

**FACULDADES SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

ANA PAULA DA CRUZ SILVA VIANA
CLEITON DE JESUS LIMA MARTINS
LARISSA DA SILVA DUTRA MONSORES
PROFESSOR ORIENTADOR - DANIELA VIDAL

DESAFIOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Rio de Janeiro

2019

**DESAFIOS DA GUARDA COMPARTILHADA
SHARED GUARD CHALLENGES**

Nome (s) do (s) autor (es)

Ana Paula da Cruz Silva Viana
Cleiton de Jesus Lima Martins
Larissa da Silva Dutra Monsores
Orientadora:
Daniela Vidal

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de elucidar o instituto da Guarda Compartilhada frente às dificuldades da realidade factual do menor, constituindo-se, assim, verdadeiros desafios para sua aplicação. A relevância do tema se fundamenta no aumento exponencial da dissolução da relação conjugal somados com a obrigatoriedade da Guarda Compartilhada pela lei 13.058 de 22 de Dezembro de 2014. Busca-se, dessa forma, soluções alternativas de conflitos como a mediação e o apoio de equipes multidisciplinares, sendo imprescindível, também, para um enfrentamento efetivo, um olhar psicojurídico do magistrado ao decidir afastar ou aplicar o regramento legal.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, mediação e alienação parental.

ABSTRACT

This article has the purpose of elucidating the institute of the Shared Guard to the stories of the reality of the minor, and thus constitute real challenges for its application. The popularity of the theme is no more important exponential of the dissolution of the conjugal law with the obligation of the freedom to share the message 13.058 of December 22, 2014. Thus, it is sought the alternatives of conflicts as a mediation and the support of teams multidisciplinary, and it is essential, also, for an effective confrontation, a psycho-juridical view of the magistrate to the plan to remove or apply the legal rule.

Key-words: Shared Guard, mediation, parental alienation

INTRODUÇÃO:

A sociedade brasileira sofreu importantes mudanças nos últimos tempos no que diz respeito ao conceito e forma de família. Com a mudança do paradigma patriarcal e em consonância com uma sociedade mais justa, igualitária e solidária, os filhos deixaram de ser encarados meramente como extensão do patrimônio de seu genitor. Desta forma, não há mais no que se falar em poder pátrio, e sim poder familiar, onde ambos os genitores são responsáveis por zelar e proteger sua prole. De modo que, independente da situação conjugal o pleno exercício do poder familiar compete a ambos os pais, como aduz o código civil em seu artigo 1634, caput.

Antigamente não se falava em divórcio, o casamento era indissolúvel, visto como uma relação eterna entre os cônjuges. Em 1976, surgiu o desquite, que para ocorrer era necessário haver um motivo grave ou culpa de um dos cônjuges, e ainda sim, era visto como escândalo perante a sociedade extremamente conservadora. Somente em 1977, com a criação da lei nº 6.515/77 surgiu o divórcio, provocando importantes mudanças na sociedade. Agora basta a vontade de um dos cônjuges para requerer o divórcio.

Pode-se observar pela inteligência do artigo 1.579 e parágrafo único o Código Civil de 2002, que diz:

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”. (BRASILIA, 2002)

É de suma importância compreender que mesmo com o fim da relação conjugal, ambos continuam sendo responsáveis pelos seus filhos, conforme prevê o código civil: “art. 1.566 São deveres de ambos os cônjuges e inciso IV - sustento, guarda e educação dos filhos” (BRASILIA, 2002).

Visto isso, fez-se necessária a criação de um modelo de guarda que visa manter a relação afetiva entre pais e filhos mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, para alcançar o desenvolvimento saudável e melhor interesse da criança, logo, criou-se a lei Federal número 13.058/14 que alterou alguns importantes artigos do Código Civil, dentre eles o artigo 1.583 e 1.584 que tornou como obrigatório o instituto da guarda compartilhada.

No direito brasileiro existem oito modalidades de guarda, são elas: natural, de fato, delegada, provisória, definitiva, unilateral, alternada e compartilhada. Entre elas, abordaremos especificamente sobre a guarda compartilhada que tem por finalidade a divisão das decisões sobre o filho comum, de modo que os traumas da separação refletivos na criança sejam amenizados, visando assim, seu melhor desenvolvimento e interesse.

Embora a referida guarda busque o melhor desenvolvimento e interesse da criança, pode se tornar inviável quando ocorrem litígios contínuos entres os genitores, uma vez que a divergência de ordens, ideias e a disputa pelo poder familiar sobre o menor pode causar danos irreversíveis em seu desenvolvimento psicológico.

A relevância do assunto se fundamenta com o advento da Constituinte de 1988, determinando a convivência familiar e comunitária como um direito dos filhos de acordo com seu artigo 226 e posteriormente confirmada no Estatuto da Criança do Adolescente, Lei nº 8.069/90 e cristalizado também no Código Civil de 2002, priorizando dessa forma o direito da integral proteção da criança.

Menciona-se que a guarda compartilhada é reconhecida internacionalmente e utilizada em diversos países, como Canadá e Estados Unidos.

Para elaboração do presente artigo foi utilizado a metodologia bibliográfica sendo aplicados: livros doutrinários, teses, leis e artigos científicos e estudos de casos concretos. Dessa forma, objetivamos através de um pensamento dialético e pelo uso da analogia transmitir uma explicação elucidativa do objeto de estudo analisado, seus efeitos positivos e negativos e as controvérsias doutrinárias mais recorrentes sobre o tema.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

CONCEITO DE GUARDA

Importante mencionar o conceito da palavra guarda que advém do latim “guardare”, possuindo o significado dever de cuidado, vigilância, amparo, benevolência, proteção.

Segundo Casabona (2006, p.103), pode-se definir a guarda como conjunto de direitos e obrigações que se estabelece entre um menor e seu guardião, visando o seu desenvolvimento pessoal e integração social.

De acordo com a professora Carbonera (2000, p.47), o conceito de guarda pode ser entendido de maneira genérica como:

Um instituto jurídico 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.

MODALIDADES DE GUARDA

Guarda natural:

A guarda natural é um instituto jurídico- legal que impõe deveres e obrigações aos pais de modo igualitário pelo simples motivo de serem seus genitores. Também chamada de guarda comum e pressupõe que a criança viva harmonicamente no seio de sua família natural.

Guarda de fato:

É importante falar também que a guarda de fato é cada vez mais comum no cenário brasileiro. A sociedade naturalmente muda com o tempo e a ciência jurídica se inova e se modifica a fim de acompanhá-la. Citamos como exemplo o caso de avós que, seja por abandono ou falecimento dos genitores, criam seus netos, assistindo, prestando todos os cuidados embora não tenha consentimento legal para isso.

Guarda delegada:

Segundo César-Ferreira e Macedo (2016) essa modalidade ocorre quando o próprio governo a fim de tutelar menores em situações especiais atribuí seja para uma pessoa física ou a uma instituição, o dever de cuidado desses menores.

Também chamada de guarda desmembrada é costumeira em situações em que os próprios genitores representam perigo à integridade física e psicológica da criança ou em caso de abandono.

Guarda provisória:

Como o próprio nome sugere, trata-se de modalidade que decorre de uma decisão judicial seja por tutela antecipada ou medidas cautelares, determina que temporariamente um dos genitores fique com a guarda do menor. Naturalmente, a decisão jurisdicional dará ao genitor que tiver como oferecer melhores condições de cuidado.

Guarda definitiva:

Normalmente o nome dessa modalidade induz ao erro uma vez que em direito de família o sentido de definitivo não possui denotação de eterno. Sabe-se que é uma modalidade que decorre de uma sentença de homologação decisória ou de acordo que possui uma presunção de aspecto definitivo.

Guarda unilateral:

Ocorre nesse caso que apenas um dos genitores terá a guarda dos filhos, ou seja, apenas um dos genitores fica responsável por todas as decisões e o outro genitor supervisiona. Deve ser deferida por sentença de homologação, podendo o outro genitor ter direito à visitação.

Guarda alternada:

Trata-se do modelo de guarda mais confundido com a guarda compartilhada pois o nome dessa leva a acreditar que o que será compartilhado é o tempo do menor.

Essa modalidade, pouco utilizada no Brasil, determina que os filhos terão permanência um tempo na casa da mãe e outro tempo na casa do pai.

É importante destacar que essa modalidade é a menos recomendável pois seu cerne se encontra no interesse dos pais e não do menor. Esse observado por um prisma biopsicossocial deverá ter um lar de referência sob pena de gerar instabilidade emocional e psíquica como inferimos das palavras de Grisard Filho (2002).

Dessa forma, sua implementação vai de encontro ao princípio da continuidade do lar que é salutar à saúde física e mental do menor.

Guarda por Nidação:

Tipo de modalidade mais comum em países europeus. Estabelece que os filhos terão uma única residência onde os pais é que se mudam com alternância e periodicidade. Não causando nenhum tipo de prejuízo psicoemocional e tendo ambos os poderes de decisão na vida de sua progênie.

Raramente utilizado no Brasil, pois sua aplicabilidade é diretamente proporcional ao poder econômico dos genitores uma vez que ter uma residência exclusivamente para os filhos não é uma realidade comum na vida da maior parte dos brasileiros.

GUARDA COMPARTILHADA

É utilizada como regra pelo Código Civil em seu artigo 1.584, parágrafo 2º:

“§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. (BRASILIA, 2002)

Ela permite aos pais, mesmos separados, o compartilhamento da convivência, das responsabilidades e decisões com o filho, ou seja, ambos os pais são plenamente responsáveis, conforme decorre no artigo 1.583, parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal.

É a modalidade que oferece mais benefícios ao desenvolvimento da criança, pois visa antes de qualquer coisa seu bem estar físico e psicológico.

Segundo, Dias (2015, p.525):

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativa aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividades, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Diz ainda, Silva (2015, p.103):

(...) efetivamente a participação nas principais decisões a respeito dos filhos não existe na guarda única, já que só o genitor-guardião, que possui a guarda judicial, as exerce, relegando ao outro somente a visitação demarcada e a obrigação de alimentos (guarda material). Já a guarda compartilhada tem a virtude de permitir aos pais continuarem a agir como agiam, enquanto na constância do casamento, dividindo as responsabilidades nas decisões importantes a respeito dos filhos.

Características Da Guarda Compartilhada

Em relação a visitação, cabe ressaltar que guarda é diferente de convivência, o primeiro diz sobre de que modo será administrado os interesses da prole, e a última conceitua-se como o tempo que cada genitor passará com o filho, ou seja, o exercício da visitação, a letra da lei é clara quanto a isso, pois assevera no código civil: “art. 1.589, caput, o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”(BRASILIA, 2002).

Nela o menor tem uma casa como referência, e os genitores participam de maneira ativa na vida dos filhos, tornando a rotina mais fácil para eles.

A visitação pode ser acordada entre os genitores sem limitação de dias e horários ou fixada pelo Juiz.

Contudo para que a guarda compartilhada funcione na prática, faz-se necessária que ambos os genitores tenham bom convívio e bom senso.

A guarda compartilhada é destinada, em geral, a casais que revelam boas condições ao diálogo e que conseguem respeitar as diferenças pessoais, pelo menos de modo razoável, já que terão que realizar acordos cotidianos sem a permanente interferência do tribunal de justiça. (GARCIA, 2012, p.18)

Havendo conflitos entre genitores, o judiciário oferece uma solução alternativa de conflito, como por exemplo a mediação.

Segundo (BARBOSA, 2006, p. 56) “mediação pode ser definida como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória aos interesses em conflito” (apud DIAS, 2015, p.66).

Afirma também (BASTOS, 2005, p. 147), “deve levar em conta o respeito aos sentimentos conflitantes, pois coloca os envolvidos frente a frente na busca da melhor solução, permitindo que, através de seus recursos pessoais, se reorganizem” (apud DIAS, ano, p. 66).

Observa-se em entrevista com um Juiz anônimo, a importância da mediação:

Fundamental. Não tenho dúvida. Não vale a pena o juiz impor decisão em cara de família. Quanto menos ele impõe decisões, melhor para as pessoas. Uma sentença nunca vai agradar aos dois. Pode até desagradar aos dois. Portanto, não resolveu nada. A raiz do conflito de família está no espírito das pessoas. (FERREIRA; MACEDO, 2016, p.194).

Outro assunto que vem majorando o litígio judicial é a discussão entre o cabimento ou não da pensão alimentícia conjugado com o deferimento da guarda compartilhada. Importante destacar que a obrigação de prestar alimentos não deixa de existir com o deferimento da guarda compartilhada. A pensão alimentícia possui natureza alimentar, portanto independe do tipo de guarda a ser aplicada.

O regime de compartilhamento não exige o estabelecimento da obrigação alimentar, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Como as despesas dos filhos devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras. (DIAS, 2015, p.527)

No mesmo sentido e em recente julgado de apelação cível, o tribunal de justiça do Amapá concluiu na guarda compartilhada o que efetivamente é compartilhado é a responsabilidade em relação à educação, bem estar, formação e saúde. Portanto, o apelo que pedia a exoneração de alimentos em decorrência da modificação da guarda não foi provido uma vez que a guarda compartilhada não isenta o pagamento de pensão alimentícia.

DESENVOLVIMENTO

DESAFIOS

Alienação Parental

Alienação parental ou também conhecida por implantação de falsas memórias conceitua-se conforme o artigo 2º da Lei 12.318/10:

“Art. 2º: Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este” (BRASILIA, 2010).

Nela o filho é utilizado como instrumento da agressividade. O genitor visando denegrir a imagem do outro genitor utiliza a criança como uma arma para feri-lo. Com isso a criança é levada a se afastar do genitor alienado, a odiá-lo. Trata-se de um explícito abuso moral sobre a criança e do adolescente, o que lhes podem causar problemas psicológicos e transtornos psiquiátricos para toda a vida.

Alguns dos efeitos sobre a saúde emocional, já constatados, em vítimas de Alienação Parental, são:

[...]vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa autoestima; sentimento de rejeição, isolamento e mal estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado. (TAVARES; ANEAS, 2013)

Essas consequências são tratadas pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, como a Síndrome da Alienação Parental (SAP) e não pode ser confundida com alienação parental.

A lei de alienação parental de nº 12.318/10 visando zelar o bem estar da criança e adolescente oferece ajuda de psicólogos, bem como, meios punitivos como multa, alteração da guarda unilateral para guarda compartilhada ou sua inversão, e até mesmo declarar a suspensão da autoridade parental.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADO. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO

INDEFERIDO. ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. ATO ATENTATÓRIO A DIGNIDADE DA JUSTIÇA. REDUÇÃO DA MULTA. RESTABELECIMENTO IMEDIATO DAS VISITAS MATERNAS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. A alegação de cerceamento de defesa deve ser afastada, diante das informações detalhadas do início da perícia, que constou de várias entrevistas, inclusive com a Apelante, que impugnou o laudo pericial e apresentou o parecer do seu assistente técnico, o qual analisou item por item do laudo pericial, não se vislumbrando qualquer prejuízo processual. 2. A pendência de análise de arguição de suspeição não acarreta a nulidade da sentença, vez que o processo somente sofreria a suspensão de sua marcha por determinação do Tribunal de Justiça, o que não ocorreu. 3. Conforme provas produzidas nos autos, restou configurada a alienação parental praticada pela genitora em desfavor do pai da criança, diante da tentativa de impedir o exercício da paternidade. 4. Ocorrendo ato atentatório à dignidade do exercício da justiça, por violação do dever de cumprimento das decisões judiciais ou por embaraço à efetivação das ordens judiciais, fica o infrator sujeito, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais, a multa de até vinte por cento do valor da causa. No caso dos autos, tratando-se de ação declaratória de investigação de alienação parental, não havendo resultado econômico/patrimonial, a multa deve ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo, motivo pelo qual deve haver a redução para o máximo legal. 5. Mister restabelecer imediatamente as visitas maternas, nos moldes fixado na sentença, diante da falta de motivação e de razoabilidade em aguardar o trânsito em julgado da sentença. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

(Apelação nº 02705675020168090175, Relator: ORLOFF NEVES ROCHA. Data de Julgamento: 01/03/2019, 1ª Câmara Cível do estado de Goiás)

Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada

Ao observar as desvantagens da guarda compartilhada, Grisard Filho, grande referência no Direito de Família, entende que:

Pais em conflito constante, não cooperativo, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muitos lesivos aos filhos. Para essas famílias, destruídas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. (GRISARD, 2009, p.225)

Nesse sentido, a maioria dos tribunais entendem que há necessidade de haver harmonia entre os pais para que assim seja dada guarda compartilhada, pois dificilmente conseguirão dividir as decisões sobre os filhos, com o mesmo pensamento, eis um agravo interno:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. [...]2. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 3. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação

bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 4. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 5. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido.(TJ-RS - AGV: 70049349632. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 13/06/2012, Sétima Câmara Cível)

Em contrário sensu, a ministra Nancy Andrichi, salienta que cabe a aplicação de guarda compartilhada mesmo diante de litígio, argumentando que deverá favorecer sempre o interesse da criança em ter se direito de convivência com ambos os pais Vejamos o recurso especial:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. [...]2. [...] 3. [...]4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. [...]8. [...]9. [...] (STJ - REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011. Terceira Turma)

Antigamente se via a guarda compartilhada como regra, mesmo quando não houvesse acordo entre os pais. Com o advento da lei 13.058, 22 de Dezembro de 2014, que modificou substancialmente o artigo 1.584, § 2º do Código Civil, a guarda compartilhada tornou-se obrigatória. Embora a existência de discussão doutrinária dessa obrigatoriedade muitos magistrados visando o melhor interesse do menor verifica primeiro o caso concreto para depois aplicar a guarda mais conveniente, afastando, assim, a letra fria da lei e alcançando sua real finalidade.

² Corroborando com o mesmo posicionamento em recente julgado o Superior Tribunal de Justiça, entende que a guarda compartilhada deverá ser aplicada independente de acordo ou vontade dos genitores, no entanto, isso não deve imperar quando sua adoção gera efeitos mais desfavoráveis, colocando assim em risco o interesse da criança.

POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA EM CIDADES DIFERENTES

2TJ-AP - APL: 00083141220168030002 AP, Relator: Desembargador JOAO LAGES, Data de Julgamento: 06/11/2018, Tribunal.STJ - AgInt no AREsp: 1355506 SP 2018/0222423-2. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 12/02/2019. QUARTA TURMA.

Outra celeuma apresentada por estudiosos e pela jurisprudência é a obrigatoriedade da guarda compartilhada quando os genitores moram em municípios, estados ou países diferentes. Seria possível a aplicação da guarda compartilhada nesses casos? O Código Civil em seu artigo 1.583, § 3º é claro quanto a isso: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos” (BRASILIA, 2002), ou seja, a lei deixa claro sobre tal possibilidade, pois não menciona qualquer impedimento.

Em sintonia com esse entendimento, afirmou a ministra Nancy Andrichi ao tempo da Lei n. 11.698/2008 no REsp 1.251.000/MG que:

[...] sob o fundamento da distância entre as moradias dos pais, questão hoje minorada por diversos meios de comunicação, de modo instantâneo pela rede mundial de computadores (internet, e-mail, vídeo de imagem e som, Skype, Google Talk, celulares permitindo que pessoas se vejam enquanto falam, WhatsApp), disponibilizados como ‘visitas virtuais’ ou ‘encontros online’. Mesmo entre cidades ou países distantes pais e filhos podem manter uma adequada e frequente comunicação, assegurando presença contínua do pai na vida do filho, sem diminuição dos demais deveres que integram o rol dos atributos do poder familiar. (ANDRIGNI, 2016)

Em contraditório Grisard, afirma:

[...]Guarda corresponde à convivência, companhia, proximidade física de uma pessoa (pai ou mãe) em relação a outra (filho). Decisões importantes como educação (escolha da escola, atividades complementares, livros para estudos) decorrem do poder familiar, não da guarda; cuidados com a saúde, viagens, amigos, frequência a certos lugares, também; conceder ou não consentimento para casar, nomear tutor, representar e assistir, idem, restando à guarda a disciplinação da companhia, do convívio entre pais e filhos. (GRISARD, 2016)

Grisard (2016) conclui que não pode contestar o fato da guarda compartilhada possuir atribuição de mediar a distância entre pais e filhos.

Embora o código civil não demonstre nenhum impedimento quanto ao deferimento da guarda compartilhada à pais que moram em cidades, estados ou países diferentes, o tribunal é praticamente unânime em negar tal pedido. Apesar de a ministra Nancy apresentar soluções justificáveis para a procedência da aplicação da guarda nesses casos, o tribunal acredita não ser o suficiente, visto a tecnologia não alcançar o autêntico propósito da guarda compartilhada, conforme recurso especial:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.

2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação.
 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes.
 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal.
 5. Recurso especial não provido.
- (REsp n. 1.605.477/RS. Relator Ministro: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data de Julgamento: 27/6/2016. Terceira Turma).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica perceptível que a guarda compartilhada é a modalidade que, de fato, mais se aproxima da guarda natural, pois assegura a ambos os pais o compartilhamento na tomada de decisões sobre o filho, o que preserva o poder familiar e assegura uma melhor convivência. Embora isso seja verdade, em alguns casos, essa modalidade poderá ser a menos indicada para o menor. Em uma família que, por exemplo, existem fortes indícios que o menor vem sofrendo qualquer tipo de violência por um dos genitores, evidentemente, deverá o juiz, diante das provas apresentadas, escolher outra modalidade de guarda que melhor se adequa.

Assim sendo, apesar da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 asseverar que a guarda compartilhada deve ser aplicada como regra, destaca-se que o juiz antes de qualquer decisão deverá observar o caso concreto. Afastando a aplicação do artigo 1.584, §2º para se aproximar da finalidade da lei e da constituição que cristaliza o melhor interesse da criança.

Quando os genitores possuem uma relação conturbada, de modo que, o filho viva em um ambiente de brigas e desentendimentos, a fim de evitar tal situação o Judiciário utiliza-se do instituto da mediação, que trata-se de um acompanhamento com os genitores buscando solucionar determinados conflitos para que dessa maneira consigam chegar a um consenso e assim avistar o que é melhor à prole.

Nessa modalidade deverá ser observada que existindo litígio entre os genitores o filho não venha ser um objeto de disputa utilizada para atingir os interesses do outro, pois tal comportamento pode causar danos emocionais. É importante que o menor não sofra com a alienação parental ou até mesmo que venha a sofrer a síndrome de alienação parental (SAP), o que prejudica o desenvolvimento social e o psicológico da criança de forma drástica.

Vale lembrar que mesmo definida a guarda compartilhada ainda há a obrigação de prestar alimentos, uma vez que deve ser contemplada a necessidade e a possibilidade. Além disso, valioso não confundir convivência com guarda, pois a primeira é o tempo que cada genitor passará com o menor, ou seja, exercer a visitação e guarda é a tomada de decisões sobre a prole, ressalta que tanto a visitação quanto os alimentos serão acordados entre as partes ou fixados pelo Juiz.

Desta forma, analisando todos os fatores apontados no presente artigo, conclui-se que para saber qual modalidade mais indicada para o melhor interesse do menor, é necessário examinar com cautela o caso concreto. Salientando que o magistrado não deve ser um mero aplicador da lei, e sim analisar o caso como um todo, de forma a contemplar sempre o melhor interesse do menor em questão. Todavia a guarda compartilhada favorece o desenvolvimento saudável do menor e ameniza os traumas da separação conjugal.

REFERÊNCIAS

SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda Compartilhada. 4ª ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2015.

FERREIRA, [HYPERLINK "https://www.amazon.com.br/s/ref=dp_byline_sr_ebooks_1?ie=UTF8&text=Ver%C3%B4nica+A.+da+Motta+Cezar-Ferreira&search-alias=digital-text&field-author=Ver%C3%B4nica+A.+da+Motta+Cezar-Ferreira&sort=relevancerank"](https://www.amazon.com.br/s/ref=dp_byline_sr_ebooks_1?ie=UTF8&text=Ver%C3%B4nica+A.+da+Motta+Cezar-Ferreira&search-alias=digital-text&field-author=Ver%C3%B4nica+A.+da+Motta+Cezar-Ferreira&sort=relevancerank) Verônica A. da Motta Cezar; MACEDO, [HYPERLINK "https://www.amazon.com.br/s/ref=dp_byline_sr_ebooks_2?ie=UTF8&text=Rosa+Maria+Stefanini+de+Macedo&search-alias=digital-text&field-author=Rosa+Maria+Stefanini+de+Macedo&sort=relevancerank"](https://www.amazon.com.br/s/ref=dp_byline_sr_ebooks_2?ie=UTF8&text=Rosa+Maria+Stefanini+de+Macedo&search-alias=digital-text&field-author=Rosa+Maria+Stefanini+de+Macedo&sort=relevancerank) Rosa Maria Stefanini de. Guarda Compartilhada, uma visão psicojurídica. 1ª ed. São Paulo: Artmed, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASILIA. Lei nº [HYPERLINK "http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocument"](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocument) 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Institui o código civil. Diário Oficial da União. Brasília/DF. 181º da Independência e 114º da República. 11 de janeiro de 1984;

BRASILIA. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada”. 193º da Independência e 126º da República. Diário Oficial da União 23.dez.2014;

BRASILIA. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. 156º da Independência e 89º da República. Diário Oficial da União 27.dez.1977;

BRASILIA. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. 169º da Independência e 102º da República. Diário Oficial da União 16.jul.1990.

IBDFAM, A. d. Comunicação - Instituto Brasileiro de Direito de Família. 13.jul.2016, Disponível em IBDFAM: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6057/STJ+nega+guarda+compartilhada+para+pais+que+moram+em+cidades+diferentes>>. Acesso em: 14.abr.2019.

IBDFAM, A. d. Comunicação. Entrevista Ana Florinda Dantas - Boletim IBDFAM. 14.jun./2016. Disponível em IBDFAM: <<http://ibdfam.org.br/noticias/6059/Entrevista+Ana+Florinda+Dantas+-+Boletim+IBDF%40M+443>>. Acesso em: 24.abr.2019.

ASSOCIADOS, M. A.. DEFINIÇÃO DE GUARDA. ???.2015. Disponível em JUS BRASIL: <<https://contiekruchinski.jusbrasil.com.br/artigos/189863087/definicao-de-guarda>>. Acesso em: 01.mai.2019.

JUSTIÇA, S. T. Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei. 04.jun.2017. Disponível em STJ JUS: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-STJ-antes-de- virar-lei>. Acesso em: 01.mai.2019.

E SILVA, F. S. A questão da fixação do domicílio dos filhos na guarda compartilhada. 18.fev.2017. Disponível em CONJUR: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/fernando-salzer-silva-fixacao-domicilio-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 02.mai. 2019.

CORDEIRO, M. N. Da guarda compartilhada - aspectos doutrinários e jurisprudenciais. 21.abr.2016. Disponível em CONTEUDO JURIDICO: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,da-guarda-compartilhada-aspectos-doutrinarios-e-jurisprudenciais,55692.html>>. Acesso em: 21.abr.2019.

VIEIRA, L. A., & Anea, R. A.. O Efeito Devastador da Alienação Parental: e suas Sequelas Psicológicas sobre o Infante e Genitor Alienado.?.set.2013 Disponível em PSICOLOGADO: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>>. Acesso em:03.mai.2019.

TJ-GO, T. d. Apelação (CPC): 0270567-50.2016.8.09.0175. DJ: 01.mar.2019. Relator: Orloff Neves Rocha. Disponível em JUS BRASIL:<<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712693292/apelacao-cpc-2705675020168090175>>. Acesso em: 15.mai.2019.

TJ/AP. Apelação nº 00083141220168030002. DJ: 06.nov.2018. Relator: Desembargador JOAO LAGES. Disponível em JUS BRASIL: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/651875792/apelacao-apl-83141220168030002-ap?ref=serp>>. Acesso em: 06.abr.2019.

TJ/RS. AI 70049349632. DJ: 13.jun.2012. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em JUS BRASIL: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22041631/agravo-agv-70049349632-rs-tjrs>>. Acesso em: 17.abr.2019.

STJ. REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5. DJ: 23.ago.2011. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em JUS BRASIL: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24.abr.2019.

STJ.REsp n. 1.605.477/RS. DJ: 27.jun.2016. Relator Ministro: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Disponível em JUS BRASIL: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442907439/recurso-especial-resp-1609485-es-2016-0165885-9>>. Acesso em: 03.mai.2019.