

Breves reflexões sobre o instituto da guarda

Isabela Pessanha Chagas¹

INTRODUÇÃO

Proteção, vigilância, segurança. A expressão guarda pode ser interpretada de diversas maneiras. Trata-se de um direito-dever que ambos os pais - ou um dos pais - estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

Segundo a definição de JOSÉ ANTÔNIO DE PAULA NETO, a guarda trata-se de um “direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este”.²

SILVANA MARIA CARBONERA, por seu turno, define guarda, ainda salientando tratar-se de um esboço do conteúdo da guarda e, portanto, não seria uma definição perfeita e inacabada, como um

*instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.*³

1 Juíza de Direito da 14ª Vara Cível da Capital.

2 NETO, José Antônio Paula Santos. **Do Poder Familiar**. São Paulo, p. 55.

3 CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos – Na família constitucionalizada**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 64.

A guarda legal⁴ é aquela que não necessita de uma interferência judicial para ser estabelecida. É inerente ao poder familiar, pois é justamente este poder que confere aos pais o direito de ter o seu filho em sua companhia e guarda, e de reclamá-lo, de quem ilegalmente o detenha⁵, o que explica a razão de seu conceito se confundir com a própria definição do poder familiar⁶.

Podemos perceber que o poder familiar é um antecedente à presença da guarda. Portanto, para que os filhos estejam sob a guarda de seus pais, é imperativo que os pais estejam em pleno gozo do poder familiar.

A guarda é a um só tempo, direito e dever⁷. Conforme ensinamento de SILVIO RODRIGUES,

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho⁸.

Os genitores gozam dos seguintes direitos em relação aos filhos, vide art. 1634, CC: I) dirigir-lhes a criação e educação; II) tê-los em sua companhia e guarda; III) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V) representá-los, até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil,

4 A guarda legal sendo “compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial”. Silvana Maria Carbonera, obra citada, p. 77.

5 Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

6 A este respeito, Marco Aurélio S. Viana assinala que: “A guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio-poder, podendo ser conferida a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio-poder e direito de guarda, aquele com os pais, estes com terceiro”. Marco Aurélio S. Viana. **De Guarda, da Tutela e da Adoção**, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1991, p. 28.

7 Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

8 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 344.

e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Em contrapartida, os genitores arcam com os seguintes deveres: a) não abandonar pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, sob pena de incursão no crime de abandono de incapaz (art. 133, CP); b) prover a instrução primária de filho em idade escolar, sob pena de responder pelo crime de abandono intelectual (art. 246, CP); c) prover a subsistência de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, sob pena de caracterização do crime de abandono material (art. 244, CP).

I. DESENVOLVIMENTO: DA GUARDA UNILATERAL, COMPARTILHADA E ALTERNADA

1.1 Guarda Unilateral e a Síndrome da Alienação Parental

A guarda unilateral, diferentemente do que ocorria no período anterior à Lei 11.698/2008, é a exceção no nosso ordenamento jurídico. A regra é a guarda compartilhada. A guarda unilateral é a atribuída exclusivamente a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1584, § 5, CC/02), conforme dispõe o art. 1583, § 1, primeira parte do Código Civil de 2002. Para que a guarda unilateral seja atribuída é necessário levar em consideração critérios que foram sendo modificados com o passar dos anos. Para compreender a evolução do critério para a definição da guarda unilateral, é necessário dividir o instituto em duas fases, a saber:

- 1) Guarda Unilateral no Código Civil de 1916;
- 2) Guarda Unilateral do Código Civil de 2002.

De acordo com o art. 326 do Código Civil de 1916, “sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.” Fica

evidenciado aqui que a guarda a um só dos genitores era atribuída, quando não houvesse acordo de guarda entre os cônjuges, àquele que não deu causa ao desquite. Ou seja, era levada em consideração a culpa dos genitores, sendo atribuída a guarda ao cônjuge que não tivesse culpa do desquite.

Com o advento do Código Civil de 2002, tal norma foi revogada, dando lugar ao antigo artigo 1.584, do Código Civil de 2002, que dispunha: “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.” Percebe-se que aqui não é mais levada em consideração a culpa do genitor para atribuição da guarda ao cônjuge inocente, como ocorria com o Código Civil de 1916, mas a guarda era atribuída ao cônjuge que revelasse melhores condições para exercê-la, priorizando o melhor interesse da criança ou do adolescente (corolário assinado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi realizado pela ONU no ano de 1989).

A expressão “melhores condições” empregada no artigo 1.583, § 2, do Código Civil de 2002 - “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la...” não pode ser interpretada no sentido financeiro da palavra. Melhores condições a que se refere o referido parágrafo diz respeito aos requisitos dos incisos 1, II e III, do art. 1.583, § 2, do CC/02, quais sejam:

- I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II - saúde e segurança;
- III - educação.

Dessa forma, a guarda unilateral será atribuída ao genitor que demonstrar melhores condições de afeto com o filho e aptidão para integrar o filho ao grupo familiar, também, demonstrar maior aptidão para propiciar ao filho saúde, segurança e educação.

Os incisos que foram supracitados são meramente exemplificativos, devendo o Juiz, quando da análise de tais critérios, levar em consideração aspectos como alimentação, esporte, cultura, lazer, dentre outros.

Ao genitor que não detém a guarda, o Código Civil de 2002 atribuiu a obrigação de supervisão dos interesses nos filhos, de acordo com

o § 3º, do art. 1583, do CC/02. Este genitor, como pôde ser observado, não perde o poder familiar como um todo, apenas não recebe as mesmas atribuições do guardião, mas ficando com a obrigação de supervisioná-lo. A atribuição ao genitor não guardião da obrigação de supervisão, resguarda o filho de um possível abandono moral.

No preciso entendimento de Welter⁹

a guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Nas fartas lições de LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES, “não obstante, há de se ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, utilize-se dos seus próprios filhos como “arma”, instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca dele, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade, fenômeno que já foi alcunhado como Fenômeno da Alienação Parental, responsável pela Síndrome da Alienação Parental (SAP ou PAS)¹⁰.”

A Professora Giselle Câmara Groeninga, discorrendo sobre essa temática, leciona:

9 WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. In: **Guarda Compartilhada**. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009, p. 56.

10 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. **A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/08**, p. 240.

*Segundo Gardner: 'A Síndrome da Alienação Parental é uma das doenças que emerge quase que exclusivamente no contexto das disputas pela guarda. Nesta doença, um dos genitores (o alienador, o genitor alienante, o genitor PAS indutor) empreende um programa de denegrir o outro genitor (o genitor alienado, a vítima, o genitor denegrido). No entanto, esta não é simplesmente uma questão de 'lavagem cerebral' ou 'programação' na qual a criança contribui com seus próprios elementos na campanha de denegrir. E esta combinação de fatores que justificadamente garantem a designação de PAS [...]. Na PAS, os pólos dos impasses judiciais seriam compostos por um genitor alienador e um genitor alienado. Como apontado no início deste texto, seria fundamental considerar as contribuições do contexto judicial para a instalação de dita síndrome, ou Fenômeno de Alienação Parental, como se defende aqui ser mais apropriado denominar [...]. O genitor alienante seria, em geral, a mãe que costuma deter a guarda, e que a exerceria de forma tirânica. Inegável é a grande influência que a mãe exerce nos filhos pequenos, dada a natural sequência de um vínculo biológico para o psíquico e afetivo. O que se observa é que há mães que utilizam sim de forma abusiva, consciente e inconscientemente, o vínculo de dependência não só física, mas, sobretudo, psíquica que a criança tem para com ela [...]'*¹¹.

1.2 Guarda Compartilhada e o Melhor Interesse do Menor

Conforme dispõe o art. 1.583, *caput*, do Código Civil de 2002, a guarda será unilateral ou compartilhada.

Por guarda compartilhada, entende-se 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, nos termos do art. 1583, § 1, *in fine*, do CC.

¹¹ GROENINGA, 2008, p. 122-123.

A guarda compartilhada passou a ter previsão expressa no nosso ordenamento jurídico a partir da entrada em vigor da Lei 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil de 2002. Contudo, não obstante não ter previsão expressa, a guarda compartilhada era aplicada, em certos casos, antes da Lei 11.698/2008. O princípio da igualdade entre os genitores, previsto no art. 226, § 5º, da CRFB/88 e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consagrado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, permitiam que o magistrado aplicasse a guarda compartilhada, que já era aplicada em outros países.

Nesse sentido, vale ressaltar os ensinamentos de Leonardo Barreto Moreira Alves:

O instituto da guarda compartilhada, até bem pouco tempo, não era previsto expressamente no ordenamento jurídico nacional, o que não impossibilitava a sua aplicação na prática, a uma com base nas experiências do Direito Comparado (principalmente na França - Código Civil francês, art. 373-2, Espanha Código Civil espanhol, arts. 156, 159 e 160, em Portugal - Código Civil português, art. 1905º, Cuba - Código de Família de Cuba, arts. 57 e 58 e Uruguai - Código Civil uruguaio, arts. 252 e 257) e, a duas, com fulcro em dispositivos já existentes no ordenamento jurídico, especialmente o art. 229 da Constituição Federal (“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”) e os artigos 1.579 (“O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”), 1.632 (“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”) e 1.690, parágrafo único (“Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária”) do Código Civil brasileiro¹².

12 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei 11.698/2008**, p. 241.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 1967, já teve a oportunidade de se pronunciar, em termos genéricos, sobre a importância da guarda compartilhada, ex vi do seguinte julgado:

O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe. (RE 60.265-RJ)¹³.

O referido instituto, como já conhecido, caracteriza-se pelos pais exercerem simultaneamente a guarda de sua prole, compartilhando direitos e obrigações, não existindo, obrigatoriamente, um acerto em relação à moradia fixa ou períodos em que os menores permanecerão em companhia de um ou de outro.

Todavia, o filho poderá residir em uma única casa, seja ela a do pai ou da mãe, cabendo ao genitor não guardião o direito de visita (art. 1589, do Código Civil). Ambos genitores compartilham as decisões mais importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas e, até mesmo, em localidades diferentes.

Felizes são os dizeres de Silvana Maria Carbonera sobre a temática:

Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta¹⁴.

13 RE 60.265-RJ.

14 CARBONERA, Silvana Maria. Obra citada, p. 150.

Ainda nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite: “a guarda compartilhada mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”¹⁵.

Gustavo Tepedino, por sua vez: “Uma das vantagens desse modelo de guarda é “o fato de evitar a desresponsabilização do genitor que não permanece com a guarda, além de assegurar a continuidade da relação de cuidados por ambos os pais”¹⁶.

A atual conjuntura do Código Civil brasileiro estabelece a aplicação, via de regra, da guarda compartilhada. Isto pode ser percebido da redação do art. 1.584, § 2º, do CC/02, que aduz “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

O juiz deve informar ao pai e à mãe, na audiência de conciliação, o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas (art. 1.584, § 1, do Código Civil).

Cumprido esclarecer que a definição da guarda compartilhada atribuída aos genitores deve levar em consideração o melhor interesse da criança, e não a vontade dos genitores.

O princípio do melhor interesse da criança, segundo Maria Regina Fay de Azambuja, fundamenta-se “no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude”¹⁷. Segundo a jurista, crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, estão em processo de formação física, psíquica, intelectual, moral e social. O crité-

15 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 244.

16 TEPEDINO, Gustavo. “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”. *In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 313.

17 AZAMBUJA, Maria Regina Fay. LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. “Guarda compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe”. **Revista Juris Plenum**. Ano VI, nº 31, janeiro de 2010, p. 85.

rio que norteia o exercício de qualquer modalidade de guarda é o melhor interesse do menor, tendo em conta que a medida deve ser aplicada sempre em benefício deste. A professora Maria Manoela Rocha tece considerações importantes sobre o princípio do melhor interesse da criança na atribuição da guarda¹⁸.

O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernente à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar à criança.

[...]

O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes.

[...]

Deste modo, impõe-se ao juiz um poder discricionário. Segundo Guilherme Strenger, o juiz deveria buscar o que fosse mais vantajoso ao modo de vida da criança, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio.

A guarda compartilhada, ainda que difícil de ser implantada em certos casos, na prática, deve ser a regra geral. Uma vez dissolvido o vínculo conjugal, a paternidade jamais será rompida. A cultura que era implantada na constância do Código Civil de 1916 era a de que havendo a dissolução do vínculo conjugal, sem culpa dos genitores, a guarda era atribuída à mãe. Isso era fruto de uma sociedade machista, que entendia que a mulher tinha melhores aptidões com a criança e com os afazeres domésticos. Durou muitos anos, mas essa cultura, passada de geração para geração, modificou-se. A sociedade ganhou novos contornos. Antes de 1977 não havia divórcio, mas o desquite. A mulher desquitada era má vista à época. Atualmente, o divórcio é, não só, permitido, mas em muitos cartórios há mais divórcios do que casamentos.

18 ROCHA DE ALBUQUERQUE QUINTAS, Maria Manoela Rocha, *op. cit.*, p. 59.

Com todas essas alterações ocorridas no instituto de maior relevância social, a família, faz-se necessário, agora, a implantação, através dos operadores do direito e da disseminação dos doutrinadores, da cultura de que os pais, quando resolverem gerar um filho, devem se comprometer com a formação da sua personalidade, até os 18 (dezoito) anos. Assim, o melhor interesse da criança é a sua formação com a presença de ambos os genitores. Caso isso não seja possível, seja porque um dos pais abdique do direito de guarda, ou caso um dos genitores não tenha condições (ex. morem em lugares distantes, impossibilitando a guarda compartilhada), ambos os genitores devem ser responsabilizados pelos danos causados pelos seus filhos.

Desta feita, pelos benefícios por ela proporcionados, a guarda compartilhada deve ser a regra geral do exercício do poder familiar após a dissolução do casamento/união estável, mas, em não havendo acordo dos pais acerca da guarda dos filhos por força do prévio litígio de direito material existente entre eles, tal espécie de guarda, para que seja viável e efetivamente atenda ao melhor interesse do menor, deve vir precedida da prática da mediação familiar. Uma vez frustrada a mediação é que se recomenda a fixação da guarda exclusiva, como medida, portanto, excepcional.

1.3 Guarda Alternada ou Pendular

Na guarda alternada, a guarda é atribuída a uma única pessoa, durante período determinado. Após decorrido esse tempo, a guarda passa para o genitor que, até então não, a detinha. Ou seja, o filho fica na casa de um dos pais, por período determinado (Ex: dois meses, um semestre, etc) e após o decurso desse prazo, o filho passa a residir com o outro cônjuge, por igual período. Na guarda alternada, a guarda fica, como o próprio nome diz, alternando-se entre os genitores.

O referido instituto nunca esteve expresso no nosso ordenamento jurídico. Nem no Código Civil de 1916, nem no novo Código Civil. Ocorre que, antes da alteração do Código Civil de 2002, trazida pela Lei

11.689/2008, não havia previsão expressa das modalidades de guarda a ser adotada. O que hoje, diferentemente, pode ser percebido pela redação do art. 1.583, caput, do CC/02, a saber: “a guarda será unilateral ou compartilhada.”

Dessa forma, como a nova redação do art. 1583 do CC/02 não contemplou a guarda alternada como uma das possibilidades, diversos doutrinadores têm entendido não ser mais possível a atribuição da guarda alternada, pela falta de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, no caso, possibilidade jurídica do pedido¹⁹.

É importante ressaltar, nesse momento, que, antes da entrada em vigor da Lei 11.689/2008, não havia previsão expressa do instituto da guarda compartilhada e nem da guarda alternada. Ambos os institutos, mesmo não tendo previsão expressa, eram aplicados a determinadas casos, tendo em vista a possibilidade de utilização de outros dispositivos, como o do art. 226, § 5º, da CRFB/88, que consagrou o princípio da igualdade entre os cônjuges na relação conjugal e o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, consagrado como direito fundamental pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88, com a assinatura da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, feito pela ONU em 1989. Depois da nova redação do artigo 1.583, só se torna viável a aplicação da guarda compartilhada, como regra geral, e, excepcionalmente, a guarda unilateral. Não sendo mais possível a atribuição de guarda alternada (ou *pendulum*).

Frise-se, entretanto, que não há que se confundir a guarda alternada com a possibilidade de os filhos alterarem a moradia, seja em que alternância for, considerando-se que a guarda mantinha-se compartilhada; em que pese, por exemplo, os menores estarem residindo uma semana na casa da mãe, o que, destaca-se, na prática acaba por ajudar uma maior aproximação dos genitores no cuidado com sua prole.

O entendimento marcante nos nossos tribunais é no sentido de que a guarda compartilhada somente será atribuída àqueles pais que residam

19 MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, jul./set. 2009, p. 11-12.

próximos uns aos outros. Fica claro essa posição, tendo em vista o fato de que a guarda compartilhada se caracteriza pela presença de ambos os pais nas decisões cotidianas.

É muito mais simples o exercício da guarda compartilhada diariamente, com o acompanhamento do crescimento da personalidade da criança, quando genitores residam na mesma localidade. Contudo, não há impedimento para que o instituto da guarda compartilhada seja aplicado, até mesmo, nos casos em que os pais residam em localidades diferentes.

Nesta modalidade de guarda, há igualdade nos poderes exercidos pelos pais em relação aos filhos. Os genitores compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas, e até mesmo em localidades diferentes²⁰.

Sobre esse posicionamento, ANDRÉ LUÍS DA SILVA FRANZOSO, afirma:

É fato que a guarda compartilhada não consiste na estrita divisão do tempo em que os filhos permanecem com os guardiões, tal situação é enquadrada como guarda alternada, situação na qual, como já referido em capítulo anterior do presente artigo, os filhos passam determinados períodos do mês com o pai e outros com a mãe, o que, em caso de grande distância entre as residências, fará com que os infantes tenham que enfrentar frequentes e longos deslocamentos, o que poderá vir a prejudicá-los em suas atividades escolares e amizades²¹.

No que diz respeito à necessidade de proximidade da residência entre os genitores para a aplicação da guarda compartilhada, a matéria não é unânime entre os aplicadores do direito. Dependendo do doutrinador e magistrado que atua no caso concreto, a guarda compartilhada pode ser

20 MESSIAS NETO, Francisco. Obra citada, p. 138.

21 FRANZOSO, André Luis da Silva. **Guarda Compartilhada: em favor de filhos e pais**. p. 53.

atribuída para pais que residam em localidades diferentes ou não. A fim de ilustrarmos a situação em que foi aplicada a guarda compartilhada no caso de pais residentes em localidades diferentes, tem-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²².

Divergências entre o casal e distância da residência que, embora, possam dificultar o exercício da guarda compartilhada não se prestam ao fim de obstá-la, principalmente, in casu, quando demonstrada à sociedade a harmoniosa convivência do menor com os pais. Imprescindibilidade do contato com os genitores para a formação da personalidade do menor. Comando judicial impugnado que estabelece os termos como a guarda compartilhada irá se efetivar e viabilizar a convivência frequente entre pai e filho, como forma de tornar mais efetiva a participação deste na criação e educação do menor.

Ao determinar o compartilhamento da guarda indica-se aos genitores a importância que o Estado atribui à convivência entre pais e filhos, de forma que possam ser superadas eventuais dúvidas acerca dos arranjos concretos da guarda, valorizando-se o aspecto simbólico do instituto, ou seja, de que não há um “pai principal e um secundário, um para todos os dias e um para finais de semana²³”.

É saudável que os filhos possam reconhecer os dois genitores como seus responsáveis, podendo, quando necessário, recorrer a qualquer um deles. Cabe ao Estado utilizar as ferramentas possíveis para que sejam asseguradas e estimuladas as relações entre pais e filhos após o desenlace conjugal, não ficando o vínculo afetivo e a convivência, dependentes exclusivamente de critérios negociais entre os genitores, mas sim assegurados pelo Direito²⁴.

22 TJRJ. Processo 0018447-84.2007.8.19.0002.

23 BRITO, Leila Maria Torraca de. & GONSALVES, Emmanuela Neves. “Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada”. In: **Revista dos Tribunais**, v. 886, ago. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

24 *Op. cit.*, p. 81.

1.4 Das Sanções pelo Descumprimento de Cláusulas Pactuadas na Guarda Compartilhada

*Art. 1.584, § 1º, do CC/02: Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e **as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.***

O art. 1.584, § 1º, do Código Civil de 2002, nos informa que o juiz deve informar aos genitores, dentre outras coisas, as sanções pelo descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada.

Por sua vez, o § 4º, do mesmo artigo, dispõe que:

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Da interpretação desses dois parágrafos que foram mencionados anteriormente é que se depreende o entendimento de que, tanto na guarda unilateral, quanto na guarda compartilhada, as sanções pelo descumprimento das cláusulas estabelecidas só serão aplicadas quando forem imotivadas. Assim, caso haja o descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada, sendo motivada, não ocorrerão as sanções.

Vale ressaltar que a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho, exposto no §. 4º, do art. 1.584, do Código Civil de 2002, representa, apenas, um exemplo das sanções que poderão ser aplicadas quando do descumprimento das cláusulas pactuadas na guarda compartilhada ou unilateral.

Sobre a temática temos o entendimento de MESSIAS NETO:

De modo que, havendo descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá o juiz aplicar,

além da sanção indicada no parágrafo 40 do art. 1.584 do Código Civil (a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor), outras modalidades que tenham como objetivo dar efetividade às decisões judiciais, que é questão de ordem pública, sempre salvaguardando os melhores interesses da criança²⁵.

Neste contexto, o juiz poderá determinar, como forma de sanção, a busca e apreensão, inversão de guarda, suspensão e destituição do poder familiar e multa cominatória – astreintes²⁶.

Importante destacar os ensinamentos de FLÁVIO GUIMARÃES LAURIA:

No que atine a busca e apreensão, importante lembrar que todos os esforços devem ser utilizados para procurar resguardar o filho desta medida extrema, cujos prejuízos psíquicos dela advindos podem se mostrar superiores ao bem que se pretende proteger²⁷.

E ignorar essas advertências implica negar vigência ao art. 227 da Constituição da República²⁸ e ao art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹.

25 MESSIAS NETO, Francisco, *in* obra citada, p. 26-27.

26 *Idem*, p. 27.

27 LAURIA, Flávio Guimarães, *in* obra citada, p. 100-101.

28 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 61-66 e 67. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2006: Com a *constitucionalização do direito* a Constituição, agora preocupada com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno, deixa de ser uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas e passa a incorporar de fato ao dia-a-dia dos tribunais, sendo invocada com grande frequência pelas partes e aplicada diretamente pelos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos e privados.

29 Art. 18 do ECA: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Flávio Guimarães Lauria³⁰ ressalta, ainda, transcrevendo da lição de Piero Perlingieri:

“Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, juridicamente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individuar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários, constitucionalmente relevantes³¹.”

CONCLUSÃO

Como pudemos observar ao longo deste trabalho, os institutos ligados à guarda compartilhada, como Poder Familiar, guarda e seu conceito, as formas de famílias admitidas no ordenamento jurídico pátrio, a dissolução do vínculo conjugal, a própria guarda compartilhada, são conceitos em constantes transformações. A sociedade muda a sua concepção a respeito desses institutos através de seres humanos que, normalmente, possuem ideias contrárias à grande maioria, mas que, por terem fundamentação, acabam influenciando poucas pessoas, até que esses pensamentos se tornem fato social, e, então, o direito o reconhece.

Assim foi o que aconteceu com o divórcio, que entrou em vigor com a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Somente em 1977, uma data relativamente recente, é que o divórcio foi permitido no Brasil. Atualmente, existem cartórios em que há mais divórcios do que casamen-

30 LAURIA, Flávio Guimarães, *in* obra citada, p. 134.

31 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis dos Direito Civil**, p. 156-157.

tos. Importante entendermos que o Código Civil de 1916, criticado por muitos operadores do direito, era preconceituoso (ex: o tratamento dispensado aos filhos havidos na constância do casamento e os decorrentes de relação extraconjugal não era o mesmo; a família advinha do casamento, o que veio a ser alterado, dando origem a uma nova concepção de família, podendo ser monoparental, união estável, entre heterossexuais ou homossexuais). Mas era preconceituoso porque a sociedade em que o Código Civil de 1916 entrou em vigor era preconceituosa. Tratava-se de uma sociedade essencialmente rural, em que a figura principal era a do senhor dono da fazenda. A mulher não era inserida no mercado de trabalho, tinha um papel subsidiário em relação ao homem. Passavam suas vidas a seguir seus maridos. Por consequência, por não trabalhar, não obter liberdade financeira, se colocavam em uma posição submissa, abaixo do homem. Ela era responsável pela criação dos filhos e o cuidado com o lar. Criou-se, então, a concepção de que a mulher é quem sabe varrer uma casa, a mulher é quem sabe cozinhar, lavar a louça. Por conta dessa evolução histórica é que o direito foi se amoldando. Naquela época, em que a mulher, supostamente, tinha maiores aptidões com o lar e com as crianças, é que ficou estabelecido que a guarda das crianças, não havendo culpa dos genitores, ficava diretamente com a mulher.

Essa postura preconceituosa não pode perdurar. Contudo, importante percebermos que é mais simples olharmos para o passado e termos a conclusão de que era um código preconceituoso, ou, que era uma sociedade preconceituosa. O difícil é fazermos o mesmo com a nossa atual sociedade. O difícil é percebermos na nossa sociedade e no nosso ordenamento jurídico vigente o que deve ser melhorado, hoje.

A guarda compartilhada representa um grande avanço na legislação familiar pátria. O cerne da discussão, quando da atribuição da guarda, passou a ser a criança e o seu melhor interesse. Antes da Lei 11.685/08 a regra era a guarda unilateral, agora, a compartilhada. Por óbvio, a saúde mental do menor passa pela presença de ambos os genitores nas tomadas de decisões cotidianas. Na presença do pai e da mãe a autoestima cresce mais calibrada. Não são poucos os relatos de crianças que alteram os seus

comportamentos quando passam por uma dissolução traumática do vínculo de seus pais. Há casos em que, após a dissolução, um dos genitores se afasta dessa criança, o que tem consequências que serão percebidas mais a diante.

Acredito que, assim como o divórcio era impensável antigamente, deve ser criada a cultura de que o filho é pra sempre, diferente da relação conjugal. Isso deve ser aplicado na prática. Os desafetos devem ser esquecidos, dando lugar à responsabilidade acordada anteriormente, de criar e desenvolver a personalidade da criança, da forma mais sadia possível.

Nesse contexto, à luz do princípio do melhor interesse da criança, a guarda compartilhada deve ser aplicada pelos juízes, até mesmo, quando não requerida pela parte. Deve ser aplicada ainda que os pais não queiram, ou mesmo que os pais não residam juntos e não tenham a melhor das relações (fazendo, neste caso, o uso da medição). É nesse contexto que defendo que a responsabilidade civil de ambos os pais deva ser solidária, uma vez que, tanto na guarda compartilhada, como na unilateral, ainda que o filho resida apenas com um dos genitores, é melhor para a criança que ela seja acompanhada, instruída, educada, por ambos os pais. A responsabilidade civil, nesse caso, nada mais é do que uma consequência do direito que as crianças têm de se desenvolverem com a presença de ambos os pais. A responsabilidade solidária representa um incentivo para que os pais criem os seus filhos, e, ainda, representa uma sanção para aqueles que se escusaram dessa obrigação.

A forma ideal de se conseguir idosos, adultos, adolescentes educados, corretos, éticos e saudáveis é começando esse desenvolvimento cedo, quando ainda são crianças. As crianças, dessa forma, representam o caminho para uma sociedade mais igualitária e humana. Elas representam o cerne do instituto mais importante de nossa sociedade, a família. Portanto, o Estado, entendendo que aquela situação concreta é caso de guarda compartilhada, deve resguardá-la. Um Estado em prol da criança é uma sociedade em prol do futuro. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, **A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/08**.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay, LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. “Guarda Compartilhada: A Justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe”. **Revista Juris Plenum**. Ed. Plenum - Ano VI, nº 31 - Janeiro de 2010.

BARBOSA, Águida Arruda. *Apud* VIEIRA, Cláudia Stein e GUIMARÃES, Manha Pinheiro. “Guarda compartilhada tal como prevista na Lei 11.689/2008”. *In: Guarda Compartilhada*. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 61 — 66 e 67. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BRITO, Leila Maria Torraca de, e GONSALVES, Emmanuela Neves. “Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada”. *In: Revista dos Tribunais*, v. 886, ago. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 191 e 192. Editora São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 50 v. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANZOSO, André Luís da Silva. **Guarda compartilhada: em favor de filhos e pais**. Porto Alegre, p. 52.

GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 395. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**, p. 344. Editora São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. VI. Editora Saraiva, 2007. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. “Guarda compartilhada: a mediação como instrumento”. *In: Guarda Compartilhada*. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado, São Paulo: Método, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Código Civil comentado**, v. XVI.

MARTINS, Ronaldo Álvaro Lopes, *in Revista de Direito*, TJ-RJ. Nº 65, p. 83. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2005.

MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p. 11-12, jul./set. 2009.

ROSA, Conrado P. da, citando Mário Moacyr Porto. “Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 555, p. 14, jan. 1982.

SANTOS NETO. José de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1993.

SILVANA, Maria Carbonera. **Guarda de filhos - Na família Constitucionalizada**, p. 64. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”. *In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. *In: Guarda Compartilhada*. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.