”.

⁴ Observa Ana Carolina Brochado TEIXEIRA que “não obstante a desnecessidade do instituto, o *thelosde* atribuir maior efetividade aos deveres dos genitores deve ser festejado, pois numa época em que o Brasil vive grandes problemas com a irresponsabilidade parental, a possibilidade de dar maior eficácia a tais deveres coaduna integralmente com os objetivos constitucionais, não apenas de tutela da pessoa humana, mas também de proteção ao crescimento biopsíquico saudável da pessoa menor de idade” (A (des) necessidade da guarda compartilhada. In: Ana Carolina Brochado TEIXEIRA; Gustavo Pereira Leite RIBEIRO (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 318).

⁵ Gustavo TEPEDINO. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 17, jan./mar. 2004, pp. 41-42.

⁶ No ano de 2007, em 89,1% dos divórcios, a responsabilidade pela guarda os filhos menores foi concedida às mulheres. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.p>. Acesso em 10 dez. 2011.

Com efeito, o objetivo da lei é o de assegurar o direito à convivência familiar, em sua maior plenitude possível, entre pais e filhos, convocando àqueles a assumir de forma efetiva o conteúdo da autoridade parental⁷. A iniciativa é de todo louvável, mas os desafios não são poucos.

A dificuldade em inculcar nos pais a cultura da participação conjunta na criação dos filhos é tamanha que o próprio legislador, no parágrafo 3º do art. 1.594, já procura apontar algumas soluções genéricas, determinando que “para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada”, o juiz poderá “basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”. Os litígios familiares envolvem muitas vezes questões exógenas ao direito, razão pela qual se mostra necessário a interdisciplinaridade com outras áreas do saber na busca concreta pela proteção integral dos filhos.

Muitas questões se colocam, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, sobre a extensão da guarda compartilhada no ordenamento pátrio, principalmente no que diz respeito ao alcance da expressão “sempre que possível”, disposta pelo legislador.⁸

Discute-se se esta foi apenas uma opção do legislador em dar preferência ao modelo da guarda compartilhada no lugar da guarda unilateral, determinando que o juiz envide máximos esforços para realizar um acordo entre os pais, ou se deve o juiz determinar a guarda compartilhada mesmo não havendo qualquer possibilidade de consenso entre eles.

Tal questionamento envolve a questão da medida da intervenção do Estado em certas escolhas da esfera íntima da vida familiar⁹. Indaga-se até que ponto delegar ao Poder Judiciário a incumbência de dirimir as divergências entre os pais em relação à administração do cotidiano dos filhos, quando estes estão sob a sua guarda, é uma

⁷ Ana Carolina Brochado TEIXEIRA. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental, *cit.*, p. 315.

⁸ Art. 1.594, § 2º: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

⁹ O tema foi objeto de discussão no IX Encontro dos Núcleos de Pesquisa em Direito Civil das Faculdades de Direito da UERJ e UFPR e, seguindo a tradição do evento, produziu-se ao final a carta-relatório com as principais conclusões dentre as quais se destaca sobre o tema: “A regulação das instituições familiares deve pressupor da prévia análise e reserva de espaços de autonomia, uma vez que a intervenção estatal pode colocar em crise a percepção do privado como espaço de liberdade” (Gustavo TEPEDINO. Editorial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 47, Rio de Janeiro: Padma, 2011).

alternativa possível ou a melhor alternativa, de acordo com o parágrafo único do art. 1.631.¹⁰

Sob esse prisma, é ilustrativa a decisão da juíza da 1ª Vara de Família de Petrópolis, no Rio de Janeiro, que rejeitou o pedido de um pai que mantém a guarda compartilhada do filho com a ex-mulher, para retirá-lo da escola na qual está matriculado e transferi-lo para outra, de sua preferência. Na decisão, a juíza declara que “o Judiciário não pode, sob pena de interferir na esfera da intimidade e da privacidade, definir qual escola é melhor para uma criança que possui pai e mãe capazes, maiores e no exercício regular da guarda”. Segundo a magistrada, não há nos autos qualquer discussão sobre algum interesse do menor que possa ser prejudicado, tampouco sobre o valor da mensalidade ou mesmo sobre diferenças de orientação educacional das escolas, razão pela qual os pais não devem pretender que o Estado, por meio do juiz, exerça o papel que lhes incumbe por lei e pela própria formação da sociedade. Por fim, destaca que a criança estava bem cuidada e com todos os seus interesses atendidos pelos pais e “delegar para o Estado a opção por escolhas íntimas e individuais não se constitui numa alternativa possível”.¹¹

Nesse contexto, é importante notar a necessidade do estabelecimento de parâmetros com o objetivo de nortear os operadores do direito no momento da fixação da guarda conjunta, a fim de compatibilizar o efetivo compartilhamento da guarda de acordo com o caso concreto, levando-se em conta as necessidades e vicissitudes de cada contexto familiar, evitando-se assim futuros litígios desnecessários e preservando sempre o melhor interesse da criança.

3. Controvérsias acerca da guarda compartilhada

¹⁰ “Art. 1.631. [...] Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

¹¹ Na mencionada sentença a juíza registrou que o único motivo que levou os pais da criança a procurar o Judiciário foi a incapacidade de comunicação entre eles, “que não conseguem, sozinhos, discutir e solucionar um problema banal e cotidiano”. Para ela nem todo conflito pode ser apreciado pelo Estado: “Vinho tinto ou branco, café ou chá, futebol ou basquete, salada ou sopa, vestido ou calça, preto ou branco, cinema ou teatro, Flamengo ou Fluminense são alternativas com as quais um ser humano se depara de forma permanente e é próprio da condição humana decidir e solucionar”. Na decisão, a juíza registra que não há qualquer discussão sobre algum interesse do menor que possa ser prejudicado, sobre o valor da mensalidade ou mesmo sobre diferenças de orientação educacional das escolas. A criança está bem cuidada com a guarda compartilhada e até agora tem todos os seus interesses atendidos pelos pais. Disponível em <<http://decaraparaodireito.blogspot.com.br/2011/03/judicializacao-do-afeto.html>>. Acesso em 10 dez. 2011.

Trata o acórdão da principal controvérsia que envolve o instituto da guarda compartilhada, qual seja, se a guarda compartilhada deve ser imposta judicialmente, mesmo não havendo consenso ou vontade dos pais.

A disposição do parágrafo 2º do art. 1.594 de determinar que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada” é, sem sombra de dúvidas, o ponto que tem gerado maior polêmica.

Em doutrina, assinala Rolf Madaleno, que a guarda compartilhada só seria possível por mútuo consenso, “em processo amistoso de separação judicial, ou de guarda, pois apenas por consenso e consciência dos pais será possível aplicar a custódia compartilhada, que se mostra de todo inviável no litígio, com os pais em conflito”.¹²

Em complemento, Waldyr Grisard Filho, assevera que “para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas”.¹³

Guilherme Calmon Nogueira da Gama pondera que se não for possível em momento imediatamente posterior à dissolução da sociedade conjugal a adoção do modelo de guarda compartilhada em razão da contrariedade dos interesses dos filhos, “[...] isso não impede que em momento posterior, após tratamento psicológico ou mesmo psiquiátrico, haja alteração do modelo de guarda unilateral para o modelo de guarda compartilhada, biparental”. O autor menciona que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 129, inciso III, prevê como uma das medidas pertinentes ao pai ou responsável, o “encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico”, em caso de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes.¹⁴

Em sede jurisprudencial, verifica-se que tribunais estaduais vêm se posicionando no mesmo sentido. Assim, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que “não se mostra recomendável a fixação da guarda compartilhada quando existente conflito entre os pais, sendo, consoante a orientação jurisprudencial, imprescindível

¹² ROLF MADALENO. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 360.

¹³ WALDYR GRISARD FILHO. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 225.

¹⁴ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 221.

para o seu deferimento a existência de uma relação harmoniosa e amistosa”¹⁵. Em outra decisão, destaca-se,

[...] em disputa pela guarda de filho menor, deve o julgador ater-se às necessidades do infante, pois, o seu bem-estar social, psicológico e emocional deve se sobrepôr a quaisquer outros interesses. Na guarda compartilhada, os pais conservam juntos o direito de custódia e responsabilidade dos filhos. Em outras palavras, a prática do poder familiar é conjunta entre ambos os genitores. Para o exercício da guarda compartilhada, mister se faz uma convivência pacífica entre os pais da criança, haja vista que deverão cumprir os deveres inerentes à criação do menor conjuntamente, aliados por um só propósito.¹⁶

Exemplificativa também é a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se ressalta que o melhor interesse dos filhos deve se sobrepôr aos interesses dos pais, sendo impossível o estabelecimento da guarda compartilhada quando o estado de animosidade ainda dominar o casal separado.¹⁷

Interessante ainda mencionar a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que frisa a importância de se ter em mente a real função do instituto da guarda,

[...] o instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação brusca do casal. Contudo, verificando que os genitores não conseguem manter um nível de civilidade suficiente, não é possível que a criança seja prejudicada emocionalmente pela relação tormentosa dos

¹⁵ TJMG, Ap.Cív. 2778655-21.2008.8.13.0024, Rel. Des. Tereza Cunha Peixoto, DJ 12/05/2011.

¹⁶ TJMG, Ap. Cív. 1979585-72.2008.8.13.0024. Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 22/06/2011. No mesmo sentido, vide a seguinte ementa: “Modificação de Guarda – Guarda Compartilhada - Relação conflituosa entre os genitores - Deferimento ao pai - Interesse dos menores - Prevalência.- A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os genitores possuem uma relação conflituosa, tendo em vista o perigo de contagiar negativamente os menores com a desavença dos pais, levando-os traumas emocionais irreversíveis”. (TJMG. Ap. Cív. 1.0702.08.454295-1/002(1). Rel. Des. Belizário de Lacerda. DJ 10/06/2011).

¹⁷ A decisão foi ementada nos seguintes termos: “Guarda e responsabilidade de filho - Pais separados - Ação de guarda compartilhada c/c regulamentação de visitas. Garantia do bem estar da criança. Melhor interesse do menor que se sobrepõe aos interesses dos pais. Sentença de procedência parcial que fixou regime de visitação paterna. Impossibilidade no caso concreto de se conceder a guarda compartilhada diante do estado de animosidade que ainda domina o casal separado. Irresignação autoral. Recurso conhecido e improvido”. (TJRJ. Ap. Cív. 0005536-84.2010.8.19.0212, Rel. Des. Antonio Iloizio B. Bastos, julg. 28 fev. 2012).

seus genitores.¹⁸

Na jurisprudência estrangeira observa-se que mesmo com a ampla adoção do instituto da guarda compartilhada em diversos países, o consenso e, principalmente, as peculiaridades do caso concreto, tendo sempre como norte o melhor interesse do menor, são os requisitos que têm pautado as decisões dos Tribunais Superiores.¹⁹

No entanto, o acórdão em comento posiciona-se de forma diversa e assinala que ainda que a efetivação da guarda compartilhada reste frustrada, pela intransigência de um ou de ambos os pais, deverá ser ela o procedimento primariamente perseguido, mesmo que demande a imposição estatal no seu estabelecimento.

Afirma, ainda, que “a drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta”.

4. Guarda compartilhada e guarda alternada: algumas distinções necessárias

A segunda grande controvérsia abordada no acórdão em exame refere-se ao compartilhamento alternado da custódia física dos filhos. A relatora, partindo da premissa exemplificativa do direito norte-americano, de que os atributos do poder familiar envolvem tanto a custódia física como a custódia legal²⁰ destaca que, no direito

¹⁸ TJDF, Ap. Cív. 2003030172570, Rel. Des. José de Aquino Perpétuo, DJ 04/07/2006.

¹⁹ Na Espanha, por exemplo, a redação dada pela reforma de 2005 ao art. 92.8 do Código Civil espanhol dispõe que somente em casos excepcionais o juiz poderá determinar a guarda compartilhada quando esta for requerida por somente uma das partes, ou seja, que não seja fruto do consenso dos pais. Além disso, a Suprema Corte Espanhola (STS) vem exigindo a motivação da decisão a fim de perquirir se a imposição daquele modelo de guarda é o que melhor protege os interesses dos filhos no caso concreto (Laura Alascio CARRASCO. La excepcionalidade de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/809_es.pdf>. Acesso em 28 abr. 2012). Discutem-se ainda na doutrina e jurisprudência espanholas quais critérios devem nortear o juiz na escolha por um modelo de guarda na ausência de acordo entre os pais. Sobre o tema seja consentido remeter a Cristina Guilarte MARTÍN-CALERO. *Criterios de atribución de la custodia compartida*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf>. Acesso em 28 abr. 2012 e Margarita Garriga GORINA. *El criterio de ella continuidad frente a la guarda conjunta*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/562_es.pdf>. Acesso em 28 mar. 2012.

²⁰ Assim assinala a Relatora: “Elucidativa a divisão que se faz nos Estados Unidos, onde se cindem de maneira clara os atributos, do que denominamos Poder Familiar, em custódia física – *Physical Custody* – e custódia legal – *Legal Custody* –, firmando ainda que esses tipos de custódia podem ser exercidos de forma única – *Sole Custody* –, ou conjunta – *Joint Custody* ou *Shared Custody*. Adotando os termos pela sua clareza, é precisa a ideia de que a guarda compartilhada inclui não só a custódia legal, mas também a custódia física tanto por não haver restrições, no texto de lei quanto ao exercício do Poder Familiar na guarda compartilhada, quanto pela inviabilidade de se compartilhar apenas a custódia legal da criança”.

brasileiro, a separação da custódia física da custódia legal só ocorre na guarda unilateral.

Sob essa ótica, a relatora assevera que por não haver restrições no texto de lei quanto ao exercício do poder familiar na guarda compartilhada e levando-se em conta a inviabilidade de se compartilhar apenas a custódia legal da criança, “reputa-se como princípios inafastáveis a adoção da guarda compartilhada como regra, e a custódia física conjunta como sua efetiva expressão”.

Com efeito, no direito brasileiro, com a clara distinção entre os conceitos de guarda e autoridade parental, resta claro que as noções de custódia física e custódia legal não se confundem com o *múnus* do poder familiar. Pelo contrário, o que o legislador brasileiro sempre se preocupou foi em preservar a custódia legal a ambos os pais mesmo com o fim da sociedade conjugal, independente da custódia física. Logo, a regra é que a custódia legal é inerente ao poder familiar, mesmo após a separação do casal, mas a custódia física não.

Dessa forma, a guarda compartilhada não gera, necessariamente, uma divisão equânime do tempo de convivência com cada genitor²¹, razão pela qual não há como sustentar que a guarda compartilhada implica necessariamente em compartilhamento/divisão da custódia física, embora nada impeça que conjuntamente, com o compartilhamento da custódia legal, os pais decidam também compartilhar a custódia física dos filhos, alternando a residência do menor. Assim, assinala Ana Carolina Akel que há que se distinguir, definitivamente, o exercício alternado da guarda do exercício compartilhado, no qual é estabelecida, desde logo, pelos genitores, a residência habitual da prole, que será o ponto de referência para os menores cumprirem suas obrigações e receberem o que lhes é de direito.²²

Aliás, é de todo prudente ressaltar que a essência do modelo de guarda compartilhada se funda na cooperação entre os pais²³, motivo pelo qual se entende que o compartilhamento da custódia física deve ser decidido através de acordo parental, e na hipótese de fixação de uma única moradia, deve ser sempre preservado o maior contato possível com o guardião que não detém a guarda física do filho, sendo garantido o direito a mais ampla visitação.

²¹ Ana Carolina Brochado TEIXEIRA. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental, *cit.*, p. 318.

²² Ana Carolina AKEL. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 111-112.

²³ Guilherme Calmon Nogueira da GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*, *cit.*, p. 222.

Sob esse prisma, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que, em regime de guarda compartilhada, a mãe não poderia levar os filhos consigo para outro Estado, onde pretendia fixar residência. A Corte prestigiou a decisão juiz grau do magistrado de primeiro que manteve os filhos com o pai e deferiu à mãe um regime de visitação semanal, nos finais de semana. Na ementa, afirmou-se que “a agravante tem todo o direito de procurar novas oportunidades de emprego, mas ao fazê-lo deveria atentar para o fato de que tem dois filhos menores, está separada e ajustou a guarda compartilhada (...). Ao fazê-lo, talvez não tenha pensado nos filhos, na mudança de meio, de escola, de amizades e o mais importante, no rareamento do convívio paterno. (...) Desta forma, se conclui que a transferência abrupta não seria uma medida salutar”.²⁴

Nesse cenário, faz-se ainda necessário distinguir claramente as diferenças entre as modalidades de guarda compartilhada e guarda alternada, pois na segunda os pais exercem de forma alternada, tanto a custódia legal como a custódia física e, ao contrário da guarda compartilhada, em cada período a responsabilidade e as decisões são daquele que está exercendo a guarda.

Em sede doutrinária, a guarda alternada é bastante criticada. Como observa Françoise Dolto, na alternância de residência “não há nem *continuum* afetivo, nem *continuum* espacial, nem *continuum* social”, como ocorre quando “os pais dividem entre si, durante a semana, seu ‘filho-joguete’”.²⁵ Muitos autores defendem que a necessidade de fixação de uma única residência visa manter a estabilidade da prole.²⁶

De qualquer forma, como acima ressaltado, na guarda compartilhada há a possibilidade de ser acordado o compartilhamento da custódia física com a alternância da residência dos filhos, levando-se em consideração que a decisão deve se guiar sempre pela proteção integral da criança e do adolescente, diante da análise de cada caso em concreto e do desejo e condições dos pais.

5. A guarda compartilhada à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

²⁴ TJRJ. AI 2008.002.05052. 15ª Cív., Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, julg. 24.04.2008.

²⁵ Françoise DOLTO *apud* Waldyr GRISARD FILHO. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, cit., p. 174.

²⁶ Eduardo de Oliveira LEITE. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 271.

Dadas as difíceis controvérsias que o tema envolve, cumpre salientar que se faz necessária uma interpretação sistemática, axiológica e teleológica²⁷ especialmente no tocante à expressão “sempre que possível”²⁸, disposta pelo legislador, a fim de encontrar o “fundamento constitucional da norma ordinária”.²⁹

De acordo com a principiologia constitucional, ou seja, levando-se em conta a unidade do ordenamento e a tábua de valores disposta no texto constitucional, a coerência da norma deve ser verificada em relação ao seu fim e às razões do ordenamento globalmente considerado³⁰. Como esclarece Pietro Perlingieri,

A normativa constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que com a primeira deve se harmonizar coerente e razoavelmente, segundo critérios ou princípios de adequação e de proporcionalidade que postulam o conhecimento aprofundado também das peculiaridades do caso concreto. Isso se traduz no confronto do caráter apropriado de uma norma em relação a uma determinada situação, da proporção entre *fattispecie* concreta e disciplina jurídica, da razoabilidade, a qual não somente proíbe o tratamento diferenciado de *fattispecie* iguais e o tratamento igual de *fattispecie* diferentes, mas impõe também a verificação da coerência da norma em relação ao seu fim e às “razões” do ordenamento globalmente considerado.³¹

Por esse motivo, a interpretação tem que partir da normativa constitucional, levando em conta o princípio da dignidade humana como o valor maior do ordenamento jurídico, o qual assume uma “função instrumental integradora e hermenêutica” e, em consequência, no que se refere à matéria em questão, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da infância e da juventude. Sob esse enfoque, “a solução

²⁷ Pietro PERLINGIERI. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 72 e ss.

²⁸ Art. 1.594§ 2º: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

²⁹ A expressão é de Pietro PERLINGIERI. *O direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 574.

³⁰ Pietro PERLINGIERI. *O direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 574.

³¹ Pietro PERLINGIERI. *O direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 574.

interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional”.³²

Sob esse prisma, não parece que o legislador teria adotado a orientação de que o juiz deveria preferir a concessão da guarda compartilhada a ambos os genitores em caso de disputa ou desarmonia entre eles. Essa orientação traria sérios problemas para o filho, cujo desenvolvimento saudável depende de uma gestão equilibrada do exercício dos poderes-deveres pelos pais, além de estar em franca contradição com o princípio do melhor interesse da criança. Com efeito, se os pais não tiveram condições de compor o conflito, é razoável pressupor que também não se entendam no exercício compartilhado da guarda.

Quanto à imposição de um modelo preferencial de guarda vale registrar o Enunciado n. 518, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em novembro de 2011,

A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família.

Assim também sugere Ana Carolina Brochado Teixeira, que em lugar de um modelo prioritário de guarda que figure como regra geral, sejam considerados todos os tipos de guarda existentes, de modo que o caso seja enquadrado na hipótese que melhor atenda aos interesses da criança ou do adolescente, sem atribuir prioridade a nenhum modelo abstratamente.³³

Interessante observar que na dissolução consensual, o juiz, o mediador e os advogados devem estar atentos ao bem estar do menor, que deve sempre prevalecer sobre o interesse dos pais. Desse modo, mesmo nessas hipóteses, a adoção da guarda compartilhada pode não proteger o seu melhor interesse, ainda que esta tenha sido acordada pelos pais.

³² Gustavo TEPEDINO. O novo e o velho direito. In: *Temas de Direito Civil*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, p. 401.

³³ Ana Carolina Brochado TEIXEIRA. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental, *cit.*, p. 317.

Exemplo dessa hipótese é a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que após a realização de estudo social decidiu que não era recomendável manter a prole em guarda compartilhada em virtude da situação de conflito entre os genitores, mesmo tendo o casal, quando da separação consensual, acordado exercer a guarda desta forma.³⁴

6. Considerações finais

Com efeito, proporcional a uma crescente judicialização dos conflitos familiares está a insatisfação com as pretensas soluções. A insatisfação com as formas de abordagens dos conflitos, sobretudo na seara do direito de família, tem identificado a mediação como o complemento ideal de auxílio à justiça, na medida em que se busca “a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social”.³⁵

A busca pela melhor solução do caso concreto à luz do diálogo e das recíprocas concessões, ao invés da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-juiz, mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa. Ao contrário da lógica do ganhar e perder, ínsita aos processos judiciais, a mediação busca que as partes em conflito identifiquem por si mesmas as alternativas do benefício mútuo.

Diante das breves reflexões aqui expostas, constata-se que a adaptação a novas estruturas parentais está em curso, porém as formas de composição com os diversos conflitos necessitam ser repensadas, principalmente no que tange aos interesses dos filhos nesses novos contextos familiares. Por esta razão, a opção apriorística pela fixação de qualquer modelo de guarda não parece a que mais se coaduna com toda a cautela que qualquer conflito familiar exige.

³⁴ A mencionada decisão restou assim ementada: APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. ALIMENTOS. PEDIDO DE MINORAÇÃO. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1) Segundo estudo social realizado, não é recomendável manter a prole em guarda compartilhada em virtude da situação de conflito entre os genitores. Casal que, quando da separação consensual, tentou exercer a guarda desta forma, sem, contudo, obter êxito. 2) O genitor não se desincumbiu do ônus que lhe competia, de demonstrar não possuir condição de fazenda que lhe permita alcançar a quantia equivalente a 30% do salário mínimo durante o período em que não estiver exercendo trabalho formal, a título de alimentos para os dois filhos adolescentes. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70046399713, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julg. 16 fev. 2012).

³⁵ Maria Berenice DIAS; Giselle Câmara GROENINGA. *A mediação no confronto entre direitos e deveres*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=42>>. Acesso em 08 nov. 2011.

Sem uma análise interdisciplinar do caso concreto, levando-se em conta todos os aspectos que a casuística envolve, corre-se o risco de causar sérios danos àqueles que a Constituição priorizou proteger, contrariando frontalmente o princípio do melhor interesse da criança.

Resta evidente que não é suficiente a imposição judicial do modelo de guarda compartilhada para enfrentar os obstáculos à efetivação do comando constitucional de proteção do melhor interesse dos filhos, mas sim por intermédio da implementação de novas formas de composição de conflitos, que amparadas em método interdisciplinar, promoverá a conscientização dos genitores no cumprimento das funções parentais após a dissolução da sociedade conjugal.

O intérprete não pode se subjugar aos ventos das novidades legislativas de forma acrítica. A previsão legal do modelo da guarda compartilhada deve ser encarada como uma das novas formas de efetivação do melhor interesse dos filhos, e não como solução única de concretização da proteção de crianças e adolescentes de pais separados ou divorciados. As circunstâncias do caso concreto fornecerão os elementos necessários à composição do conflito submetido ao Poder Judiciário, o qual, auxiliado por profissionais de outros campos do saber, deverá fixar, ainda que temporariamente, o modelo de guarda que melhor atenda ao princípio constitucional do melhor interesse da criança.

Como citar: VILELA, Renata; ALMEIDA, Vitor. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial. Comentários ao REsp 1.251.000/MG. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/guarda-compartilhada/>>. Data de acesso.