

## **Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas**

**Cristiano Chaves de Farias**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia  
Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito;*

*Professor de Direito Civil do*

*Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS;*

*Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela*

*Universidade Católica do Salvador – UCSal.*

*Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.*

### **Sumário:**

1. Prolegômenos sobre a arquitetura da guarda compartilhada; 2. Separando o joio do trigo: distinções relevantes entre a guarda compartilhada e a guarda alternada; 3. O compartilhamento da guarda nas demandas litigiosas: da normatividade expressa para além do texto codificado; 4. Prospecções conclusivas. Referências.

*“Meu filho vai ter nome santo, quero o nome mais bonito;  
É preciso amar as pessoas como se não houvesse amanhã, porque  
se você parar pra pensar, na verdade não há...*

*Sou uma gota d'água, sou um grão de areia  
Você me diz que seus pais não lhe entendem, mas você não  
entende seus pais.*

*Você culpa seus pais por tudo e isso é absurdo,  
São crianças como você, o que você vai ser, quando você  
crescer?”*

## **1. Prolegômenos sobre a arquitetura da guarda compartilhada**

A partir da década de 90 do século passado, um considerável número de estados norteamericanos editou normas legais disciplinando a guarda conjunta (*joint custody*) no leque de opções de custódia de filhos, notabilizando-se a legislação da Califórnia, do Colorado e da Colúmbia.

O tema, então, se difundiu entre as ciências que estudam as famílias e ganhou notoriedade.

Entre nós, incorporando a orientação da melhor doutrina brasileira – não apenas no âmbito do Direito,<sup>2</sup> mas, também, no campo da Psicologia<sup>3</sup> – a Lei nº 11.698/08, alterando a redação dos arts. 1.584 e 1.584 da Codificação de 2002, autorizou a fixação de guarda compartilhada, também chamada de *guarda conjunta* (ou *joint custody*, conforme a expressão em língua inglesa), na dissolução do casamento.

Rezam os aludidos dispositivos legais:

---

<sup>1</sup> “Uma das canções mais famosas e cantadas da banda *Legião Urbana, Pais e filhos* tem uma letra forte, chamativa e triste. Ao contrário do que muitos pensam, a canção conta a história de uma menina que se suicida após várias discussões e desentendimentos com seus pais. A letra é fabulosa por começar do suicídio e só depois explicar os motivos. Além disso, o refrão é uma lição de vida que diz que devemos amar as pessoas todos os dias, porque o amanhã pode não existir. A letra traz vários fatos e perguntas das relações entre pais e filhos. Desde perguntas simples de ‘Por que que o céu é azul?’ até exemplos de rebeldia dos filhos como ‘vou fugir de casa’. RENATO RUSSO, letrista da canção, chegou a dizer que a história é fictícia, mas traz fatos parecidos com a realidade”, <http://musicasbrasileiras.wordpress.com/2011/02/15/pais-e-filhos-legiao-urbana/>.

<sup>2</sup> Escrito em 1999, faça-se a justa referência ao texto de GRISARD FILHO, Waldyr, cf. “Guarda compartilhada”, cit., p.213-224.

<sup>3</sup> Publicado em 1997, merece alusão o artigo de NICK, Sérgio Eduardo, cf. “Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados”, cit., p.127-167. Afirmava-se pioneiramente naquela sede: “o que creio ser fundamental no meu ponto de vista é a busca de se tentar minorar as repercussões negativas nos filhos quando da separação ou divórcio de seus pais. Qualquer norma que veicule a ideia do *shared parenting* teria, na minha opinião, a perspectiva de dar aos pais essa visão que privilegia as crianças e o relacionamento com elas. *Pode ser pueril imaginar que essa é uma forma de estimular a relação pais-filhos, mas não é*” (p.149).

Art. 1.583, Código Civil:

“ A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns...”

Art. 1.584, Código Civil:

“A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

Seguramente, os aludidos dispositivos merecem encômios.

É que, no campo da vivência cotidiana em varas de famílias, não é incomum perceber há uma tendência de enxergar que a erosão do afeto nos relacionamentos afetivos (casamento, união estável, união homoafetiva...) – marcada pelos solavancos naturais decorrentes da ruptura – implicaria também na necessidade atávica de acerto do destino dos filhos, como se os efeitos dissolutórios da relação atingissem, além dos cônjuges ou companheiros, também os pais e os seus filhos.

Ou seja, historicamente o sistema jurídico se inclinou por entender que a ruptura da relação afetiva traria consigo, a reboque, a redefinição da convivência entre os pais e os filhos: um deles se transformava em guardião e o outro em mantenedor (devedor de alimentos) e visitador.<sup>4</sup> Através do instituto da fixação da *guarda de filhos*, portanto, sempre se impôs uma opção (traumática, diga-se *en passant*) para a convivência entre pais e filhos após a dissolução afetiva: um se transformando em guarda, o outro em alimentos e visitação.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> “Se o desquite for litigioso, a sentença que o julgar mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a quota com que o culpado concorrerá para a educação deles”, BEVILÁQUA, Clóvis, cf. *Direito da Família*, cit., p.287.

<sup>5</sup> “A guarda compartilhada desfaz a grande desigualdade que vinha acontecendo com o modelo tradicional de guarda única (geralmente indicada somente à mãe): considerando-se um mês de trinta dias (em média), o pai (até, então, o não guardião) não se limita a apenas quatro dias no

Em tempos mais recentes, porém, lastreado na necessária visão interdisciplinar do fenômeno familiar, o Direito das Famílias contemporâneo vem (re)conhecendo uma nova compreensão da matéria, com o propósito de respeitar a tábua axiológica constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade) e a proteção integral infante-juvenil, garantida constitucionalmente.

É nessa arquitetura que alvoreceu a *guarda compartilhada* ou *guarda conjunta* – já recomendada pela Psicologia<sup>6</sup> – como mecanismo para resguardar os interesses dos filhos menores nas dissoluções afetivas.

Efetivamente, a guarda compartilhada diz respeito à forma (inovadora) de custódia de filhos (de pais que não convivem juntos) pela qual *a criança ou adolescente terá uma residência principal* (onde desenvolverá a sua referência espacial, com o relacionamento com vizinhos, amigos, escola...), mantendo, porém, uma *convivência simultânea e concomitante com o lar de ambos os genitores, compartilhando do cotidiano de ambos os lares* (aniversários, alegrias, conquistas...). Enfim, é o *exercício do mesmo dever de guarda por ambos os pais*.

Com a guarda conjunta, propicia-se à criança ou adolescente o exercício do poder familiar com a maior amplitude possível e também a participação direta dos pais, em igualdade de condições na criação e educação dos filhos. Seu sentido ultrapassa a distribuição de tarefas, garantindo o duplo e efetivo exercício do vínculo paterno-filial.<sup>7</sup>

Além disso, o compartilhamento da guarda dos filhos almeja reorganizar as relações entre os componentes de uma família após a sua desagregação pela

---

mês, e o convívio passa a ser mais amplo, porque preserva os laços afetivos e constrói a intimidade entre pai-filhos e mãe-filhos, a partir do princípio fundamental de que pai e mãe *não são visitas*", SILVA, Denise Maria Perissini, cf. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*, cit., p.99.

<sup>6</sup> SÍLVIO NEVES BAPTISTA, endossando o raciocínio, preleciona que "do ponto de vista psicológico, a guarda compartilhada oferece a grande vantagem ao filho de suavizar a ruptura decorrente da separação dos pais, conservando os laços existentes entre eles e os filhos, na medida em que os genitores continuam a participar em conjunto da vida deles, tal como faziam antes da dissolução da sociedade conjugal, estável ou concubinária", cf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 36-37.

<sup>7</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de, cf. "Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio", cit., p. 364.

ruptura da conjugalidade ou da convivência entre os pais. Evita-se que a dissolução da relação afetiva reverbere sobre a relação paterno-filial.

Nessa levada, inclusive, partindo da premissa de que a ruptura da relação conjugal ou convivencial não afeta, sequer longiquamente, o exercício do poder familiar (já que os ex-cônjuges ou ex-companheiros não deixam de ser pais),<sup>8</sup> nota-se que através da *guarda compartilhada os genitores compartilham a convivência com a sua prole, mantendo uma efetiva participação no seu cotidiano.*<sup>9</sup> Prospectando, pode-se imaginar o compartilhamento da guarda com um dos pais assumindo a responsabilidade de levar os filhos na escola, diariamente, enquanto o outro deve pegá-los ao fim do horário escolar. Com um deles almoçando com os filhos nas segundas, quartas e sextas, *verbi gratia*, dentre infinitas possibilidades que devem ser enquadradas casuisticamente, com uma importante atividade criativa do magistrado.<sup>10</sup>

Amplia-se, a um só tempo, a tutela jurídica dos interesses dos filhos<sup>11</sup> e do exercício do poder familiar pelos pais.

Há, portanto, um inescandível fundamento constitucional na guarda compartilhada, materializando a proteção integral infanto-juvenil. E, bem por isso, admitimos o cabimento também de um *compartilhamento da guarda não apenas entre os pais, mas, por igual, entre os pais e terceiros, como os avós, por exemplo, quando o melhor interesse da criança ou do adolescente assim apontar.*

---

<sup>8</sup> A clareza solar do art. 1.632 do *Codex* exige referência: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável *não alteram as relações entre pais e filhos* senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

<sup>9</sup> “A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício 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”, DIAS, Maria Berenice, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p.395.

<sup>10</sup> Bem explicitando essa necessária *criatividade* do juiz na fixação da guarda compartilhada, WALDYR GRISARD FILHO adverte: “nesta quadra do Direito de Família, *não há lugar para rigidez formal nem hábitos estandardizados, que mascaram os preceitos constitucionais da igualdade e da liberdade dos cônjuges referentes à sociedade e obscurecem o exercício de uma paternidade responsável*”, cf. “Guarda compartilhada”, cit., p. 223.

<sup>11</sup> “Não se protege a segurança da relação privando o filho do conhecimento do outro genitor. Ao contrário, isso constitui a promessa de uma enorme insegurança futura, e que já estaria presente desde a instauração de tal medida, visto que isso é uma anulação de uma parte da criança através da qual lhe é indicado, implicitamente, que esse outro é alguém desvalorizado e falho. Essa segurança ao preço da anulação de uma parte da criança, o que quer dizer? É como se se quisesse reunificar a criança, dando-lhe um único genitor, uma única pessoa. Isso é uma regressão”, DOLTO, Françoise, cf. *Quando os pais se separam*, cit., p.51-52.

## 2. Separando o joio do trigo: distinções relevantes entre a guarda compartilhada e a guarda alternada

Todavia, a guarda conjunta não implica em alternância de convívio. Guarda compartilhada, enfim, não é guarda alternada.<sup>12</sup>

Não significa que a criança ou adolescente terá duas casas, alternando-se pelos dias numa e noutra. Essa situação, inclusive, já se revela, de certo modo, perniciososa aos interesses menoristas. Na guarda conjunta, o menor terá um único domicílio, contando com a presença de ambos os genitores.

E, bem por isso, o compartilhamento da guarda não elimina a obrigação alimentícia dos pais, que continuam obrigados a colaborar materialmente para o sustento da prole, proporcionalmente à sua capacidade contributiva e considerados os gastos comuns e necessários daquele com quem o filho estiver residindo.<sup>13</sup> Já há, inclusive, precedentes nesse sentido em nossos Pretórios, valendo a pena conferir:

“Exoneração de alimentos. Genitor que alega que não deve mais arcar com os alimentos ao menor porque exerce sobre ele guarda compartilhada. Extinção sem julgamento de mérito mantida.

Alimentos fixados no próprio acordo que estabeleceu a guarda compartilhada. Verba ajustada já levando em consideração a guarda conjunta. Ausência de alteração na condição econômica das partes a ensejar o pedido de restituição, nos termos do art. 1.699, do CC/02. Não

---

<sup>12</sup> “A guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio, acaso os pais residam em localidades diferentes...” (STJ, Ac.2ªSeção, CC 40.719/PE, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.25.8.04, DJU 6.6.05, p. 176).

<sup>13</sup> A orientação prevalente em nossos Pretórios vai sendo sedimentada assim: “a guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas” (TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., Aginstr.70016420051, rel. Desa. Maria Berenice Dias, j.4.10.06).

provimento”.

(TJ/SP, Ac. 4ª Câmara de Direito Privado, ApCív. 637.870.4/4 - comarca de São Roque, Ac. 4167814, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j.29.10.09, DJESP 1.12.09)

Explica KAREN RIBEIRO PACHECO NIOAC DE SALLES que o sistema de guarda compartilhada mantém, apesar “da ruptura do casal, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança. Quando se fala em guarda conjunta, deseja-se, realmente, o exercício em comum da autoridade parental em sua totalidade. A noção de guarda compartilhada consiste no exercício em comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas relativas e necessárias à pessoa da criança, fazendo os pais adaptarem-se a novas posições e/ou situações, até então não acordadas previamente”.<sup>14</sup>

Em curioso precedente, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul posicionou-se no sentido de que o crescimento do menor, convivendo, simultaneamente, em dois diferentes lares (dos seus pais, respectivamente), com realidades sociais e econômicas diversas, propicia um melhor desenvolvimento de sua personalidade. Senão vejamos:

“Apelação cível. Ação de modificação de guarda. Guarda compartilhada. Duplicidade de residências. Interesse do menor. Desenvolvimento sadio e formação. Recurso improvido. Com a guarda compartilhada, em duplicidade de residências, a criança irá circular entre as duas casas – paterna e materna – conhecendo das realidades distintas que a cercam, inclusive financeira, situação que se mostra mais propícia ao desenvolvimento sadio e a sua formação, atendendo melhor aos seus interesses.”

(TJ/MS, Ac.3ªCâm.Cív., ApCív. 2010.011812-6/0000-00 -

---

<sup>14</sup> SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de, cf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 97.



comarca de Caarapó, rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, DJMS 3.8.10, p.16)<sup>15</sup>

Essa convivência com os pais em dois lares distintos não significa, porém, a existência de dois domicílios. A criança ou o adolescente terá um domicílio e uma referência espacial, mas conviverá em dois diferentes lares (respectivamente de seus pais).

O compartilhamento, destarte, incide sobre o processo decisório em relação à criança (escolha da escola, do esporte...), sobre a responsabilidade civil por dano causado pelo menor (CC, art. 932, I) e, principalmente, sobre o *convívio diuturno*. Enfim, ambos os pais mantêm uma autoridade equivalente sobre o filho, decidindo conjuntamente situações atinentes ao bem-estar, educação, cultura, lazer e criação da criança ou do adolescente. Há, efetivamente, uma *autoridade parental conjunta* na prática.<sup>16</sup>

O menor manterá vivos, acesos, os elos paterno-filiais com ambos os pais, o que se amolda, inclusive, à pluralidade familiar reconhecida constitucionalmente.

### **3. O compartilhamento da guarda nas demandas litigiosas: da normatividade expressa para além do texto codificado**

Expressamente, o art. 1.584 do Código Civil, com a redação emprestada pela Lei nº 11.698/08, estabeleceu a *guarda compartilhada como regra geral do sistema*

---

<sup>15</sup> E mais: “Apelação. Ação de guarda. Interesse de menor. Preservação. Estudo social. Constatação. Melhores condições. Fixação. Guarda compartilhada. O interesse maior que deve sempre prevalecer na ocasião do deferimento da guarda é o do menor. A guarda compartilhada hoje é regra e o juiz pode, de ofício, determiná-la e, para que isso ocorra, basta indícios nos autos que o compartilhamento atenda da melhor forma os interesses do menor. Simples desentendimentos do casal que ocorrem também na constância da união não devem servir como óbice ao deferimento da guarda compartilhada, uma vez que é possível uma das partes se indispor deliberadamente com o outro a fim de inviabilizar o instituto” (TJ/RO, Ac.2ªCâm.Cív., ApCív. 0018709-49.2009.8.22.0012, rel. Des. Miguel Mônaco Neto, j.7.7.10, DJRO 19.7.10).

<sup>16</sup> Atente-se que, sob o ponto de vista abstrato, a dissolução do casamento ou da união estável “não altera as relações entre pais e filhos”, como consta do art. 1.632 do Código Civil.

*jurídico brasileiro*, decorrendo a sua fixação de requerimento consensual das partes ou de decisão direta do juiz, ouvido o Promotor de Justiça (cujo compromisso, em tais demandas, não é com a manutenção do vínculo nupcial, mas com a proteção integral infanto-juvenil).

Diz, textualmente, o § 2º do art. 1.584 da atual Codificação Civil, que o juiz deverá aplicar, prioritariamente, *a guarda compartilhada, sempre que possível*, examinando previamente as condições fáticas de viabilidade. Daí o comentário pertinente do eminente jurista pernambucano SÍLVIO NEVES BAPTISTA:

“A guarda conjunta que os pais exerciam enquanto viviam sob o mesmo teto, deve figurar como a primeira opção do julgador, sempre que se discutir a guarda de menor na dissolução de vida em comum”.<sup>17</sup>

Em verdade, o referido diploma legal é declaratório, não constitutivo.

Isso porque a guarda compartilhada não foi criada pela lei, mas, tão só, admitida de modo expreso, com o escopo de evitar distorções ou negativas indevidas. A própria redação anterior do art. 1.584 do Código Civil já preconizava que o juiz, não havendo ajuste entre as partes, deveria atribuir a guarda ao genitor que apresentasse “*melhores condições*”, deixando subentendida a possibilidade de que, se apresentando ambos os genitores com condições adequadas, defluiria como consectário lógico, a guarda conjunta, respeitando, no ponto, o melhor interesse da criança (CF/88, art. 227).<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> BAPTISTA, Sílvio Neves, cf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 47.

<sup>18</sup> Já havia precedente em nossas Cortes de Justiça, corroborando desse pensar: “Apelação cível. Família. Relações de parentesco. Guarda de filha com 11 anos de idade. Permanência com a genitora. Atendimento do princípio da preponderância do interesse da criança. Preservação da situação que ocasiona bem-estar e maior estabilidade emocional e afetiva. Ausência de demonstração de que a criança se encontra sob risco. Inexistência de razão relevante que ateste a necessidade de alteração da situação existente. Animosidade entre os genitores. Não se mostra razoável a alteração da guarda de filho se inexistente situação de risco ou razão relevante para que não mais permaneça sob os cuidados de quem detém o encargo. Levando-se em consideração o estabelecido nos art. 1.584 do Código Civil, que recomenda que a guarda deve ser concedida àquele cônjuge que tiver melhores condições para criar o filho, há de buscar-se,

Parece-nos, então, que o ponto alto da inovação legislativa foi deixar claro, transparente, que mesmo existindo um conflito entre os pais, o juiz poderá compartilhar a guarda em respeito aos interesses infanto-juvenis, de ofício ou por provocação ministerial.

Com isso, afasta-se a falsa compreensão de que a guarda compartilhada somente seria cabível nas ações consensuais. A inteligência do § 2º do art. 1.584 do Código Reale é de clareza meridiana:

*“(…) § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”*

A regra é clara!

E, com isso, dúvida, destarte, inexistente quanto à possibilidade de compartilhamento da guarda ainda que se trate de uma demanda litigiosa (divórcio litigioso, dissolução de união estável litigiosa, guarda litigiosa de filhos etc).

Para além do texto legal, projetamos argumentos mais verticais.

Isso porque, em análise mais abrangente, infere-se que o palco mais iluminado para o exercício conjunto da guarda é, exatamente, o litígio, quando (e o cotidiano nas varas de famílias revela tal conclusão como inexorável) o genitor que detém a guarda utiliza o filho como um verdadeiro instrumento de chantagem, dificultando, de diferentes modos, o contato entre o pai-não guardião e o menor.<sup>19</sup>

---

sempre, o melhor atendimento dos interesses da criança, ostentando-se irrazoável que se altere a guarda anteriormente concedida a um dos genitores tão-somente em virtude de o outro não concordar com a forma como conduzida a vida cotidiana do filho. Impossível o deferimento da guarda compartilhada quando os pais não mostram o mínimo interesse de, abstraindo as diferenças pessoais que levaram à separação, manter conduta razoável com o bom senso que deve permear os relacionamentos interpessoais, mormente quando em jogo o desenvolvimento saudável da prole.” (TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., ApCív. 70029650033 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 14.10.09, DJRS 23.10.09, p. 38).

<sup>19</sup> Comungando com esse pensar e apresentando uma visão interdisciplinar do fenômeno da guarda compartilhada, veja-se o fundamento texto de LEILA MARIA TORRACA DE BRITO, cf.

Percebe-se às escâncaras: a guarda unilateral acirra o litígio, quando um dos pais tem cerceado o convívio cotidiano com o filho.

Basta pensar na angústia que assalta o genitor (e, seguramente, o filho) que somente pode estar com o *seu próprio filho* de quinze em quinze dias e, mesmo assim, por meras quarenta e oito horas...

É a pavimentação de um caminho que começa como um mero visitante e termina como um verdadeiro estranho ao filho.

É aqui que o pai-guardião usa a criança como objeto de seus interesses, condicionando o contato do outro genitor com o filho à obtenção de vantagens ou mesmo simplesmente obstando qualquer situação não regulada, sob o argumento de que o *juiz determinou que a visita somente ocorresse naquele período* (como se a decisão tivesse o condão de fazer cessar o laço afetivo nos outros dias).<sup>20</sup>

Bem por isso, mesmo na ausência de consenso entre os pais, poderá o juiz determinar o compartilhamento da guarda, estabelecendo um cotidiano convivencial para a criança ou adolescente, com ambos os lares de seus genitores, embora tenha um único domicílio. Exemplificando, poderá determinar que um deles pegará o filho na escola diariamente e almoçar com ele nas segundas, quartas e sextas-feiras.

Com isso, vislumbra-se que a guarda conjunta não pode estar submetida ao consenso entre os pais, sob pena de submetê-la ao crivo potestativo de um dos genitores – que poderia impedir um convívio mais amiúde do outro genitor com o seu filho. É dizer: a conclusão da inviabilidade de compartilhamento da

---

“Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio”, cit., p. 364.

<sup>20</sup> Em sentido diametralmente oposto e contrariamente ao que afirma o Código Civil, ROLF MADALENO defende o consenso entre os pais como um pressuposto do compartilhamento da guarda: “não é da índole da guarda compartilhada a disputa litigiosa, típica dos processos impregnados de ódio”. E mais adiante arremata: “existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os separandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada, apenas pela boa vontade e autoridade do julgador”, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p. 357-358. Também inadmitindo a guarda conjunta nas demandas litigiosas, BAPTISTA, Sílvio Neves, cf. *Guarda compartilhada*, cit., p.48-49. Dali se extrai: “guarda compartilhada não é solução para as divergências parentais”.

guarda quando inexistir um consenso entre os pais faria surgir uma dimensão arbitrária e abusiva (e inexistente!) do poder familiar.

Demais de tudo isso, restaria amesquinhada a guarda conjunta na medida em que o campo da dissolução da convivência afetiva é caracterizado, ordinariamente, por uma alta carga de dramas e instabilidades emocionais, o que pode embaçar a visão dos pais sobre o melhor interesse de seus filhos. Com isso, o princípio *the best interest of the child* restaria sacrificado pela falta de consenso entre os genitores.

Engrossando o coro, WALDYR GRISARD FILHO é lacônico, porém preciso: “*não é o litígio que impede a guarda compartilhada*”.<sup>21</sup>

Já há na jurisprudência dos Pretórios estaduais, inclusive, interessante precedente, reconhecendo o cabimento da guarda compartilhada, mesmo nas dissoluções afetivas litigiosas. Vale a pena conferir:

“União estável. Reconhecimento e dissolução, cumulada com partilha de bens e alimentos. Partilha de bem imóvel adquirido exclusivamente pelo varão antes do relacionamento. Prova demonstrando que os gastos de construção foram pagos com verbas indenizatórias trabalhistas do varão. Indenização indevida. *Aplicação da guarda compartilhada do menor. Sentença reformada.*”

(TJ/SP, Ac. 8ª Câmara de Direito Privado, ApCív.581.154-4/5-00 - comarca de Itatiba, rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 22.10.08)

Mais do que isso. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, também já estabeleceu um precedente sobre o tema, *asseverando, expressamente, que a guarda compartilhada deve ser almejada, inclusive nas demandas litigiosas:*

“(…) 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do

---

<sup>21</sup> GRISARD FILHO, Waldyr, cf. *Guarda compartilhada*, cit., p.205.

melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

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. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à

continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

(...)

10. *A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.*"

(STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp. 1.251.000/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.8.11, DJe 31.8.11)

Seguramente, trata-se de um relevante *precedente persuasivo* (*persuasive precedent*). Isso porque, conquanto não traga consigo eficácia vinculante (exclusiva das súmulas vinculantes, em nosso sistema jurisprudencial), constitui um indicativo seguro, apresentando a solução mais racional e socialmente adequada para o caso.<sup>22-23</sup>

Mais do que isso. O precedente parametriza uma orientação que deve ser seguida pelos julgados das instâncias ordinárias. Trata-se, pois, de uma orientação sobre a matéria para a qual se deve atentar, sob pena de fragilizar o sistema e causar insegurança. Sobre o tema, inclusive, vale conferir o correto posicionamento da Corte Superior de Justiça, deixando clara a necessidade de atenção aos precedentes judiciais verticais, para não causar instabilidade e insegurança no seio da sociedade:

*"(...) 2. A garantia de independência funcional não se confunde com a possibilidade de Magistrados proferirem decisões à margem ou ao arrepio da lei. Especificamente quanto à controvérsia em hipótese, nada justifica a postura do Juiz*

---

<sup>22</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, cf. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p.444-445.

<sup>23</sup> A força normativa dos precedentes já é acatada em nosso sistema jurídico (*civil law*), com tranquilidade. Em obra dedicada ao tema, THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE chega a verberar ser necessária a construção de uma teoria da argumentação jurídica *"com precedentes judiciais, com vistas a atender às demandas de racionalidade das decisões judiciais que aplicam precedentes como elementos de justificação jurídica. A teoria normativa dos precedentes judiciais pressupõe, portanto, o rechaço do não-cognitismo ético e a reabilitação da ideia da razão prática"*, cf. *Teoria do precedente judicial*, cit., p.190.

*sentenciante*, mormente quando já sumulou o Pretório Excelso que '[a] opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada' (Súmula n.º 718).

3. É injustificada a recalcitrância de se aplicar entendimento sedimentado em Súmulas do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores, sejam elas vinculantes ou não. Os diversos órgãos do Poder Judiciário devem proferir decisões em conformidade com a Jurisprudência firmada pelas Cortes de hierarquia superposta, em razão da necessidade de se primar pela segurança jurídica e pela celeridade na prestação jurisdicional. Doutrina.

(...)

5. Mais: *o acolhimento de entendimentos pacificados ou sumulados pelo Supremo Tribunal Federal ou por esta Corte – formalmente vinculantes, ou não – está longe de significar um 'engessamento' dos Magistrados de instâncias inferiores. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de*

*superposição. Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, e contribuem para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo."*



(STJ, Ac.unân. 5ª T., HC 254.034/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.10.02, DJe 24.10.12)

Efetivamente, a visão míope de que uma regulamentação rígida do sistema de visitação entre pai e filho serviria para arrefecer o litígio entre os pais foi, felizmente, superada. Quando se imaginava que delimitar o contato paterno-filial em finais de semana alternados e durante metade das férias escolares tenderia a evitar um agravamento do conflito, olvidava-se que a criança ou adolescente estava sendo punida, castigada, com o cerceamento (ou diminuição) do seu contato e do seu convívio com *ambos os pais* por igual.

Não custa refletir sobre a ansiedade que toma o filho para contar ao pai-visitante um resultado positivo na escola, no esporte ou mesmo, simplesmente, sentir o conforto revigorante do carinho paterno... E, ao revés, também é fácil perceber a angústia do genitor-visitante em cronometrar os necessários quinze dias para saber como anda o desempenho escolar ou para vê-lo e sentir-se pleno, enquanto criatura humana.

E não se tente contra-argumentar que a falta de consenso poderia esvaziar a importância do compartilhamento. Isso porque a *ratio essendi* da guarda conjunta não é extirpar as divergências ou conflitos entre os pais, mas garantir o melhor interesse da criança ou adolescente.

Aliás, ousamos afirmar que nas demandas litigiosas estão as cores, tons e matizes mais nítidos e vibrantes da guarda compartilhada.<sup>24</sup>

#### **4. Prospecções conclusivas**

Nessa linha de intelecção, impõe-se uma atenção redobrada nas ações

---

<sup>24</sup> Colhe-se interessante precedente na jurisprudência: “Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (a guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais” (TJ/MG, ApCív.1.0024.03.887697-5/001, rel. Des. Hyparco Immesi, j.9.12.04).

dissolutórias de casamento, de união estável e de união homoafetiva, de modo a reconhecer a necessidade de manter a plenitude do convívio entre pais e filhos, compartilhando a guarda de modo que os pais tenham contato com o filho não apenas nos finais de semana (alternadamente), mas, por igual, durante o cotidiano do menor.

Como não existe um arranjo prévio, uma fórmula pronta e acabada que atenda a todos os casos, a disciplina da guarda compartilhada dependerá do caso em concreto, consideradas as peculiaridades da criança ou adolescente e a disponibilidade dos pais.

Soluções que podem servir como parâmetro, ilustrativamente, seriam a fixação de dias da semana para levar e/ou pegar na escola, indicação de datas para que o filho almoce ou jante com cada um dos pais ou mesmo para tenha algum tipo de lazer. Note-se que a guarda compartilhada, por óbvio, reclama não apenas conhecimento, mas, igualmente, criatividade e sensibilidade do jurista. Vencendo a sua tendência natural a manter as coisas como sempre foram, é preciso enxergar que o processo que está em suas mãos não diz respeito aos *seus ideais pessoais* de família, procurando, com uma visão interdisciplinar (psicanalítica, sociológica, filosófica, jurídica...), achar o espaço mais adequado para a proteção integral da criança ou adolescente.

Sobre o tema, vale conferir relevante acórdão da Corte de Justiça do Distrito Federal, parametrizando a compreensão do tema e revelando particular cuidado no trato da matéria:

“Guarda de menor. Cerceamento de defesa. Ilegitimidade ativa. Princípio da proteção integral. Parecer técnico da secretaria psicossocial judiciária. Guarda compartilhada. Medida que melhor atende aos interesses da criança. Possibilidade.

01. Não há falar-se em cerceamento de defesa fundado em decisão judicial que afasta pedido de reprodução de parecer técnico de autoria da

Secretaria Psicossocial Judiciária que observou o que de ordinário se aplica à espécie e dele se verifica que as ilustres psicólogas atuaram com esmero, nada existindo que possa esmaecer a certeza das conclusões a que chegaram.

02. Não tem legitimidade para figurar no polo ativo da lide o demandante que não é titular da relação jurídica deduzida no processo, de forma que, não se verifica a 'pertinência subjetiva' necessária a afirmar a legitimidade *ad causam*.

03. De conformidade com os artigos 1.583 e 1.584 do CC, com a nova redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 11.698 de 13.07.2008, a guarda compartilhada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico.

04. Considerando que na guarda compartilhada pai e mãe continuam a representar o natural papel nuclear na vida da criança, decidindo ambos em conjunto e de comum acordo os assuntos importantes da vida do menor, bem ainda, tendo em vista que a guarda discutida, além de resguardar os direitos e interesses do adolescente ainda mantém intactos os vínculos parentais e de afetividade, forçoso é concluir que a modalidade da guarda em destaque é a que melhor dá cumprimento ao princípio da proteção integral da criança.

05. A guarda compartilhada requer para o proveito exitoso de seu deferimento, que os interessados, pai e mãe, residam no mesmo país, cidade e, se possível, no mesmo bairro, e, uma vez preenchido tais pressupostos, nada existindo a desaconselhar a sua adoção, é medida salutar que há de ser acolhida.

06. Recurso conhecido e parcialmente provido, sentença reformada em parte.”

(TJ/DFT, Ac. 1ªT. Cív., Rec.2006.01.1.097123-9, rel. Des. João Batista, DJU 23.3.09, p. 48).

O juiz, por evidente, deve assumir uma postura proativa para a obtenção do ajuste consensual entre os pais, envidando esforços para convencê-los de que ambos possuem os mesmos direitos e deveres em relação ao filho, sublinhando a relevância e significado de manter o convívio conjunto e as sanções que podem advir do descumprimento das cláusulas (§ 1º do art. 1.584 do Código de 2002).

É mister, inclusive, que esteja assistido por equipe interprofissional, composta de Psicólogo, Assistente Social etc., como sugerido pelo § 3º do art. 1.584 da Lei Civil.<sup>25</sup>

Entrementes, a guarda compartilhada deve ser afastada quando o melhor interesse da criança apontar em sentido diverso ou quando os pais, deliberadamente, não tiverem interesse no compartilhamento da convivência, seja qual for o motivo.

Constatada a inviabilidade da guarda conjunta, em uma hipótese ou na outra, tendo em vista o melhor interesse da criança ou adolescente e a sua proteção integral (como, por exemplo, para evitar casos de alienação parental),<sup>26</sup> o magistrado decretará a guarda unilateral em favor daquele que revele ter as *melhores condições*.<sup>27</sup> E percebendo que nenhum deles reúne condições

---

<sup>25</sup> Nessa mesma toada, recomendando a presença da equipe interdisciplinar nas ações em que se disputa a guarda de filhos, veja-se o Enunciado 335 da Jornada de Direito Civil: “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação por equipe interdisciplinar”.

<sup>26</sup> “Diagnóstico psicológico constatando indícios de alienação parental no menor, em face da conduta materna. Contatos paterno filiais que devem ser estimulados no intuito de preservar a higidez física e mental da criança. Princípio da prevalência do melhor interesse do menor, que deve sobrepujar o dos pais” (TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., AgInstr.70028169118, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, DJRS 24.3.09, in *RBDFamSuc* 11:164).

<sup>27</sup> O Enunciado 102 da Jornada de Direito Civil afirma que “a expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

adequadas para o exercício da guarda conjunta, a guarda pode ser confiada a um terceiro que “*revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade*” (CC, art. 1.584, § 5º).

Em arremate, por conseguinte, sobreleva explicitar que o compartilhamento da guarda de filhos dependerá da *vontade pessoal e própria* de cada um dos pais, em relação ao desejo de manter o contato pleno e direto com o filho, de modo *cotidiano e responsável*, independentemente da existência de *consenso entre os genitores*.

Equivale a dizer: não é preciso que o *outro genitor* consinta (que se trate de demanda consensual), mas que *cada um deles* queira.

Sem a vontade efetiva de cada um deles, frustrada restará a guarda conjunta. É que, com ela, aumenta-se, consideravelmente, a responsabilidade dos pais sobre os filhos, exigindo-se um maior tempo útil dos pais para a sua prole, em face da necessidade de convívio constante. E, naturalmente, a falta de vontade de um dos pais em assumir essa maior participação no processo de criação e crescimento do filho obstará o compartilhamento, deixando espaço, apenas, para a guarda unilateral. Afinal, ninguém está obrigado a dar afeto, nem mesmo ao filho.

Demais de tudo isso, deve-se notar que os conflitos familiares decorrem, muita vez, da própria condição pessoal de cada um dos genitores. Assim, a guarda conjunta pode servir, a depender do caso concreto, para (re)equilibrar psicologicamente as partes, o que, a toda evidência, é salutar para a criança ou adolescente.

Como bem se disse em inesquecível trecho musical, os pais, em verdade, são *crianças como você, o que você vai ser quando você crescer...* (RUSSO, Renato, *Pais e Filhos*).

## **Referências**

BAPTISTA, Sílvio Neves. *Guarda compartilhada*. Recife: Edições Bagaço, 2008.

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Campinas-SP: Red Livros, 2001.
- BRITO, Leila Maria Torraca de. “Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio”. In *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 3ª ed., 2006.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 8ª ed., 2013, vol. 2.
- DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*, Tradução Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*, Salvador: JusPodivm, 10ª ed., 2012.
- FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*, Niterói-RJ: Impetus, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 2005, vol. VI.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, São Paulo: RT, 2ª ed., 2002.
- \_\_\_\_\_. “Guarda compartilhada”. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o Direito de Família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MIZRAHI, Maurício Luís. *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires: Astrea, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 5.

NICK, Sérgio Eduardo. "Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados". In BARRETTO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 3ª ed., 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2002.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*, Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

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

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2010.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia*, Buenos Aires: Astrea, 4ª ed., 2002, Tomo 2.