

**GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO DE FAMÍLIA:
NOTAS SOBRE O COMPARTILHAMENTO DO AMOR**

Hildemar Meneguzzi de Carvalho¹

RESUMO

O presente artigo, construído pelo método indutivo, aborda os reflexos jurídicos e psicológicos da guarda compartilhada. O tema justifica-se na consagração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é preservado quando, mesmo após a separação, ambos os genitores participam do desenvolvimento dos filhos. O texto aborda as modalidades de guarda praticadas pelas famílias e aplicadas pelo Poder Judiciário, com especial foco à guarda compartilhada, seu conceito, suas peculiaridades, vantagens e problemáticas. Com percepção sistêmica e sob a vertente da humanização do direito, busca-se promover uma reflexão geral a respeito da importância do compartilhamento da guarda dos filhos.

Palavras-chave: Direito de família. Família contemporânea. Guarda compartilhada. Melhor interesse da criança e do adolescente.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa expor a viabilidade e os efeitos positivos da guarda compartilhada. Concernente à problemática do tema, esta gira em torno das resistências apresentadas pela sociedade para aplicação da guarda compartilhada e da ignorância de alguns juristas e da população em geral sobre o conceito e funcionamento desta modalidade.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1985). Aluna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC (1987). Aprovada no Concurso da Magistratura Catarinense (1989). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2008). Graduada em Psicologia pela Associação Catarinense de Ensino - Faculdade Guilherme Guímbala (2013). Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (2016). Juíza de Direito de Segundo Grau do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: hmc3772@tjsc.jus.br.

Construído pelo método indutivo, que consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colacioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, 2011, p. 86), o trabalho tem como objeto de investigação a guarda compartilhada como ponto-chave para manutenção da convivência entre pais e filhos e a resolução de demandas judiciais envolvendo o núcleo familiar.

2 MODALIDADES DE GUARDA

No momento histórico marcado pelo modelo de família patriarcal, a guarda dos filhos era incontestavelmente do marido/genitor, sendo a esposa/genitora submissa às suas determinações. Nesse cenário, a guarda dizia respeito às prerrogativas do genitor, no sentido de que cabia apenas a ele educar, castigar e gerir as demais questões atinentes aos filhos, os quais, naquela época, não eram sujeitos de direitos, mas propriedade do *pater familias*. A mulher, outrossim, era considerada relativamente incapaz para exercer os atos da vida civil, sendo inibida, em consequência, de exercer as responsabilidades inerentes à paternagem.

O posterior crescimento da industrialização demandou que os homens passassem a maior parte do tempo fora do lar, para trabalhar e prover o sustento da família, já que ainda era predominante a figura do homem provedor. Nesse contexto, foi dada centralidade à mulher, como responsável pelo bem-estar da família, domesticamente falando: “A revolução industrial removeu os pais de casa, promoveu a feminilização da vida doméstica e criou o ideário do ser pai é uma coisa, participar em casa é outra” (GOETZ; VIEIRA, 2010, p. 43).

No mercado de trabalho, a inserção da mulher foi inicialmente tímida, sendo prática comum que indústrias de sacaria, peças de vestuário e alfaiataria contratassem costureiras para efetuar seus trabalhos em casa (CALIL, 2007, p. 15). A concepção da época era a de que o trabalho da mulher era antissocial em termos econômicos, bem como a de que implicava a desonra do marido permitir que a esposa assumisse emprego sem a sua autorização (CALIL, 2007, p. 17). No respectivo cenário, os papéis com relação à guarda dos filhos inverteram-se e a esposa/genitora passou a ser considerada mais apta do que o marido/genitor para cuidar dos filhos.

Para mostrar como a preferência da guarda foi transferida, pouco a pouco, do pai para a mãe, realiza-se um comparativo legislativo, começando com o Código Civil de 1916, que, na sua redação original, previa que, na ausência de cônjuges inocentes (no sentido

de não ter dado causa à ruptura conjugal), a guarda das filhas, enquanto menores, seria delimitada em favor da mãe, assim como a guarda dos filhos até os seis anos de idade, quando, então, seriam entregues ao pai (Código Civil de 1916). Tal perspectiva mudou com a Lei 4.121/1962, que modificou a letra da lei para dispor que, sendo ambos os cônjuges culpados, os filhos menores ficariam com a mãe, sem distinção de sexo. E depois, com o advento da Lei 5.582/1970, que modificou o art. 16 do Decreto-Lei 3.200/1941, salvo no caso de prejuízo para a criança e o adolescente, a guarda dos filhos seria fixada automaticamente em favor da mãe (Código Civil de 1916). Essa preferência pela genitora tomou corpo após a Reforma de 1977 (Lei 6.515/1977), que representou o reconhecimento do caráter insubstituível da mãe na educação do filho, sobretudo durante a tenra idade (SOTTOMAYOR, 2014, p. 285).

Constatou-se, assim, além da mudança legislativa, uma verdadeira transformação cultural. O pai deixou de ser a pessoa mais adequada para desempenhar o papel de guardião. Esse foi o reflexo das primeiras lutas feministas no período pós-revolução industrial, que buscaram garantir o direito das mães à guarda dos filhos e afastar a visão de que a criança e o adolescente eram propriedade dos pais (SOTTOMAYOR, 2014, p. 284).

Naturalmente, no correr da história passou-se a idealizar um maior equilíbrio na fixação da guarda, principalmente com a inserção da mulher no mercado do trabalho, situação que demandou uma divisão mais equitativa das tarefas domésticas, inclusive na educação dos filhos. Essa modificação de funções familiares contribuiu para o abandono gradativo da primazia à genitora na atribuição da guarda (BARRETO, 2003). Nos anos que se seguiram à década de 1970 até atualmente, ocorreu uma grande metamorfose em relação à divisão igualitária e responsável das responsabilidades atinentes aos filhos (GOETZ; VIEIRA, 2010, p. 44). Não poderia ser diferente, com fulcro nos princípios da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros e melhor interesse da criança e do adolescente.

É o que se busca hodiernamente: o exercício equilibrado do poder familiar, independentemente da modalidade de guarda escolhida pela família – ou pelo juiz, se não houver acordo entre os litigantes processuais.

Com relação aos tipos de guarda, o art. 1.583 do Código Civil prevê que ela poderá ser desempenhada de forma unilateral ou compartilhada (Código Civil), levando-se em consideração para sua fixação diversos fatores objetivos e subjetivos. À guisa de exemplo, Maria Dolores Cunha Toloi elenca o sentimento de amor, os laços afetivos com o genitor ou genitora, a habilidade do possível titular da guarda de prover o sustento, educação e lazer, a

saúde dos genitores, as condições da possível residência, a habilidade do pai guardião ou mãe guardiã de encorajar o convívio saudável entre filho e genitor não guardião, entre outros aspectos (TOLOI, 2010, p. 39).

Em que pese o Código Civil fazer menção apenas à guarda unilateral e compartilhada, a doutrina e jurisprudência reconhecem a existência da guarda alternada. A seguir serão explicadas todas essas modalidades e apontadas suas principais características e peculiaridades.

Por oportuno, se unilateral, alternada (com as ressalvas que serão feitas à frente) ou compartilhada, o que importa é que a modalidade de guarda atenda aos direitos dos filhos e permita, em consequência, o pleno exercício dos deveres dos genitores.

2.1 Guarda unilateral

Também chamada de guarda exclusiva ou custódia unipessoal, a guarda unilateral é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.583, § 1º, do Código Civil); ou seja, apenas um dos genitores ou responsáveis recebe a guarda física e jurídica da criança ou adolescente (PINTO, 2013, p. 6), representada pela posse e vigilância diuturna do filho que reside sob o mesmo teto (MADALENO, 2015, p. 111). A guarda exclusiva implica a assunção pelo genitor guardião de todos os direitos e deveres relacionados à prole, os quais eram exercidos de forma conjunta por ambos os genitores antes da ruptura conjugal.

Nos termos do art. 1.689 do Código Civil, o genitor guardião ocupa-se de atribuições no campo patrimonial, visto que administra os bens do filho. Assume, também, o dever de reparação de eventuais danos causados pelo filho, no âmbito da denominada responsabilidade civil indireta, preconizada pelo art. 932, I, do Código Civil. É possível dizer que, por meio da custódia unilateral, ocorre uma verdadeira redistribuição dos papéis parentais (GRISARD FILHO, 2014, p. 106), com especial concentração das responsabilidades no genitor guardião.

De outra banda, cabe ao genitor não guardião exercer a visitação e a supervisão dos interesses do filho, nos termos do § 5º do art. 1.583 do Código Civil, sendo que o dispositivo de lei confere a qualquer dos genitores ou responsáveis a legitimidade para solicitar prestação de contas e informações concernentes a “assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos” (Código

Civil). Isso quer dizer que, embora a guarda seja atribuída ao outro genitor, ainda subsistem certos direitos (assim como obrigações) para o genitor não guardião.

Essa obrigatoriedade de fiscalização manifesta o exercício indireto da responsabilidade parental, traduzindo-se no cuidado e diligência do não guardião pelo integral desenvolvimento dos filhos (GRISARD FILHO, 2014, p. 116). Tenha-se presente que não se trata somente de um direito, mas dever do pai ou mãe vincular-se, com comprometimento e retidão, a essa tarefa – de fiscalização do crescimento do filho. É dessa forma que o genitor não guardião cuida do modo como o genitor guardião está conduzindo o seu encargo (GRISARD FILHO, 2014, p. 117).

Destaca-se que “sempre que houver exercício incorreto do múnus, pode o genitor não guardião reclamar ao juiz providências para a reparação do deslize” (GRISARD FILHO, 2014, p. 117). Repisa-se que a guarda pode ser modificada a qualquer momento, se ficar demonstrado que isso atenderá ao melhor interesse da criança ou adolescente.

Waldyr Grisard Filho sintetiza que a guarda unilateral é representada pelo direito de reter o filho junto de si e de fixar-lhe a residência, estando implícita a convivência cotidiana com a criança ou adolescente. Nesse viés, o autor comenta que cabe ao genitor guardião velar, proteger, educar e sustentar o filho, direitos estes que encontram fronteiras nos de visitação, acompanhamento e fiscalização garantidos ao outro, o não guardião (GRISARD FILHO, 2014, p. 107).

Historicamente, a guarda unilateral tinha relação com um sistema que privilegiava os interesses dos genitores, em detrimento dos filhos, e que se preocupava com a questão da culpa pela separação. Não é a realidade dos dias de hoje. No direito contemporâneo, em que pese a preferência legal pela guarda compartilhada, a modalidade unilateral é amplamente aplicada pelo Poder Judiciário, em atenção à aparente estabilidade que ela oferece aos filhos.

Se é preciso delimitar uma desvantagem da guarda unilateral, é mister destacar a possibilidade de afastamento do genitor não guardião, nos casos em que não é possível exercer a visitação com periodicidade (seja em razão da distância de moradia, do regime de trabalho, etc.) ou em que há impedimento por parte do genitor guardião, especificamente nos casos de alienação parental. O fato de um genitor possuir a total gestão das questões relacionadas ao filho pode representar uma desigualdade de posição parental e, conseqüentemente, maiores disputas e conflitos entre os genitores, “[...] pois o guardião pode sentir e achar que não deve qualquer satisfação ao não guardião, propiciando um afastamento

progressivo do não guardião, que só vê os filhos nos finais de semana [...]” (THOMÉ, 2013, p. 17.648).

Inclusive, quando é fixada a guarda na modalidade unilateral, a visitação comumente afigura a principal fonte de conflitos entre os genitores, porquanto nem sempre há disponibilidade. Nem sempre o dia de visita é um bom dia, para o genitor ou para a criança/adolescente. Além desse fator, ao contrário do genitor guardião – ao qual é atribuída a autoridade parental em toda a sua extensão –, o genitor não guardião tem seus poderes de pai ou mãe naturalmente enfraquecidos, visto que não é possível exercê-los com a mesma intensidade (GRISARD FILHO, 2014, p. 105). Com efeito, as visitas periódicas podem apresentar efeitos destrutivos sobre o relacionamento entre o genitor não guardião e o filho, devido às angústias dos encontros e separações repetidas (GRISARD FILHO, 2014, p. 105).

A doutrina mais crítica fala que a guarda unilateral, se aplicada como regra geral, acarreta a diminuição dos cuidados inerentes ao poder familiar daquele genitor a quem não foi atribuída a guarda (THOMÉ, 2013, p. 17.660). É mister falar da inegável preconceção que se formou na sociedade brasileira, no sentido de que a mãe sempre seria a pessoa mais apta ao exercício da guarda unilateral, relegando-se ao pai o papel de visitante e pagador de pensão alimentícia.

É questão cultural, consoante estudo realizado por Érika Figueiredo Reis, que observa que o próprio homem tende a inferiorizar a sua função como pai e supervalorizar o papel da mulher e a sua maternagem (REIS, 2009, p. 187). Por óbvio, defende-se que tal concepção precisa ser desconstituída para que os genitores compreendam e aceitem outras modalidades de guarda, como a compartilhada, por exemplo, e que internalizem que o pai também é capaz de exercer as funções de cuidado que os filhos exigem (CUNICO, 2010) e tanto necessitam.

Não obstante, salvaguarda-se que a modalidade unilateral pode apresentar bons resultados se houver flexibilidade nas combinações dos genitores. Não se ignoram as vantagens oferecidas por esse tipo de custódia, visto que, comumente, ela possibilita o estabelecimento de rotinas e regras direcionadas aos filhos, o que não acontece na modalidade alternada, diga-se de passagem, de acordo com as críticas que serão tecidas no tópico seguinte.

2.2 Guarda alternada

A guarda na modalidade alternada, como o próprio nome sugere, implica a divisão, entre os genitores, da guarda unilateral – material e jurídica – dos filhos, sendo praxis a alternância de residências. Quando o filho está na casa da mãe, a ela cabe exercer a guarda exclusiva. Após determinado período de tempo – “[...] que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia [...]” (AKEL, 2008, p. 114) – o filho vai para a casa do pai, momento em que este deterá a totalidade dos poderes e deveres que integram o poder parental. Em suma, é como se a guarda unilateral fosse exercida de forma alternada – ora pelo pai, ora pela mãe.

A doutrina minoritária apresenta vantagens desse tipo de guarda para manutenção do vínculo parental. Segundo Paulo Lôbo (2003, p. 122) a guarda alternada pode propiciar grandes benefícios, como na hipótese do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento/união estável, para que a convivência familiar torne-se uma realidade. No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 259) defende que a alternância pode oportunizar uma relação mais estreita com cada genitor, com a ressalva de que as residências da mãe e do pai devem manter as mesmas condições de ambiente familiar, de modo que os filhos não façam distinções entre elas. O proveito dessa modalidade depende de que os genitores não insiram a prole em desavenças conjugais; caso contrário, os filhos podem entrar numa espécie de jogo de “petecas” (MESSIAS, 2006, p. 26), sendo jogados de um lado para outro, em meio aos conflitos de seus pais.

O maior desafio da guarda alternada é propiciar estabilidade aos filhos, considerando o revezamento de casas e os diferentes modos de educar. Se o arranjo dos genitores não propicia estabilidade e rotina, a modalidade de guarda opõe-se ao princípio da continuidade, que deve ser respeitado em consonância ao bem-estar físico e mental da criança e do adolescente (AUGUSTO, 2009, p. 12). Afinal, “quando não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno” (BONFIM, 2005). Esse movimento de ir e vir gera natural ansiedade e temores, o que leva esse tipo de guarda a ter menos chances de sucesso (AZAMBUJA; LARRATÉA; FILIPOUSKI, 2009, p. 115).

Instaura-se a problemática do desequilíbrio, por exemplo, quando a mãe determina que o filho durma cedo e o pai deixa que o filho durma tarde; ou quando a mãe permite que o filho use videogame à vontade e o pai impõe horários e condições para

diversão. São diferentes regras e limites, e isso é extremamente prejudicial para os filhos, que demandam, além de relações sociais e espaciais sólidas (BRANDÃO, 2002, p. 77), a consolidação de valores e padrões (SILVA, 2011, p. 127).

Por oportuno, merece esclarecimento a diferença entre guarda alternada e o aninhamento ou nidação, modalidade em que a criança permanece na mesma residência, competindo aos pais, em períodos alternados, revezarem-se nos cuidados com a prole (AZAMBUJA; LARRATÉA; FILIPOUSKI, 2009, p. 115); ou seja, “[...] cada pai possui sua própria residência e eles que visitam seu filho, que também possui sua residência” (AUGUSTO, 2009, p. 13). É um modelo de cuidado raro e de difícil aplicação, frente à realidade social e econômica do país.

Da mesma forma que a guarda alternada, o aninhamento ou nidação não tem como essência a estabilidade dos filhos. Em ambos os casos (guarda alternada ou aninhamento) os filhos não estabelecem um relacionamento estável com os pais, sob o ponto de vista psíquico e emocional, considerando as inúmeras mudanças, seja dos genitores, seja deles mesmos ou do ambiente familiar, no transcorrer de sua infância e adolescência (BRANDÃO, 2002, p. 77).

Isto posto, a guarda alternada é comumente confundida com a guarda compartilhada, esta que será abordada no próximo capítulo. Vislumbrar-se-á que as modalidades nada possuem em comum, uma vez que na primeira os genitores revezam-se no exercício do poder familiar, enquanto na segunda literalmente o compartilham.

3 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada surgiu num cenário de desequilíbrio dos direitos parentais, de uma cultura que inicialmente atribuiu os poderes soberanos sobre os filhos aos pais e, posteriormente, às mães (de forma exclusiva, pois estas teriam, em razão da maternagem, melhores condições para cuidar da prole). O princípio da igualdade entre homem e mulher, consagrado pela Constituição Federal de 1988, demandou que os pais apoderassem-se de suas responsabilidades perante os filhos, rompendo com a ideia de posse sobre a prole e alimentando a perspectiva de ampla convivência familiar.

Nessa esteira, revela-se a guarda de modalidade compartilhada, que implica a corresponsabilização entre pai e mãe (SILVA, 2011, p. 101). A autoridade parental é exercida de forma igualitária, quase que da mesma maneira como os genitores faziam quando

estavam unidos conjugalmente (SILVA, 2011, p. 101). Na definição do psicanalista Sérgio Eduardo Nick (1977, p. 135), por meio da guarda compartilhada os filhos podem ser assistidos por ambos os genitores, os quais têm uma paridade maior no cuidado da prole e efetiva autoridade legal para tomar decisões importantes relacionadas ao bem-estar dos filhos.

Esse tipo de guarda almeja, em síntese, assegurar o melhor interesse das crianças e adolescentes, a fim de protegê-los e de proporcionar-lhes estabilidade emocional, tão necessária para formação equilibrada de suas personalidades.

A guarda compartilhada condiciona subjetividades que vão além da simples letra de lei e assertividade do direito, sendo um instituto relativamente novo que enfrenta problemáticas humanas de ordem sentimental, emocional, moral, psicológica e social (LEIRIA, 2000, p. 5).

Desde a delimitação, compreensão, aceitação e, posteriormente, execução da guarda compartilhada, é constatado que a família passa por um processo de transição. Os genitores precisam aprender a compartilhar as responsabilidades atinentes aos filhos, mantendo, na medida do possível, os antigos referenciais, ainda que não residam mais sob o mesmo teto. Nesse contexto, é comum que surjam dúvidas e dificuldades, cujas soluções nem sempre são apresentadas pela área jurídica.

Por esse motivo, é indispensável o diálogo epistemológico entre as mais variadas disciplinas (BUCHER-MALUSCHKE, 2007, p. 95), isto é, a mescla do direito com outras áreas do conhecimento que têm, na família, seu objeto de estudo e identificação, como a psicologia, psicanálise, sociologia e assistência social. Hodiernamente, valoriza-se a interferência da psicanálise nos tratos familiares justamente porque o Direito de Família trata de relações afetivas, complexas e subjetivas (CRUZ, 2016, p. 219). No tocante aos magistrados, a busca pela psicanálise visa melhorar a compreensão dos aspectos psicodinâmicos inerentes aos sujeitos cujos casos estão sob sua responsabilidade (BUCHER-MALUSCHKE, 2007, p. 94).

A questão da guarda dos filhos transborda em problemas psicoemocionais, por ser um estágio de vida marcado pela descontinuidade da família, precedida por uma crise e seguida de transformações estruturais: “nos processos de família lidamos com pessoas e a singularidade de cada um de seus membros não pode ser ignorada. Faz-se, assim, necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos” (GRISARD FILHO, 2014, p. 181).

Deste modo, advoga-se no sentido de que o Poder Judiciário não mais se limite aos aspectos materiais da questão. Não pode se limitar. Cada vez mais, demanda-se que o magistrado manifeste-se com sensibilidade sobre o conteúdo afetivo, emocional e extrapatrimonial do processo, com o objetivo de manter os vínculos parentais após a ruptura da relação conjugal (GRISARD FILHO, 2014, p. 234).

Embora a lei seja clara sobre a necessidade de regularização da guarda (com preferência à modalidade compartilhada), a sua aplicação pelo magistrado precisa estar amparada na compreensão do que os filhos e a disputa judicial representam para o ex-casal (LAGO; BANDEIRA, 2008, p. 223). Toda e qualquer decisão do magistrado (salvo nos casos de acordo) demanda subsidiar o interesse emocional e material dos filhos (SILVA, 2003, p. 77), e não dos pais; bem como observar a dinâmica familiar que motivou as partes a ingressarem em juízo e a disputarem a guarda, análise que só é possível graças à atuação de equipe interdisciplinar.

Inclusive, no tocante à interdisciplinaridade, os estudos efetuados sobre o tema levam à concepção de que a legislação relacionada à guarda compartilhada, para ser aplicada com sucesso, deve somar-se ao diagnóstico dos fatores sociais da família, da forma como o pai e a mãe estão inseridos na sociedade, da coletividade em que vivem, da ternura (in)existente nos seus relacionamentos, da capacidade de compreender as diferenças do pensar das outras pessoas, do saber dar e receber, acolher e compartilhar (LEIRIA, 2000, p. 11), dentre outros, numa amostra do quão intáctil é o tema.

Essa concepção ampla do Direito de Família visa pluralizar e ampliar o universo relacional, ou seja, abrir caminhos para relações mais ricas, numerosas e flexíveis (REIS, 2009, p. 172 e 174), sem imposições de laços exclusivos, como a guarda unilateral, por exemplo. Dito de outro modo, “o interessante seria pensar na possibilidade e na liberdade de se participar de relações privilegiadas em termos plurais” (REIS, 2009, p. 172), tal qual a guarda compartilhada. Mesmo porque, desde os primeiros anos de vida, a criança vivencia um ambiente familiar pluralista e democrático, no qual existem, em regra, dois diferentes centros de poder, personificados na figura do pai e da mãe (QUINTAS, 2010, p. 54-55).

É inegável, portanto, que essa modalidade de guarda não é apenas instituto jurídico, até porque “um direito, em seus efeitos reais, está muito mais ligado a atitudes, a esquemas de comportamento do que a formulações legais”, no pensar de Foucault (2004, p. 119). Logo, a questão é multidisciplinar, que se constrói, cada dia mais, na intersecção da psicologia jurídica; esta que permite compreender de forma segura os fenômenos emocionais

que envolvem a família candidata ao compartilhamento da guarda. Daí a importância da investigação sistêmica sobre os aspectos tanto jurídicos quanto psicológicos da guarda compartilhada.

Tratando da origem da guarda compartilhada, nos anos 60, foi proferida a primeira decisão sobre a guarda compartilhada (*joint custody*), na qual o tribunal inglês privilegiou o interesse maior da criança e adolescente, bem como a igualdade parental (FONTES, 2009, p. 24). Tal precedente repercutiu na França, no Canadá e, depois, no resto do mundo.

Gisele Câmara Groeninga (2016, p. 145) comenta que a guarda compartilhada surgiu à medida em que as relações sociais foram se modificando, assim como o exercício das funções parentais. Para a autora, o instituto é fruto do afastamento das famílias dos ideais tradicionais, do aumento das rupturas conjugais, da conscientização sobre a importância do afeto e dos impasses relativos ao exercício da parentalidade pós-separações (GROENINGA, 2016, p. 145).

No Brasil, a guarda compartilhada foi instituída e disciplinada pela Lei n. 11.698/2008 e, posteriormente, pela Lei n. 13.058/2014. Referidas normas promoveram alterações significativas em alguns dispositivos do Código Civil, para estabelecer o significado da guarda compartilhada, bem como dispor sobre a sua aplicação. É mister destacar que, antes do advento da primeira lei, a guarda compartilhada já era possível no país, embora não regulamentada.

A partir de então, o §1º do art. 1.583 do Código Civil passou a conceituar a guarda compartilhada como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Para Ana Carolina Silveira Akel (2016, p. 41), o dispositivo supracitado visou tutelar o direito dos filhos de terem pais igualmente engajados e comprometidos na sua criação e no atendimento dos deveres parentais. Para Lúcia Cristina Guimarães Deccache (2016, p. 210), a norma intentou evitar o rompimento da relação de amor entre pais e filhos, na perspectiva do melhor interesse da criança e do adolescente. Para Giselle Câmara Groeninga (2016, p. 157), a lei visou resgatar o exercício complementar da responsabilidade atinente ao poder familiar, afastando os paradigmas da culpa e da exclusão, para dar espaço aos paradigmas da responsabilidade e da inclusão.

3.1 Conceito de guarda compartilhada

Etimologicamente, a expressão compartilhar significa “[...] ter ou tomar parte em; participar de; partilhar com alguém; compartilhar” (Novo Dicionário Aurélio). Juridicamente, a guarda compartilhada é compreendida como uma forma de custódia em que os filhos possuem uma residência principal/base e em que ambos os genitores, do ponto de vista legal, são detentores do mesmo dever de guardar a prole (MOTTA, 1996, p. 19). É conceituada por Denise Maria Perissini da Silva (2011, p. 101) como modalidade em que os pais conhecem, discutem, decidem e participam em igualdade de condições da educação dos filhos, da mesma forma como faziam quando estavam unidos conjugalmente.

O cuidado compartilhado, então, é imprescindível. Afinal, dar educação aos filhos reivindica o concurso de ambos os genitores, visto que educar não depende da competência exclusiva do pai ou da mãe (GRISARD FILHO, 2014, p. 171). A guarda compartilhada é marcada pela flexibilidade, sem cronogramas fixos ou rígidos, e busca propiciar aos filhos maior contato com seus genitores (FUJITA, 2016, p. 197). Diferentemente da guarda unilateral, na guarda compartilhada os pais dividem todos os direitos e deveres decorrentes do poder familiar (AZAMBUJA; LARRATÉA; FILIPOUSKI, 2009, p. 114) e precisam adotar um entendimento mínimo em função dos filhos (GROENINGA, 2016, p. 146). São demandados na família alguns ajustes, de acordo com as rotinas e interesses pessoais da criança ou adolescente, que precisam ser conciliados por meio da cooperação e da renúncia dos genitores (MADALENO, 2015, p. 190).

O conceito de guarda compartilhada leva a crer que a modalidade é facilitadora de relações solidárias e altruístas, bem como do exercício equilibrado das responsabilidades parentais (GROENINGA, 2016, p. 157). Pai e mãe podem usufruir com plenitude a relação com seus filhos, decidindo, em conjunto, questões relacionadas à saúde, religião, lazer e escola, por exemplo (AKEL, 2016, p. 43).

Por ser desta forma, a guarda compartilhada respeita o preceito constitucional do exercício do poder familiar, de que tal “[...] obrigação-dever não cabe somente à figura paterna, mas sim a ambos, tanto à paterna quanto à materna” (SILVA, 2011, p. 101).

Com efeito, esse compartilhamento minora os efeitos negativos de uma separação, considerando que os filhos continuam recebendo os devidos cuidados de ambos os pais, como expressão de um dever (responsabilidade em sentido objetivo) e como a expressão

mais pura do sentimento de amor (responsabilidade em sentido subjetivo) (DECCACHE, 2016, p. 204).

Sobre esse último ponto – responsabilidade em sentido subjetivo –, Luiz Schettini Filho (2000, p. 68) expressa que uma das necessidades mais básicas de sobrevivência é a presença afetiva e que “[...] a forma mais eficiente de expressarmos o amor ao filho é manifestá-lo através de nossa presença na vida deles”. E bem complementa que a presença não diz respeito apenas à vigilância, “[...] mas a presença de quem ouve, acaricia e acompanha” (SCHETTINI FILHO, 2000, p. 68).

Dos diversos conceitos, extrai-se que essa modalidade de guarda reveste-se de meio idôneo para afiançar o efetivo exercício da coparentalidade no âmbito da relação familiar rompida em decorrência da separação dos pais, mantendo aceso o laço familiar e impedindo que o sistema da guarda unilateral afaste e desestimule a presença e a participação do genitor não guardião.

Acredita-se que o exercício da guarda compartilhada leve, com o tempo e na medida da aceitação dos genitores, à coexistência de pais dedicados aos filhos, presentes em cuidados, igualmente plenos de ternura e “[...] despojados dos seus cacoetes de sempre priorizarem os seus interesses pessoais” (MADALENO, 2015, p. 191).

Embora o conceito seja bastante explicativo, a guarda compartilhada apresenta algumas peculiaridades que, muitas vezes, levam as pessoas a confundirem essa modalidade com a guarda alternada. São detalhes que tornam esse tipo de guarda único, merecendo maior elucidação.

3.2 Peculiaridades da guarda compartilhada

A Lei n. 13.058/2014 trouxe ao art. 1.583 o § 2º, para dispor que, na guarda compartilhada, “[...] o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. De pronto, já se critica essa redação, visto que leva à pura e equivocada interpretação de que a guarda compartilhada é caracterizada pela alternância do tempo de convívio dos pais com os seus filhos.

É de ser relevado que a guarda compartilhada não implica, necessariamente, a divisão de tempo, mas a divisão das responsabilidades atinentes à prole. Compartilha-se a guarda jurídica, isto é, “[...] aquela que constitui para os pais o elemento de deveres e direitos

legais e jurídicos na condução assistencial e educacional dos filhos” (SILVA, 2011, p. 130), independentemente da existência da guarda física, ou de os filhos permanecerem na companhia de um dos genitores nos finais de semana, férias ou feriados.

Essa é a essência que precisa ser extraída do dispositivo supracitado; ou seja, a concepção de que a guarda compartilhada representa não só a perfeita equivalência entre os progenitores, mas a neutralidade e a dessexualização da guarda (PITCH, 2003, p. 157), no sentido de que ambos os genitores são plenamente habilitados para educar e prover os filhos, ainda que não mais se relacionem conjugalmente; de que homens são capazes de cuidar dos filhos; e de que o cuidado infantil não é uma especialização feminina.

Inexiste, assim, obrigatoriedade de divisão de convívio na guarda compartilhada, porquanto não se está falando da guarda alternada. Como se depreende da obra de Rafael e Rolf Madaleno (2015, p. 195), a divisão do poder familiar não está e nunca esteve condicionada à divisão do tempo de convivência dos filhos com seus genitores (MADALENO, 2015, p. 190). Tampouco tem relação com a repartição do tempo dos filhos para a satisfação dos progenitores: “a divisão de tempo e a divisão de decisões não estabelecem nenhuma produtiva conexão” (MADALENO, 2015, p. 190). Por óbvio, o compartilhamento legal da custódia dos filhos tende a ampliar o tempo de convívio dos filhos com o genitor que deixou a residência comum, porém não é a regra.

Também é equivocada a ideia nutrida pela sociedade em geral, até mesmo pela comunidade jurídica, de que a guarda compartilhada afasta a fixação de um domicílio-base para os filhos e a delimitação de visitas para o genitor não convivente, já que no regime da guarda compartilhada não há o chamado trânsito livre (AZAMBUJA, LARRATÉA; FILIPOUSKI, 2009, p. 119) dos ex-cônjuges ou companheiros na residência do outro.

Não é certo, ainda, o pensamento de que a guarda compartilhada representa a isenção do pagamento de pensão alimentícia. Repisa-se que a guarda compartilhada implica o compartilhamento das responsabilidades parentais, e não o compartilhamento da criança, como se objeto fosse.

Juridicamente falando, embora a modalidade compartilhada tenha como principal característica a flexibilidade do seu exercício, convém ressaltar que outras questões precisam ser discutidas e delimitadas e que flexibilidade não significa ausência de regras: “alguns pressupostos necessitam ser fixados, não por mera exigência do modelo, mas porque a estabilidade emocional do menor assim exige” (JULIANI, 2012, p. 66).

Fala-se de requisitos tais como diálogo, compreensão, boa vontade, consciência e educação – diálogo para possibilitar a tomada conjunta de decisões; compreensão para entender as necessidades dos filhos e aceitar o agir do outro; boa vontade para cumprir, sem complicações, as medidas que a modalidade de custódia exige; consciência para colocar a parentalidade acima das desavenças conjugais; e, por fim, educação para evitar trocas de ofensas ou qualquer tipo de desqualificação mútua na presença da prole (JULIANI, 2012, p. 73-74).

São essas algumas peculiaridades da guarda compartilhada. É precípuo que, no acordo ou na sentença judicial, conste qual será a residência-base dos filhos – e como serão realizadas eventuais visitas –, qual será o valor pago a título de pensão alimentícia e como será desenvolvido o plano de educação da criança ou do adolescente.

3.2.1 DELIMITAÇÃO DO DOMICÍLIO-BASE

Ao contrário da guarda alternada e bem diferente do senso comum sobre o tema, a guarda compartilhada demanda a fixação de uma residência-base para permanência dos filhos. Não há alternância de residências (fator prejudicial ao desenvolvimento da criança e do adolescente), porquanto “[...] durante a infância e juventude, deve-se evitar grandes alterações na rotina de vida do menor, permanecendo inalterado e, conseqüentemente, em segurança tudo o que for imprescindível” (GRISARD FILHO, 2014, p. 169).

Edward Teyber (1995, p. 130) sentencia que mudanças são estressantes. Por essa razão, defende-se que os filhos da guarda compartilhada necessitam de um centro de apoio e de uma continuidade espacial (além de afetiva); ou seja, um ambiente onde possam fincar raízes físicas e sociais, onde desenvolvam aprendizagens da vida e com o qual sintam relação de interesse e pertencimento (GRISARD FILHO, 2014, p. 169). Nas palavras de Caetano Lagastra Neto (2000, p. 123-124), a residência definida propicia a compreensão do sentido de obediência, permite o estabelecimento de padrões de convivência, de honestidade e de honradez, contribui para a formação saudável do juízo crítico, fortalece a personalidade e impede que os filhos sintam-se desconectados de qualquer eixo referencial.

Ao decidir pela guarda na modalidade compartilhada, as partes (no caso de acordo) ou o juiz (no momento da sentença) precisam delimitar qual será o domicílio de referência dos filhos, se a casa da mãe ou a casa do pai, com a ressalva de que, mesmo que os filhos vivam na casa de um só genitor, as opções educacionais dependem de ambos. Assim

sendo, a residência uma não altera a possibilidade de pai e mãe exercerem os poderes inerentes ao poder familiar e vivenciarem as rotinas diárias dos filhos; ou seja, ainda que um dos genitores detenha a guarda física, pai e mãe detêm a guarda jurídica.

Nos termos do art. 1.583, § 3º, do Código Civil: “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Se as partes não conseguem chegar a um acordo com relação a esse assunto, a decisão cabe ao juiz. O magistrado, evitando fórmulas estereotipadas e automáticas na determinação da guarda (GRISARD FILHO, 2014, p. 169), deve fixar a residência habitual àquele genitor que possua melhores condições para promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança ou adolescente, ou seja, maior disponibilidade para satisfazer as necessidades dos filhos e para ser a figura primária de referência destes (MADALENO, 2015, p. 207).

Waldyr Grisard Filho (2014, p. 168) comenta que a delimitação da residência fixa observa a proximidade da escola, dos vizinhos, do clube, da pracinha e do local onde a criança ou o adolescente exercem suas atividades habituais. Levam-se em consideração, também, fatores como a localização e a distância das residências dos genitores, as singularidades médicas e, até mesmo, eventuais problemas de psicod dependência, alcoolismo ou drogadição dos pais.

É importante dizer que a residência única, onde a criança ou adolescente encontram-se juridicamente domiciliados, além de auxiliar na definição do espaço dos genitores ao exercício de suas obrigações, possibilita ao genitor não convivente o cumprimento do seu dever de visita, “[...] que só pode ser regularmente exercido se o menor dispõe de um local permanente de referência” (GRISARD FILHO, 2014, p. 169-170).

Em suma, a delimitação de um ponto fixo acarreta a estabilidade que o direito tanto deseja para os filhos (STRENGER, 1998, p. 71), sendo crucial para a real segurança emocional da prole.

3.2.2 FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS

Em que pese o fato de a decisão sobre a guarda compartilhada não ser uma resolução econômica, um dos seus reflexos, além da definição da residência-base, é o arbitramento de pensão alimentícia, paga em favor dos filhos pelo genitor não convivente,

pois “[...] compartilhar a guarda não significa moradias diversas para os filhos e a indefinição da pensão alimentícia” (THOMÉ, 2013, p. 17.644).

Percebe-se que a grande maioria dos litigantes desconhece o fato de que a guarda compartilhada não afasta a fixação de alimentos e que a modalidade não pode ser utilizada como subterfúgio para não pagar a verba alimentar, porquanto é direito fundamental e dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à alimentação, nos termos do art. 227 da Constituição Federal. Assim, Douglas Phillips Freitas (2015, p. 211-212) defende que, em qualquer modalidade de custódia, sempre existirá o dever dos genitores prestarem alimentos aos filhos, “[...] fruto do indelegável exercício do poder familiar”.

Como lembra Francisco Messias Neto: “[...] a obrigação alimentar não é sanção aplicada ao cônjuge não guardião, e sim solidariedade humana” (2009, p. 144). Não é sanção justamente porque na guarda compartilhada o genitor que paga a pensão alimentícia não pode ser (des)qualificado como mero provedor financeiro (SILVA, 2003, p. 149). No compartilhamento da custódia o alimentante também é provedor de ética, apoio, proteção, carinho e principalmente educação: “por isso, dissemos alhures, dar educação não é unicamente (como pensam muitos pais), dar pensão, pois desta não pode prescindir o projeto geral de ampla assistência dos filhos do divórcio” (GRISARD FILHO, 2014, p. 173). Essa é uma das grandes diferenças dos alimentos arbitrados na guarda compartilhada, se comparado aos alimentos delimitados na esfera da guarda unilateral.

Destaca-se, outrossim, que o valor da pensão alimentícia não está vinculado ao tempo que o filho permanece na companhia do genitor, mas à renda de cada pai e ao custo financeiro de criação dos filhos (AZAMBUJA; LARRATÉA; FILIPOUSKI, 2009, p. 129). Do contrário, se o valor dos alimentos tem como parâmetro apenas o tempo de permanência dos filhos com o genitor, os interesses dos adultos são colocados à frente dos interesses da criança ou do adolescente (AZAMBUJA; LARRATÉA; FILIPOUSKI, 2009, p. 129). Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa, “nem mesmo durante as férias o alimentante poderia deixar de pagar a pensão alimentícia, porque as despesas fixas são permanentes e não se interrompem durante as férias” (2015, p. 103-104).

Nessa esteira, a quantificação dos alimentos também é feita com base no binômio necessidade da parte alimentanda e possibilidade da parte alimentante, ressaltando-se que os filhos têm o direito de usufruir o nível e a qualidade de vida condizente ao rendimento e ao patrimônio dos seus genitores (GALLARDO, 2012, p. 526). Como visto, os alimentos

devidos na esfera da guarda compartilhada não diferem muito dos alimentos fixados no caso da guarda unilateral, tanto no plano material quanto no processual.

3.2.3 PLANO DE EDUCAÇÃO

O plano de educação, também chamado de plano de cuidado, plano de parentalidade ou plano de responsabilidade parental, é mais um dos tantos reflexos da fixação da guarda na modalidade compartilhada. Trata-se de um contrato simbólico, na forma de um acordo ou decisão judicial, cuja principal finalidade é regular a convivência entre pais e filhos (GRISARD FILHO, 2014, p. 175). Nas palavras de Rafael e Rolf Madaleno (2015, p. 266), o plano de educação serve como instrumento “[...] que recolhe dos pais o modo como pretendem exercer de fato as suas responsabilidades conjuntas como genitores verdadeiramente envolvidos, empenhados e preocupados [...]”. É bom esclarecer que o plano de educação não se confunde com a regulamentação de visitas, embora o primeiro possa regulamentar as datas de convivência, já que é instrumento mais amplo.

Por meio desse documento, os cuidados atinentes aos filhos são organizados e os acordos dos genitores são assentados em bases construtivas, que facilitam a convivência familiar (LAUROBA, 2014, p. 268). São delineadas as obrigações de cada genitor, bem como estipulado um ponto de partida sobre assuntos relacionados à educação, saúde, tratamento médico, disciplina, horários, religião, tempo de convivência, comunicação dos genitores, suporte financeiro, etc. É um pacto que confere transparência às condutas dos genitores no exercício dos seus deveres parentais (MADALENO, 2015, p. 266) e afasta entraves, visto que regras previamente estabelecidas tendem a auxiliar pai e mãe, para que sejam mais pragmáticos (SOTTOMAYOR, 2014, p. 77) e coloquem os interesses dos filhos acima dos interesses e mágoas pessoais.

Waldyr Grisard Filho (2014, p. 175) pensa que o programa geral de educação e orientação estabelecido pelos pais engloba tanto as grandes decisões (instituição de ensino, carreira profissional, atividade extracurricular, educação religiosa, artística e esportiva, lazer, férias e viagens) quanto as opções ordinárias (como o local e a verba disponível para compra de uniformes e materiais escolares).

A doutrina especializada estabelece que o plano de educação deve conter, pelo menos, os seguintes pontos: 1) o lugar onde os filhos viverão habitualmente; 2) as tarefas com as quais deve se responsabilizar cada progenitor, com relação às atividades cotidianas

dos filhos; 3) a forma como serão realizadas as trocas físicas da criança ou adolescente; 4) o regime de relação e comunicação com os filhos durante os períodos em que o progenitor não os tenha com ele; 5) o regime de permanência dos filhos com pai e mãe nos períodos de férias, datas comemorativas e aniversários; 6) o tipo de educação e atividades extracurriculares, de formação e de tempo livre; 7) a forma de compartilhamento das informações relacionadas à saúde e ao bem-estar dos filhos; 8) o procedimento adotado para tomada de decisões relativas à troca de domicílio (de cidade, de estado e até de país); 9) os recursos para resolução de eventuais conflitos derivados da aplicação do programa de educação; e 10) a possibilidade do plano ser amoldado às necessidades das diferentes etapas da vida dos filhos (MADALENO, 2015, p. 267-272).

Os genitores podem contar com o auxílio do serviço da mediação familiar para a confecção do plano de parentalidade. Sessões contínuas de mediação – que podem ser determinadas pelo juiz ou buscadas por iniciativa das próprias partes – permitem a construção de uma espécie de “[...] carta de princípios reitores de um plano básico e satisfatório de parentalidade” (MADALENO, 2015, p. 279), já que o serviço serve justamente para minimizar conflitos e maximizar os aspectos positivos de uma reorganização familiar.

O mediador possui experiência em lançar um olhar positivo sobre a construção de um futuro harmonioso para casais separados, estes que, “[...] entorpecidos pelas feridas desta derrota pessoal, muitas vezes se mostram incompetentes para determinarem a reconstrução das suas relações familiares que não se desfazem jamais” (LAUROBA, 2014, p. 268).

É bom esclarecer que a fixação de ditames da guarda compartilhada não significa a imposição de uma modalidade rígida de organização. Deve, outrossim, ser maleável, porque é elaborada em razão dos cuidados dos filhos, “[...] e não das cobranças que os pais costumam fazer entre si em função de suas responsabilidades parentais e diferenças pessoais na forma de educar” (MADALENO, 2015, p. 276).

É sabido que a confecção do plano de cuidado demanda negociações e concessões dos genitores. E como já expressado, o efetivo compartilhamento da guarda dos filhos requer diálogo e flexibilidade entre pai e mãe, além de hábitos que vão sendo consolidados naturalmente no dia a dia. Por outro lado, a guarda compartilhada reivindica também comprometimento no que diz respeito às regras ajustadas, a fim de evitar conflitos que possam prejudicar o arranjo estabelecido.

Em suma, a necessidade de estabelecimento do plano parental deve-se ao fato de que a guarda compartilhada não é direito aleatório e inespecífico, voltado apenas para benefício dos adultos (MADALENO, 2015, p. 266). Deve-se, ainda, à nova paternidade, representada por genitores que buscam um lugar mais expressivo – e garantido – na vida dos filhos (ALMEIDA, 2009, p. 51).

Se fruto de um acordo, ainda que judicial, o programa geral de educação valoriza os princípios da liberdade e autonomia, pois pais e filhos tornam-se os protagonistas de um modelo familiar pensado em conjunto (MADALENO, 2015, p. 275). Afinal, ninguém melhor que as próprias partes para ditar o arranjo mais adequado no pós-ruptura conjugal.

3.3 Vantagens da guarda compartilhada

Os próprios conceitos acima expostos dão conta de demonstrar as vantagens da guarda compartilhada, contudo o assunto merece tópico próprio, para não restarem dúvidas quanto à adequação dessa modalidade para atendimento dos melhores interesses dos filhos.

Primeiro, no aspecto prático da guarda dos filhos, Jorge Shiguemitsu Fujita (2016, p. 197) afirma que a guarda compartilhada possibilita que os filhos sintam-se seguros com pai e mãe, pois ambos lhe oferecem estrutura para momentos de alegrias, ilusões, desilusões, tristezas, conquistas e fracassos. Considera-se também que a convivência é sucessiva (MADALENO, 2015, p. 212), no plano de tempo, de participação e de comprometimento (GALLARDO, 2012, p. 488).

Como há compartilhamento de todos os assuntos relacionados aos filhos, não há omissão de informações escolares ou médicas, nem acerca de festinhas ou viagens, o que garante maior presença e participação dos genitores na vida dos filhos. Como consequência natural, os filhos sentem-se mais seguros, no sentido de que a ruptura conjugal não implica o afastamento parental; de que a separação dos pais não repercute no desempenho das funções de pai e mãe, para as quais não há divórcio: “os filhos seguem estando aí, seguem sendo filho e os pais seguem sendo pais; portanto, a família segue existindo, alquebrada, mas não destruída” (GRISARD FILHO, 2014, p. 166).

Consoante Karen Ribeiro Salles (2001, p. 100), essa participação tende a diminuir eventuais dúvidas e situações de hostilidade que normalmente acompanham a ruptura do casal. A preservação dos filhos, nos conflitos parentais, e o respeito ao direito de estes manterem uma adequada comunicação com ambos os pais são, talvez, os melhores

prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer (GRISARD FILHO, 2014, p. 209). Além disso, é sabido que pais que alternam sua presença ao lado de filhos reduzem, se não eliminam, as tentações da alienação parental (MADALENO, 2015, p. 212), e essa é uma vantagem que não pode ser ignorada.

No âmbito financeiro, o compartilhamento da guarda garante que ambos os genitores desenvolvam os mesmos papéis, ora propiciando momentos de lazer, ora impondo regras e limites. Isso rechaça a possibilidade de que um dos genitores seja visto como mero provedor financeiro, “[...] que leva os filhos ao circo, ao cinema ou teatro [...], enquanto o outro genitor é visto como a pessoa rígida e disciplinadora” (MADALENO, 2015, p. 213).

Compartilhar a guarda dos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas atividades pessoais e profissionais. Num cenário em que a guarda unilateral ainda é habitualmente atribuída ao gênero feminino, a guarda compartilhada fomenta uma espécie de libertação às mães, para que elas busquem outros objetivos de vida e sejam menos expostas às opressivas responsabilidades do cuidado parental (GRISARD FILHO, 2014, p. 215). A guarda compartilhada, além de ser benéfica aos filhos, oportuniza que os adultos reconstruam suas vidas e superem o luto simbólico decorrente de uma separação.

Concernente ao aspecto psicológico da guarda compartilhada, esta oportuniza uma completa e eficiente formação sociopsicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional da criança e do adolescente, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social (NEIVA, 2002). É imperioso, portanto, destacar os efeitos construtivos da presença dos genitores no cotidiano dos filhos, especialmente na fase de desenvolvimento da personalidade.

3.4 Problemáticas da guarda compartilhada

A defesa da guarda dos filhos na modalidade compartilhada demanda que sejam apresentadas as suas vantagens para o núcleo familiar. Entretanto, não se pode afirmar que ela é livre de problemáticas, pois isso não é verdade. Consoante Waldyr Grisard Filho, a guarda compartilhada, evidentemente, não é uma solução perfeita e acabada, pois nenhuma família está a salvo de erros, limitações e dificuldades (GRISARD FILHO, 2014, p. 217).

O Código Civil, em seu art. 1.584, § 2º, dispõe que, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor, “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”. A interpretação majoritária de tal dispositivo é no sentido de que a guarda compartilhada é, agora, preferência legal, devendo ser a primeira opção do magistrado, na falta de consenso dos genitores. A crítica feita no tocante ao dispositivo é a de que ele impõe o compartilhamento da guarda mesmo na hipótese de litígio entre os pais, mesmo quando de sua adoção se ressintam os pais, dada a “[...] total ausência e capacidade de diálogo, ou de cooperação dos progenitores no trato consensual dos temas cotidianos dos filhos havidos em comum” (GRISARD FILHO, 2014, p. 196).

De fato, o Direito de Família não segue padrões fechados e inflexíveis. É preciso levar em consideração que um plano parental que funciona bem para uma família pode causar insatisfações para outra (TEYBER, 1995, p. 119).

A funcionalidade da modalidade compartilhada é questionada em alguns cenários. No caso de um casal ressentido, por exemplo, que não consegue estabelecer relação harmoniosa e dialogar a respeito dos filhos, parte significativa da doutrina e jurisprudência acredita ser inviável a guarda compartilhada e opta pela guarda unilateral – da mesma forma, nas situações de abuso (físico ou sexual) perpetrado por um dos genitores contra os filhos, circunstância esta que, se comprovada, demanda certo afastamento para superação de eventuais traumas e obstrução da reincidência. Outra conjuntura que se apresenta na forma de problemática é a mudança de domicílio por um dos genitores, fato que, para alguns, pode dificultar o exercício compartilhado do poder familiar – idem a diferença de economia, de ideologia e de crenças educativas.

Fala-se, também, da ausência de afinidade entre filhos e um dos genitores, especialmente nos casos em que nunca houve assunção da paternidade ou maternidade, em que pai ou mãe mostraram-se ausentes durante o crescimento da prole e, com ela, não desenvolveram qualquer relação íntima e afetiva. Neste último exemplo, Consuelo Barea Payueta (2012, p. 25) comenta que a guarda compartilhada pode se mostrar inadequada, já que permitirá ao progenitor que não participou do funcionamento diário da residência exercer o poder de veto sobre as decisões tomadas pelo genitor guardião. Para Consuelo, aqui não caberia falar de igualdade no exercício dos direitos e deveres parentais (2012, p. 25).

Parte das problemáticas apontadas acima reflete a indiscriminação entre o modelo da guarda compartilhada e o da guarda alternada. A confusão conceitual entre as modalidades leva à menor aderência das famílias à guarda compartilhada, pois pensam que compartilhar a guarda implica a alternância da residência dos filhos.

Essa condição precisa ser reformulada, para que os juristas e a sociedade em geral consigam distinguir bem as duas modalidades e abraçar as inúmeras vantagens que o compartilhamento da guarda pode proporcionar. Quer-se, então, afastar as problemáticas, pois nada deve impedir que os genitores exerçam o poder familiar em conjunto após a ruptura conjugal, em prol do melhor interesse de seus filhos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, o instituto da guarda compartilhada foi investigado, chegando-se à conclusão de que: I) a modalidade é viável para a família contemporânea; II) a modalidade respeita o direito constitucional da criança e do adolescente à convivência familiar; e III) os efeitos positivos da modalidade sobressaem aos efeitos negativos. Ainda, foi indicada como problemática a confusão conceitual com a guarda alternada e a resistência à aplicação da guarda compartilhada.

Foi esclarecida a origem da guarda compartilhada, estabelecida pelas Leis n. 11.698/2008 e n. 13.058/2014. No Código Civil, a modalidade passou a ser prevista como responsabilização conjunta de pai e mãe que não vivem sob o mesmo teto. Por meio dessa modalidade, os genitores podem decidir juntos os assuntos relacionados aos filhos, como saúde, religião, lazer, escola, etc. Foi ressaltado o quanto a guarda compartilhada favorece o convívio parental em razão da divisão das responsabilidades.

Verificou-se que a guarda compartilhada apresenta algumas peculiaridades e que a modalidade não implica a alternância de residências, tampouco a dispensa do pagamento da pensão alimentícia. A estabilidade do modelo exige a fixação de regras, iniciando-se pela delimitação do domicílio-base dos filhos, que funciona como centro de apoio e referência para eles. Na sequência, falou-se da fixação de alimentos pagos aos filhos pelo genitor não guardião, enfatizando-se que a guarda compartilhada não exime nenhum dos genitores do dever de sustento dos filhos e também não afasta a aplicação do binômio necessidade e possibilidade para definição do valor devido (que independe do tempo de convívio físico). Foi dado destaque à necessidade de elaboração de um plano geral de educação, espécie de contrato que define como a guarda compartilhada será exercida. Foi dito que o estabelecimento de regras preestabelecidas minimiza os conflitos, demandando negociações e concessões mútuas por parte dos genitores, que precisam comprometer-se com o plano.

Restaram claras as vantagens e as problemáticas da guarda compartilhada. Com relação às vantagens, foi mencionado que a modalidade: permite a ampla convivência familiar; aumenta a intimidade entre pais e filhos; obsta o empobrecimento das relações parentais; e favorece o completo e eficiente desenvolvimento sociopsicológico da criança e do adolescente.

Já sobre as problemáticas, reconheceu-se que nenhum arranjo parental é livre de erros, limitações e dificuldades (justamente pela já mencionada singularidade de cada núcleo familiar). Explicou-se como muitos profissionais da área criticam a disposição do Código Civil, pela imposição da guarda compartilhada, mesmo no caso de desarmonia entre os pais. Entretanto, rechaçou-se a ideia de que a relação conflituosa dos genitores não permite a aplicação da guarda compartilhada, já que se leva em consideração o melhor interesse dos filhos, e não dos pais, somado ao fato de que as vantagens sobressaem às dificuldades.

Com efeito, frisa-se a necessidade da continuidade de pesquisas aprofundadas a respeito do tema, uma vez que o instituto da guarda, inserido no Direito de Família, não se reveste de definitividade e adquire forma distinta, à medida que a família contemporânea se desenvolve.

SHARED CUSTODY AND FAMILY LAW: NOTES ABOUT SHARING LOVE

Hildemar Meneguzzi de Carvalho

ABSTRACT

This article, which uses the inductive method, with specific focus on the fundamentals of Family Law, it addresses the legal and psychological repercussions of joint custody, based on the evolution of family arrangements and the changes in parental roles. The theme is also justified by the consecration of the principle of best interest of the child and adolescent, which is preserved when, even after separation, both parents participate in the upbringing of their children. The text addresses the forms of custody practiced by families and applied by the judiciary power, with specific focus on the joint custody, its concepts, peculiarities, advantages and disadvantages. With a systemic perception, and from a perspective of humanization of the law, it seeks to promote a general reflection on the importance of sharing custody of children.

Keywords: Family law. Contemporary family. Shared custody. Best interest of the child and adolescent.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Guarda compartilhada: uma nova realidade para o direito de família brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

ALMEIDA, Roberta Leal Teixeira de. **Cuidados infantis**: sentidos atribuídos à guarda compartilhada. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação EICOS – Estudos Interdisciplinares de Comunidades e Ecologia Social, Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

AUGUSTO, Cristina Gama. Guarda compartilhada. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/cristinaaugusto.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. Guarda compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). **Parentalidade**: análise psicojurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. **Revista JusNavigandi**, Teresina, ano 8, n. 108, out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4352>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos. **Revista JusNavigandi**, Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7335>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRANDÃO, Débora. Guarda compartilhada: só depende de nós. **Revista IMES Direito**, ano II, n. 5, jul./dez. 2002. ISSN 1518-594X.

BUCHER-MALUSCHKE, Júlia Sursis Nobre Ferro. Revisitando questões sobre lei, transgressão e família em suas interações com a psicologia, a psicanálise, o direito e a interdisciplinaridade possível. **Psicologia**: teoria e pesquisa, Brasília, v. 23, n. especial, p. 89-96, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher**: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: LTr , 2007.

CUNICO, Sabrina Daiana et al. Vivências de um serviço de psicologia junto a um núcleo de assistência judiciária. **Aletheia**, n. 33, p. 166-176, Canoas, dez. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942010000300014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Visão em razão dos princípios fundamentais do direito. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. Compartilhando o amor. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada**: doutrina e prática. São Paulo: Pensamento & Letras, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Douglas Phillips. **A nova guarda compartilhada**. 2. ed. Florianópolis: Voxlegem, 2015.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

GALLARDO, Bernardo Cruz. **La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales**. Madrid: La Ley, 2012.

GOETZ, Everley; VIEIRA, Mauro. **Pai real, pai ideal**: o papel paterno no desenvolvimento infantil. Curitiba: Juruá, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

JULIANI, Andressa. **Poder familiar e guarda compartilhada**: garantia constitucional de igualdade. Monografia apresentada como um dos requisitos para conclusão do curso de graduação em direito. Brasília: UNICEUB, 2012. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4087/1/Andressa%20Juliani%20RA%2020808397.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. As práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil. **Revista Avaliação Psicológica**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, ago. 2008.

LAGRASTA, Caetano. **Direito de família**: a família brasileira no final do século XX. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LAUROBA, Maria Elena. Los planes de parentalidade: una herramienta para facilitar el ejercicio de la guarda. In: MUÑOZ, Francisco Javier Jiménez; LASARTE, Carlos (Coord.). **Patria potestad, guarda y custodia**. Congresso IDAFE 2011. Madrid: Tecnos, 2014.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática. **Revista da Ajuris**: doutrina e jurisprudência, v. 26, n. 78, p. 217-229, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 e 1.693. São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MESSIAS NETO, Francisco. Aspectos pontuais da guarda compartilhada. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 47, 2009.

MESSIAS, Patrícia Melo. **Guarda compartilhada como expressão do princípio constitucional do melhor interesse da criança**. Dissertação de mestrado em ciência jurídica - Universidade Federal de Alagoas. Maceió: UFAL, 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/775>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada: uma solução possível. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996.

NEIVA, Deirdre de. Guarda compartilhada e alternada. **Pai Legal**, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/68-a-guardacompartilhada-ealternada>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque nos cuidados aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Org). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

Novo Dicionário do Aurélio. Disponível em:
<<https://dicionariodoaurelio.com/compartilhar>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PAYUETA, Consuelo Barea. **Los inconvenientes de la custodia compartida**. Barcelona: Ediciones Consuelo Barea, 2012.

PINTO, Erika Alcantara et al. Judicialização da guarda de filhos menores. *ALUMNI*, v. 1, n. 1, 2013.

PITCH, Tamar. **Um derecho para dos: la construcción jurídica de gênero, sexo y sexualidade**. Madrid: Trotta, 2003.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

REIS, Erika Figueiredo. **Varas de família: um encontro entre psicologia e direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHETTINI FILHO, Luiz. **Amor perdido de amor: as relações afetivas na família**. Recife: Edições Bagaço, 2000.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

SOTTOMAYOR, Clara. **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2014.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, Lisboa, ano 2, n. 14, 2013.

TOLOI, Maria Dolores Cunha. **Sob fogo cruzado**: conflitos conjugais na perspectiva de crianças e adolescentes. São Paulo: Ágora, 2010.