

GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA PARA A DEFINIÇÃO DA FORMA DE CONVIVÊNCIA DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES COM SEUS GENITORES E A RECOMENDAÇÃO Nº 25/2016 DO CNJ.

Diego Oliveira da Silveira¹

Sumário:

1. Considerações iniciais; 2. A guarda compartilhada e a Lei nº 13.058/2014; 3. A guarda conjunta independente de consenso entre os pais na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a Recomendação 25/2016 do CNJ; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Resumo:

O presente artigo se aborda o instituto da guarda compartilhada, com as alterações realizadas pela Lei nº 13.058/2014 e se o Poder Judiciário, em especial o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vem aplicando a guarda compartilhada como regra, independentemente da existência de uma relação harmoniosa entre os genitores da criança e/ou do adolescente.

Palavras-chave:

Guarda Compartilhada - Lei nº 13.058/2014 - Resolução 25/2016 do CNJ.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Imperioso iniciar este artigo² destacando que os pais como titulares do poder familiar possuem o direito de conviver com seus os filhos, pois só desta forma podem orientar a formação e a educação da sua prole em toda a sua extensão e não de ser um pai e/ou mãe visitador a cada 15 dias ou o menor virar um “filho mochilinha”³. O poder parental é muito mais do que possuir a guarda fática do filho e a guarda compartilhada é a regra do nosso ordenamento jurídico pátrio, sendo indispensável o estudo da jurisprudência para investigar se o Poder Judiciário, em especial o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vem

¹ **Diego Oliveira da Silveira**, Advogado militante no Direito de Família, Mestre em Direito pelo Curso de Direitos Humanos da UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis, Diretor Executivo do IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul, Professor de Graduação do Curso de Direito da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor da Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões da PUCRS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; da Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões do IDC - Instituto de Desenvolvimento Cultural e da Pós-Graduação em Direito de Família Contemporâneo e Mediação da FADERGS - Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul e autor de artigos em obras jurídicas. Endereço eletrônico: dosilrgs@hotmail.com

² O presente artigo foi elaborado para integral a obra que contém as palestras e os trabalhos dos coordenadores do III Congresso Gaúcho de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul, nos dias 04 e 05/11/2016, em Santa Maria/RS. Informações no site: <http://www.ibdfam.org.br/congressogaucha/>

³ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**, de acordo com a Lei nº 13.058 de 22-12-2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

aplicando a guarda compartilhada ou se fez como ocorreu com a primeira dicção da normatividade (Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008) que instituiu a guarda conjunta, pois os julgados transformaram o que seria a regra (guarda compartilhada) em uma exceção, pois exigiam o consenso para o estabelecimento desse tipo de guarda.

A legislação vigente é no sentido de que na hipótese de divórcio litigioso ou de dissolução de união estável litigiosa sem acordo quanto à guarda dos filhos, será aplicada a guarda compartilhada, conforme determinou o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.058/2014, sendo que dita previsão legal se enfatiza:

Art. 1.584, § 2º do Código Civil - 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. (grifei)⁴

Em face da alteração realizada pela Lei da Guarda Compartilhada de 2014 (Lei nº 13.058/2014), importante fazer um breve resgate da situação normativa e do entendimento jurisprudencial anterior a essa lei, como forma de esclarecer os motivos pelos quais foi publicada essa nova legislação sobre a guarda conjunta.

Desde a década de 1970 a separação dos casais gerava a fixação da guarda unilateral para um dos genitores, na maior parte dos casos em favor da mãe dos menores, ficando o pai com o direito de visitar os filhos, geralmente, a cada 15 dias⁵.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e especialmente, a partir da valorização da presença da figura paterna na formação/educação dos filhos, começou-se a se repensar a forma do estabelecimento da guarda (geralmente, unilateral e conferida em favor da mãe) e iniciou-se o entendimento de que a guarda deveria ser compartilhada entre os dois genitores, pois o pai tinha direito de participar da formação do seu filho e o menor tinha o direito de conviver com o seu genitor⁶.

O ponto principal da guarda é o interesse do filho, sua integral felicidade e nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira identifica os melhores interesses da prole nas diretrizes constitucionais dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes e na sua origem estatutária (Estatuto da Criança e do Adolescente), porque que a autoridade parental se afastou inteiramente de um poder dos pais e de um dever dos filhos, dirigindo-se para uma

⁴ Art. 1.584, § 2º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Cabimento e pertinência da fixação da guarda compartilhada nas ações litigiosas. *In.*: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito e Processo das Famílias: novidades polêmicas**. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 152.

relação onde os genitores devem tutelar a personalidade dos filhos e trabalhar para a construção da autonomia e responsabilidade⁷.

O critério do *interesse do menor* só adquire eficácia quando examinada a situação de fato, a partir da consideração de elementos objetivos e subjetivos da casuística, tendo a jurisprudência permitido identificar algumas tendências no tocante às relações afetivas da criança e sua inserção no grupo social, como o apego ou a indiferença que ela manifesta em relação a um de seus genitores; o cuidado para não separar irmãos; as condições materiais, tais como o alojamento e as facilidades escolares e morais; o vínculo de afetividade entre o pai e o filho, seu círculo de amizades, ambiente social, qualidade de cuidados etc.⁸

Assim, não é sempre tão simples identificar onde residem *os melhores interesses do menor* na casuística das demandas a despeito de sua guarda judicial, porque existe um complexo de fatores a serem considerados pelo juiz, e cuja decisão não passa por sua exclusiva análise e avaliação, sendo de fundamental importância o magistrado se socorrer dos conhecimentos técnicos de assistentes sociais, psicólogos e até psiquiatras, sem se omitir de ouvir o menor,⁹ em ambiente neutro,¹⁰ que não interfira sobre a inteligência do filho cuja guarda está sendo judicialmente disputada. Não era (e continua sendo) nada infrequente que os juízes se deparassem com disputas judiciais, cujos pais vindicam a primazia da condição de guardador, muitas vezes motivados por seus egoísticos interesses pessoais, onde visam a causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que o verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar vínculos simples de amor.

O vocábulo *guarda* consiste na faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole, ou como refere Norberto Novellino,¹¹ tratar-se a guarda como uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, através do direito de fixar o lugar de residência da prole e com ela coabitar, tendo os descendentes menores sob seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental.

⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 130.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997. p. 195-197.

⁹ Hipótese prevista no § 3º do artigo 161 do ECA.

¹⁰ CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano, uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 67. Segundo o autor, “que busca reduzir o dano durante a produção de provas em processos, sejam eles de natureza criminal ou civil, nos quais crianças e adolescentes são vítimas ou testemunhas, para que sejam garantidos seus direitos e sua condição de pessoa em desenvolvimento”.

¹¹ NOVELLINO, Norberto J. **Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial**. Buenos Aires: García Alonso, 2008. p. 30.

A custódia decorre da lei, como consequência natural do poder familiar, dos direitos da tutela, da adoção,¹² ou até mesmo das circunstâncias fáticas. O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990), com as alterações da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, estabelece que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e acrescenta, no § 1º, que a guarda tem por destino regularizar a posse de fato, que se torna uma posse de direito, visando a atender aos superiores interesses da criança e do adolescente.

Têm os pais o direito de ter consigo seus filhos, para cuidá-los e vigiá-los, e, em contrapartida, têm os filhos a obrigação de viver em casa com seus progenitores, sendo dever dos pais dirigir a formação da sua prole, encaminhando-a para a futura vida adulta e social; e, uma vez sobrevindo a separação dos pais, a guarda dos filhos pode ser conferida a qualquer um dos genitores, podendo ser confiada também a terceiro. Havendo ruptura do casamento ou da união estável pela via consensual, será observado aquilo que os pais acordarem sobre a guarda dos filhos.

Historicamente a guarda dos filhos na hipótese de separação dos pais foi considerada como custódia individual, maciçamente outorgada à mãe, salvo raras e graves exceções capazes de afetar os interesses do menor. A preferência em favor da mãe para continuar com a custódia dos filhos na separação dos pais era tida como razoável para o contexto social e familiar existente em um período em que a mulher não trabalhava e costumava ter tempo para poder se dedicar inteiramente ao lar e aos filhos, sendo deferido ao pai a faculdade de visitar seus filhos. Outro fator favorável à guarda materna decorria da idade dos filhos, pois era entendido que sendo pequenos, tinham maior necessidade e dependência da mãe. Embora a separação dos pais não lhes retire o poder familiar sobre os filhos, indubitoso reconhecer que o detentor da guarda física dos filhos toma as decisões diárias acerca dos interesses da prole. Uma noção conjunta de decisões dos pais velando por seus filhos só era juridicamente concebida durante a harmônica convivência dos pais.

Todavia, com a instituição da guarda compartilhada, inicialmente aprovada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, o artigo 1.583 do Código Civil passou a adotar a versão da guarda compartilhada dos filhos comuns, e por conta da qual os pais, mesmo não mais morando sob o mesmo teto, dividem a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

¹² OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006. p. 95.

Assim, a guarda compartilhada buscava resgatar esse ambiente de harmonização e de coparticipação ou cooperação dos pais na educação e formação de seus filhos comuns, no salutar propósito de não dar qualquer solução de continuidade no exercício efetivo do poder familiar, tão relevante no que respeita à educação e formação dos filhos e, desse modo, minimizar os efeitos negativos da separação dos pais.

Mister apontar que os defensores da custódia compartilhada argumentam ser uma das suas principais virtudes, a de garantir o direito de a criança relacionar-se com seus dois pais, reduzindo a área de conflito entre ex-consortes ou companheiros, ao eliminar uma disputa entre “ganhador e perdedor”¹³ e principalmente, com sua formulação, para que mãe separada não mais assuma sozinha o peso da criação, educação e formação dos filhos e reparta essa difícil e sempre complicada tarefa que têm os pais de criar seus filhos.

Com a separação dos pais a guarda compartilhada tem a função de preservar em condições de igualdade seus laços de interação com seus filhos, permanecendo o mais próximo possível do relacionamento existente durante a coabitação dos genitores. A guarda compartilhada reconhece e põe em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e os do superior interesse da criança,¹⁴.

Contudo, nas ações propostas após a publicação da Lei nº 11.698/2008 existia muito litígio entre os genitores das demandas e isso fez com ocorressem fortes desentendimentos entre os pais no exercício da guarda.

Com isso, a aplicação da guarda compartilhada pelo Poder Judiciário de todo o país foi muito tímida, pois os julgados eram, em sua grande maioria, no sentido de que era difícil impor a guarda compartilhada por ordem judicial quando não existisse diálogo e cooperação entre os pais detentores do poder familiar, conforme refere Conrado Paulino da Rosa¹⁵.

Assim, os Tribunais passaram a aplicar o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, ao estabelecer que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que divulgue melhores condições para o exercício da custódia, detendo mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde, segurança e educação.

Em face dessa circunstância, o Poder Judiciário vinha estabelecendo a guarda unilateral para um dos genitores (geralmente a mãe), ficando o outro genitor com o direito a visitas, pois os julgados eram fortes no sentido de que havendo conflito entre os pais ficava

¹³ BANDERA, Magda. **Custódia compartilhada**. Espanha: Arcopress, 2005. p. 99.

¹⁴ BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Edições Bagaço, 2008. p. 35.

¹⁵ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**, de acordo com a Lei nº 13.058 de 22-12-2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65-68.

inviabilizada a fixação da guarda compartilhada, pois o julgador apontava que o litígio constante não era compatível com a guarda conjunta dos genitores, conforme se observa o teor do fragmento do seguinte julgado:

1. 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 amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 2. **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; mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida.**¹⁶

Entretanto, se um dos genitores não queria guarda compartilhada (geralmente a mãe), bastava gerar o conflito e assim não se aplicava esse instituto. Então, no final do ano de 2014 foi publicada a Lei nº 13.058/2014, a qual alterou o art. 1.584 do Código Civil para estabelecer que a guarda compartilhada é a regra ao sistema e que ela pode ser requerida por consenso dos pais ou pode ser decretada pelo juiz, em atenção as necessidades dos menores e em atenção a distribuição de tempo de convivência do filho com o pai e com a mãe¹⁷.

Portanto, é importante a análise do instituto da guarda compartilhada e se a Lei nº 13.058/2014 e se a aplicação impositiva da guarda compartilhada pelo Poder Judiciário contempla os melhores interesses da criança e/ou adolescente ao estabelecermos que esse tipo de guarda deve ser estabelecida, independentemente, de consenso entre os pais.

2. A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058/2014

Em situação de normalidade matrimonial, ambos os pais são titulares do poder familiar e o exercem ao mesmo tempo, contudo, sobrevindo a separação do casal, tradicionalmente, a guarda era atribuída de forma unilateral, com ampla tendência para a custódia materna, especialmente quando os filhos ainda tinham pouca idade.

O divórcio dos pais não repercute nas regras de atribuição do exercício do poder familiar, que é exercido em conjunto com o outro genitor, cuja atividade compreende os aspectos pessoais e patrimoniais relacionados com a prole, mas é preciso indicar qual dos progenitores deverá exercer a guarda física dos filhos, encarregado dos cuidados diários da prole.

¹⁶ Apelação Cível nº 70059147280, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, unânime, julgada em 16/04/2014 - grifei.

¹⁷ A Lei nº 13.058/2014 foi publicada em 22/12/2014 estabeleceu que mesmo quando houver acordo entre mãe e pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder parental, deverá ser instituída a guarda compartilhada.

Na guarda compartilhada ou conjunta, os pais conservam mutuamente o direito de custódia e responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados sua posse.¹⁸ A noção de guarda conjunta está ligada à notícia de uma cogestão da autoridade parental, como aponta Waldyr Grisard Filho: “A guarda conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental (...) é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.”¹⁹

É inquestionável que os pais sempre devem compartilhar suas responsabilidades para com os cuidados de seus filhos, assim procedendo com maior intensidade enquanto coabitavam, mas cuja responsabilidade não desaparece e talvez tenha de ser redobrada em razão da separação dos pais.

A guarda compartilhada não está vinculada à repartição do tempo de permanência dos pais separados para com seus filhos comuns, mas que o compartilhamento da guarda se verifica pelo desenvolvimento de outras funções, que passam pelo dever de velar pela prole, ou seja, pelo exercício do direito e dever de vigilância e controle dos filhos, e pelo dever de colaboração a ser observado pelos pais; tendo-os em sua companhia nos tempos distribuídos para as visitas, e com eles mantendo constante comunicação, não obstante a não convivência.

A noção de divisão de tempo de permanência dos pais separados em relação a seus filhos foi prontamente absorvida pela redação conferida ao artigo 1.584 do Código Civil, cujo inciso II afirma que o juiz tem o poder de distribuir o tempo dos filhos em conformidade com suas reais necessidades de convívio com cada qual dos pais, exatamente para que eles possam efetivamente participar da vida cotidiana dos filhos, cuja presença era relegada pela via exclusiva da guarda unilateral, devendo a guarda compartilhada ser compreendida como sendo o coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns, porquanto, eles repartem estas suas naturais responsabilidades como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências, como infelizmente, muitos confundem com a guarda alternada, na qual se alternam ou se dividem os dias de permanência dos pais com seus filhos, daí ensinar Silvio Neves Baptista “que a guarda conjunta não se confunde com a guarda alternada, consistindo esta na divisão do tempo de permanência dos pais com os filhos, de maneira a possibilitar que o filho conviva com um e com outro em períodos alternados de tempo”.²⁰

¹⁸ CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.asp>> e acesso em 24/05/2015.

¹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: RT, 2000. p. 111.

²⁰ BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Bagaço, 2008. p. 30.

Portanto, a divisão de tempo prevista no art. 1.584, II do Código Civil não se constitui em uma divisão igualitária do tempo em que o filho ficará com o pai e com a mãe, mas sim que compete ao juiz distribuir o tempo de convivência de uma forma que contemple as necessidades das crianças e/ou dos adolescentes, pois não é saudável para os menores que ele não tenha vínculos com a sua residência, sendo que a ausência da designação de uma casa para o filho dificulta que ele forme laços com o ambiente em que está morando e isso é prejudicial para o desenvolvimento do menor.

O exato significado da expressão “guarda compartilhada”, lembrando, que a guarda conjunta quando ordenada ou organizada pelo desejo recíproco dos pais em estágio de separação, respeita a perfilhar as funções de cada ascendente com relação ao cotidiano e aos interesses gerais dos planos pessoais de cada dependente menor ou incapaz, ao que, segue a referida autora dizendo que as decisões diárias sobre a vida, saúde, educação e outras questões relacionadas aos filhos comuns, deve adotá-las aquele genitor com quem o menor se encontra fisicamente, ou em cuja casa está morando no instante de adotar a medida pertinente.²¹

A guarda compartilhada, como expressão fidedigna do princípio de corresponsabilidade familiar implica que, as questões relativas à vida diária do filho passam a ser assumidas através de consulta, sem necessidade de habitar sob o mesmo teto e arremata que, “em uma sociedade globalizada, caracterizada pela proliferação de meios interpessoais de comunicação cada vez mais acessíveis e expeditos, não é necessária a concorrência física de ambos os pais para resolverem sobre matérias de caráter ordinário relacionadas com o menor”.²²

É a partilha da guarda jurídica, da autoridade de pai, que não se esvai pela perda da companhia do filho e em troca das visitas decorrentes da separação dos pais, contudo, para que a guarda conjunta tenha resultados positivos faz-se imprescindível a sincera cooperação dos pais, empenhados em transformarem suas desavenças pessoais em um conjunto de atividades voltadas a atribuir estabilidade emocional e sólida formação social e educativa aos filhos criados por pais separados.

Nesse viés, Karen Nioac de Salles²³ afirma ser o objetivo da guarda conjunta o exercício em comum da autoridade parental em sua totalidade, estendendo aos pais as mesmas prerrogativas na tomada de decisões acerca dos destinos de seus filhos criados sob a ótica da separação dos pais.

²¹ BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Bagaço, 2008. p. 30.

²² BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Bagaço, 2008. p. 33.

²³ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 97.

Registra-se, que a Nova Lei da Guarda Compartilhada estabelece que o tempo de convivência 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 menores²⁴.

Inclusive, refere com propriedade Conrado Paulino da Rosa que a Lei nº 13.058/2014 veio em boa hora dirimir o mito do filho “mochilinha”, pois altera o tratamento equivocado realizado pela Lei nº 11.968/2008, a qual tratava equivocadamente de guarda compartilhada como guarda alternada²⁵.

Logo, clarificado que não interessa na guarda compartilhada a quem estará sendo atribuída a custódia física do filho, como acontece na guarda unilateral, ou no seu arremedo de guarda alternada, pois na guarda conjunta não conta o tempo de custódia, tratando os pais de repartirem suas tarefas parentais, assumindo a efetiva responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos, e não só a um deles, como sucede na guarda unilateral.

3. A GUARDA CONJUNTA INDEPENDENTEMENTE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E A RECOMENDAÇÃO 25/2016 DO CNJ

A Lei nº 11.698/2008 estabeleceu que a guarda compartilhada seria fixada pelo Poder Judiciário, sempre que possível e os julgadores²⁶ passaram equivocadamente a entender que esse “sempre que possível” era quando houvesse acordo entre os genitores e assim, a guarda compartilhada passou a ser a exceção ao sistema e não a regra, pois grande parte dos divórcios litigiosos ou das dissoluções de união estável litigiosas havia ressentimento entre os genitores dos filhos e isso gerava brigas entre os pais. Ora para os casos em que esse ressentimento não existia, os pais mantinham um diálogo natural e não havia a necessidade da fixação da guarda conjunta ou compartilhada, conforme refere Conrado Paulino da Rosa²⁷.

Registra-se, que a nova redação do § 2º do art. 1.584 do Código Civil, dada pela Lei nº 13.058/2014, não deixa dúvida de que a partir dessa alteração legislativa que a regra para a fixação da guarda é o compartilhamento da guarda e que o juiz **DEVE** aplicá-la ou não

²⁴ Nova redação dada ao § 2º do art. 1.583 do Código Civil dada pela Lei nº 13.058/2014.

²⁵ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**, de acordo com a Lei nº 13.058 de 22-12-2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

²⁶ “Guarda compartilhada. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido” (Apelação Cível nº 7000713382, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias, julgada em 29.10.2009).

²⁷ ROSA, Conrado Paulino. A transição do “eu ganhei a guarda” para o compartilhamento da guarda como regra geral: primeiras reflexões sobre a Lei 13.058/2014 no direito brasileiro e sua aplicabilidade como meio de prevenção à alienação parental. *In.*: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Um presente para construir o futuro: diálogos sobre Família e Sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015. p. 14.

pode quando era possível, como constava na redação anterior, conforme se constata da análise comparativa desses dispositivos legais:

Redação anterior do art. 1.584, § 2º do Código Civil - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que POSSÍVEL**, a guarda compartilhada. (grifei)²⁸

Redação atual do art. 1.584, § 2º do Código Civil - 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 desejar a guarda do menor. (grifei)²⁹

Inclusive, a expressão no dispositivo “sempre que possível” é que dava margem ao Poder Judiciário que não aplicasse a guarda compartilhada quando houvesse litígio entre os pais, pois o compartilhamento da guarda era incompatível com as brigas dos genitores e isso tornava IMpossível o estabelecimento da guarda conjunta³⁰.

Essa interpretação começou a ser modificada com o julgamento de um acórdão paradigma da Min. Nancy Andrighi que apontou que a guarda compartilhada deveria ser fixada, **independentemente do consenso entre os genitores**, pois a guarda conjunta era o ideal a ser buscado no exercício do poder parental entre pais separados³¹.

Então, a nova redação do artigo 1.584, § 2º do Código Civil, dada pela Lei nº 13.058/2014, não deixa mais dúvidas de que a guarda compartilhada é a regra na fixação da guarda de pais separados e que a mesma, somente, não poderá ser estabelecida se ficar demonstrado no processo que um dos genitores não possui condições (havendo riscos aos menores) de desempenhar o poder parental ou se um dos pais abrir mão da guarda conjunta.

Portanto, a regra a partir da nova redação do art. 1.584, § 2º do Código Civil é a guarda compartilhada e o Poder Judiciário, somente, poderá deixar de aplicá-la se incidir uma das duas exceções: a) inaptidão de um dos genitores para o exercício do poder familiar, sendo

²⁸ Art. 1.584, § 2º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008.

²⁹ Art. 1.584, § 2º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014.

³⁰ “Agravado de Instrumento. Guarda compartilhada. 1. Pequenas são as chances de bom êxito no estabelecimento de guarda compartilhada e, no caso dos autos, praticamente certo é o seu insucesso, uma vez que do relato da petição do recorrente se percebe as dificuldades em superar a ruptura da relação de casamento, em geral recoberta de mágoas e ressentimentos. 2. Esta circunstância faz fracassar a convivência pós-separação livre de conflitos e prejudica o projeto de guarda compartilhada que exige um nível de relacionamento ausente entre os litigantes. 3. O desejo paterno de convivência com os filhos e a consideração aos melhores interesses das crianças autorizam que seja ampliada a escala de visitas, com inclusão de um dia a mais por semana. Por maioria, deram provimento para ampliar o regime de visitação, vencida a presidente que dava provimento para instituir a guarda compartilhada” (Agravado de Instrumento nº 70014577217, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 10.05.2006).

³¹ Recurso Especial nº 1.251.000-MG, 3ª Turma do STJ - Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Min. Nancy Andrighi, unânime, julgado em 23/08/2011.

que essa falta de aptidão deve estar relacionada a um risco para o filho e b) declaração de um dos pais de que não deseja a guarda do menor.

Agora, cabe questionar se o estabelecimento da guarda compartilhada na ausência de consenso entre os genitores se tutelará o melhor interesse das crianças e/ou dos adolescentes, pois o exercício do poder parental de forma conjunta deve ser realizada para que sejam protegidos os melhores interesses dos menores e não para os interesses (muitas vezes não socorridos pela boa-fé) dos genitores³².

O tempo dirá se guarda compartilhada fixada para pais que não tenham consenso e que possuam uma relação belicosa é a melhor alternativa para esses casos, mas o que não há qualquer sombra de dúvida de que a situação anterior não poderia permanecer, pois a convivência entre pai e filho (maioria expressiva das guardas unilaterais são maternas) e o exercício do poder parental pelo pai deve ser buscado pelos operadores do direito, eis que não se admita mais o pai de programas restritos a *fast food* ou visto como um mero visitante, conforme aponto com brilhantismo Conrado Paulino da Rosa³³.

Destaca-se, que os operadores do direito não devem permitir que a Nova Lei da Guarda Compartilhada seja utilizada para outros interesses do que o compartilhamento do poder parental. Frisa-se, que essa importante alteração legislativa não deve ser aplicada para tentar reduzir o pagamento dos alimentos, pois é previsível que aporem muitas demandas pleiteando a divisão do tempo em 50% para cada genitor e conseqüentemente, com pedido de exoneração ou redução da verba alimentar, em face de que o menor passará a ficar menos tempo na guarda da outra parte (na maior parte dos casos a mãe).

O viés econômico na fixação ou não da guarda compartilhada, também, pode ser visualizado na nova redação do § 5º³⁴ do art. 1.583 do Código Civil, dada pela Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014), o qual estabelece que se a guarda for unilateral, o genitor que não a possua será parte legítima para requerer a prestação de contas dos assuntos relacionados aos menores, leia-se: prestação de contas dos alimentos recebidos.

³² MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada. In.: IBIAS, Delma Silveira (coord.). **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais**. Porto Alegre: IBDFAM/RS - Letra&Vida, 2013. p. 130-131.

³³ ROSA, Conrado Paulino. A transição do “eu ganhei a guarda” para o compartilhamento da guarda como regra geral: primeiras reflexões sobre a Lei 13.058/2014 no direito brasileiro e sua aplicabilidade como meio de prevenção à alienação parental. In.: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Um presente para construir o futuro: diálogos sobre Família e Sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015. p. 17.

³⁴ Art. 1.583, § 5º do Código Civil – A guarda unilateral obriga o pai e a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (redação dada pela Lei nº 13.058 de 22/12/2014).

Claro que a supervisão da forma pela o genitor (geralmente a mãe) administra os alimentos pagos pelo outro genitor (geralmente o pai) para a subsistência e educação do filho é de extrema importância para a tutela dos menores interesses do menor, mas isso não pode ser utilizado como uma forma de atingir o seu ex-consorte.

Essa previsão (possibilidade de prestação de contas) e especialmente a possibilidade de que se interprete que o tempo de convivência do filho com os pais deve ser dividido de forma igualitária, certamente, resultará no crescimento de ações em que o genitor (geralmente o pai) que não possui a guarda unilateral venha pleitear o estabelecimento da guarda compartilhada, dividindo o tempo de convivência do filho em 50% e conseqüentemente, requerendo a exoneração ou a redução dos alimentos, afinal, o menor passará a ficar menos tempo na companhia do outro genitor (geralmente a mãe).

Acredita-se que esse não é o melhor caminho ser seguido ao importante instituto da guarda compartilhada e os operadores do direito deverão ser prudentes ao estabelecer o compartilhamento da guarda, sendo que o principal é a divisão das decisões inerentes ao poder familiar.

Em face disso, cabe analisar como tem se portado a jurisprudência do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul após a publicação da Nova Lei da Guarda Compartilhada.

Frisa-se, que em muitos casos o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não vem aplicando a guarda compartilhada, em face da litigiosidade dos pais, deixando de aplicar a regra prevista no art. 1.584, § 2º do Código Civil Brasileiro, como se observa do teor da ementa, ilustrativamente, abaixo colacionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA GUARDA PARA A MODALIDADE COMPARTILHADA.

A decisão agravada não acolheu o pedido para, de plano, fixar a guarda compartilhada, sendo que em dissolução de união estável de 2012 os litigantes acordaram a guarda à agravada. A decisão deve ser mantida, pois, se se quer um estado constitucional que efetivamente promova os princípios da proteção integral e da garantia ao melhor interesse das crianças e adolescentes (art. 227 CF), não se pode entender a guarda compartilhada como um imperativo legal dotado de automaticidade. De modo que, não obstante o texto legal vigente, não está o julgador obrigado ao seu cumprimento estrito (e estreito). No caso, não há elementos no recurso para justificar a antecipação de tutela requerida, tampouco para a redução do valor de alimentos que fora acordado. Mormente em decisão liminar, inaudita altera parte. Por sinal, tem-se tornado bastante frequentes pedidos de guarda compartilhada cumulados com redução de alimentos, o que se mostra uma curiosa coincidência. NEGADO PROVIMENTO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA.³⁵

³⁵ Agravo de Instrumento nº 70065972713, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/11/2015.

Em face da resistência de muitos magistrados de família em aplicar a guarda compartilhada, mesmo que os dois genitores tenham condições de exercer a mesma, em agosto/2016 o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, através da corregedora Min. Nancy Andrichi, editou a **Recomendação nº 25/2016**, na qual o CNJ recomenda que os juízes que atuam nas Varas de Família observem o disposto na Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014), em especial, que mesmo havendo litígio entre os genitores que deve ser aplicada a guarda compartilhada e se for fixada a guarda unilateral o magistrado deverá justificar a impossibilidade da fixação da guarda compartilhada, levando-se em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil Brasileiro, conforme se visualiza do teor da recomendação a seguir enfatizada:

RECOMENDAÇÃO Nº 25 DO CNJ, DE 22 DE AGOSTO DE 2016:

Recomenda aos juízes que atuam nas Varas de Família que observem o disposto na Lei nº 13.058/2014, nos termos que especifica.

A CORREGEDORA NACIONAL DE JUSTIÇA, Ministra NANCY ANDRIGHI, no uso de suas atribuições legais e constitucionais;

CONSIDERANDO a justificação apresentada pelo Relator do Projeto de Lei nº 1.009/2011 (transformado na Lei nº 13.058/2014), de dar “maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da guarda compartilhada”;

CONSIDERANDO o disposto no art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014;

CONSIDERANDO as declarações prestadas na audiência pública realizada em 22/10/2015 pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados para discutir a aplicação da Lei nº 13.058/2014;

CONSIDERANDO o teor do ofício nº 1.058/2016/SGM, encaminhado à Corregedoria Nacional de Justiça pela Presidência da Câmara dos Deputados, informando sobre o recebimento de reclamações de pais e mães relativas ao descumprimento, pelos juízes das Varas de Família, da Lei nº 13.058/2014;

CONSIDERANDO que, segundo as Estatísticas do Registro Civil de 2014, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Brasil, a proporção de divórcios em que houve a concessão de compartilhamento, no que diz respeito à guarda dos filhos menores, foi apenas 7,5% (http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf);

RESOLVE:

Art. 1º. Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

§ 1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

Art. 2º. As Corregedorias Gerais da Justiça dos Estados e do Distrito Federal deverão dar ciência desta Recomendação a todos os Juízes que, na forma da organização local, forem competentes para decidir o requerimento de guarda ou para decretá-la, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.

Art. 3º. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de agosto de 2016.

Assim, a **Recomendação nº 25/2016 do CNJ** vem reforçar os ditames legais previsto na Lei nº 13.058/2014 e, embora não haja uma sanção ao magistrado pelo descumprimento da recomendação do CNJ, acredita-se que essa recomendação do CNJ é um importante passo para dar efetividade a alteração legislativa.

Portanto, a Nova Lei da Guarda Compartilha é muito bem vinda ao nosso ordenamento pátrio e a mesma passou a ser a regra para o estabelecimento da guarda de filhos de pais separados, independentemente da existência ou não de uma relação harmoniosa entre os mesmos, cabendo aos operadores do direito aplicar essa nova normatividade com prudência e voltados os olhos para o melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da guarda compartilhada sofreu uma grande modificação legislativa no final de ano de 2014 e compete aos operadores do direito interpretar as modificações realizadas pela Lei nº 13.058/2014 para adequá-las aos melhores interesses das menores.

Portanto, a regra para a definição da guarda é a guarda compartilhada e para que a mesma não seja aplicada deve ocorrer uma das exceções, quais sejam: um dos genitores não possui condições de exercer o poder parental (existindo algum risco ao menor) ou um dos genitores declara ao magistrado que não deseja a guarda compartilhada, deixando o outro genitor com a guarda unilateral dos filhos. Mas, o que o deve ser compartilhado entre os genitores?

A guarda compartilhada, também denominada de guarda conjunta, deve ser o compartilhamento das atribuições do poder familiar e não deve ser interpretada como uma mera divisão de tempo de convivência dos menores com seus pais, pois o estabelecimento do tempo deve ser realizado pelo juiz em atenção às peculiaridades de cada caso e em respeito ao melhor interesse dos menores. A criança e o adolescente devem estabelecer laços com a sua moradia e o estabelecimento de uma convivência de tantos dias na casa da mãe e tantos dias da casa do pai para que se proceda a divisão igualitária do tempo, frequentemente, não respeita os maiores interesses dos filhos, eis que os mesmos tornam-se um pêndulo, indo de um lado a outro e sem formar seu vínculo de pertencimento a sua casa e sem formar vínculos de amizade com seus vizinhos. Então, o que deve ser compartilhado é o poder parental e deve ser propiciado que o guardião que seja o detentor da casa de referência do menor tenha a

³⁶ Recomendação nº 25 do CNJ, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos> e acesso em 01/10/2016.

possibilidade de conviver com o filho da forma mais ampla e prudente possível, através do convívio em determinados dias da semana ou de levar ou buscar o filho nas atividades escolares ou de lazer.

Mas, o que não deve ocorrer é a divisão salomônica do filho como se cada pai tivesse o direito a ficar 50% do tempo com o menor, sem que seja analisado o que é melhor para a criança e/ou o adolescente. Além disso, o instituto da guarda compartilhada não deve ser utilizado como uma forma do genitor que não possua a guarda unilateral venha a juízo para pleitear o estabelecimento da guarda (dividindo o tempo em 50%) e, conseqüentemente, para que sejam exonerados e/ou reduzidos os alimentos.

No viés do melhor interesse da criança, a **Recomendação nº 25/2016 do CNJ** veio reforçar os ditames legais previsto na Lei nº 13.058/2014 e acredita-se que essa recomendação do CNJ é um importante passo para dar efetividade a Nova Lei da Guarda Compartilhada, a qual é muito bem vinda ao nosso sistema normativo e o instituto da guarda conjunta deverá ser aplicado para propiciar que os genitores possam participar das decisões inerentes ao poder familiar e com isso o genitor contribua para uma melhor educação dos filhos e possa conviver com ele de uma forma adequada com as peculiaridades daqueles filhos, sem que haja uma divisão matemática de tempo ou sem que haja uma necessária redução dos alimentos, até porque há uma série de despesas que não dá para dividir no mês e o genitor com menores condições financeiras ficaria prejudicado na aplicação do binômio: possibilidade x necessidade no momento de fixar o encargo alimentar.

5. REFERÊNCIAS

BANDERA, Magda. **Custodia compartida**. Espanha: Arcopress, 2005.

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

BRASIL, Constituição Federal; Código Civil Brasileiro; Lei nº 11.698/2008; Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014).

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.asp>> e acesso em 24/05/2015.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano, uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CNJ, Recomendação nº 25/2016, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos> e acesso em 01/10/2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Cabimento e pertinência da fixação da guarda compartilhada nas ações litigiosas. *In.*: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito e Processo das Famílias: novidades polêmicas**. Salvador: Jus Podium, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: RT, 2000. p. 111.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.

MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada. *In.*: IBIAS, Delma Silveira (coord.). **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais**. Porto Alegre: IBDFAM/RS - Letra&Vida, 2013.

NOVELLINO, Norberto J. **Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial**. Buenos Aires: García Alonso, 2008.

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**, de acordo com a Lei nº 13.058 de 22-12-2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A transição do “eu ganhei a guarda” para o compartilhamento da guarda como regra geral: primeiras reflexões sobre a Lei 13.058/2014 no direito brasileiro e sua aplicabilidade como meio de prevenção à alienação parental. *In.*: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Um presente para construir o futuro: diálogos sobre Família e Sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015. p. 14.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ: Recurso Especial nº 1.251.000-MG, 3ª Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi, unânime, julgado em 23/08/2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - TJRS: Apelação Cível nº 70059147280, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, unânime, julgada em 16/04/2014; Apelação Cível nº 7000713382, 7ª Câmara Cível, Relatora: Des.ª Maria Berenice Dias, julgada em 29.10.2009; Agravo de Instrumento nº 70014577217, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 10.05.2006; Agravo de Instrumento nº 70065972713, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/11/2015.