



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O papel do magistrado como garantidor de uma eficaz guarda compartilhada

Nathalia Amaral Cyrillo Gomes

Rio de Janeiro
2013

NATHALIA AMARAL CYRILLO GOMES

O papel do magistrado como garantidor de uma eficaz guarda compartilhada

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

O PAPEL DO MAGISTRADO COMO GARANTIDOR DE UMA EFICAZ GUARDA COMPARTILHADA

Nathalia Amaral Cyrillo Gomes

Graduada pela Universidade Candido Mendes – Centro. Advogada. Pós-Graduada *lato sensu* em Direito Civil, Empresarial e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida.

Resumo: Com as mudanças ocorridas na estrutura da sociedade, muito comum se tornou a separação ou o divórcio de casais. Se da pretérita relação advierem filhos comuns, surge aos pais, agora separados ou divorciados, a necessidade de regulamentar a guarda de seus filhos. Dentre os tipos de guarda existentes no ordenamento pátrio, a guarda compartilhada, positivada pela Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008, coloca-se como forma de corresponsabilidade parental, garantindo vínculos mais estritos entre o menor e os seus genitores. No entanto, embora ideal, nem sempre ela será recomendada ao caso concreto, o que deverá ser avaliado pelo magistrado. A essência do trabalho é abordar a atuação do magistrado para que o instituto se viabilize na prática, sempre com vistas ao melhor interesse do menor.

Palavras-chaves: Direito de Família. Filhos Menores. Guarda Compartilhada. Magistrado.

Sumário: Introdução. 1. Breve análise da evolução histórica do instituto da guarda no direito brasileiro. 2. Os tipos de guarda e os seus meios de exercício à luz do melhor interesse do menor. 3. O papel determinante do magistrado na guarda compartilhada e os meios viabilizadores que garantem o seu sucesso. 4. O tratamento da guarda compartilhada nos Tribunais pátrios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado enfoca o tema da atuação do magistrado diante do instituto da guarda compartilhada, modalidade de guarda regulada pelo Código Civil de 2002 (após o advento da Lei n. 11.698/08), caracterizada como aquela em que, com vistas ao melhor interesse do menor, atribui-se aos genitores uma corresponsabilidade parental no que tange à criação e educação dos filhos.

O instituto em tela toma lugar na sociedade quando da falência do modelo patriarcal de família, onde se constatava demasiada coerção da figura masculina e falta de diálogo entre

seus membros, bem como quando da substituição do modelo seguinte à este, qual seja, o da guarda unilateral sendo deferida, na maioria esmagadora das vezes, à genitora, competindo ao genitor a visitação e os alimentos.

Dita substituição deu-se em razão de se ter concluído ser mais adequado buscar atender o melhor interesse do menor individualmente considerado, competindo tal tarefa, em última análise, ao magistrado.

Daí porque se falar que este ator social age, ou deveria agir, como verdadeiro garantidor de uma efetiva guarda compartilhada: aos seus olhos e sentir é que devem ser analisados todos os aspectos, positivos e negativos, do caso concreto para que a guarda compartilhada, se aplicada, não seja inócua em si mesma e, ao contrário, cumpra o seu papel de aproximação dos filhos e pais, estreitando-se laços.

Pretende-se, pois, com o artigo apresentado, demonstrar quais mecanismos encontram-se à disposição do magistrado para ele proferir uma decisão eficaz de guarda compartilhada.

Para tanto, adotando-se a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, serão analisados ao longo do trabalho a evolução do instituto da guarda, enfocando qual o tipo marcante de cada época da história pátria, bem como o surgimento da necessidade de ser deferido o tipo de guarda conforme o interesse superior do menor, com especial enfoque ao tipo compartilhado. Será, ainda, demonstrada a postura proativa do magistrado quanto ao instituto em comento, concluindo-se, ao final, o porquê de a sociedade pugnar por essa intervenção estatal em sua vida privada, por meio do Poder Judiciário.

1. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Enquanto os genitores convivem entre si, convivência essa que pode ser de qualquer natureza, o instituto da guarda não ganha relevo, na medida em que ambos conseguem estabelecer formas de, em conjunto, exercer suas obrigações para com seus filhos.

O mesmo não ocorre, entretanto, com o rompimento dessa convivência, quando cada genitor precisará redefinir seus papéis, o que gerará uma divisão de encargos com relação à prole¹.

Maria Berenice Dias² ensina:

Quando da união nasceram filhos, a dissolução dos vínculos afetivos não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim do relacionamento dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação à prole. O rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação.

Nesse último panorama, a guarda ganha, então, especial importância, sendo certo que ela sempre se fez presente em qualquer época da história, de um modo ou de outro, já que casais se formam e se desfazem, circunstância que reflete irremediavelmente na pessoa do filho.

Um dos mais rudimentares modelos familiares que se pode observar é o patriarcal, no qual o homem exercia extremo, senão total, controle sobre sua família, incluindo, portanto, o sobre os filhos.

Depois percebe-se que tal modelo não correspondia mais à realidade, pelo que surge a primeira regra do ordenamento brasileiro sobre o destino dos filhos: art. 90 do Decreto n.

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 443.

² *Ibid.*, p. 440.

181/1890. Por ela, os filhos comuns e menores deveriam ser entregues ao cônjuge inocente em caso de “divórcio” dos genitores³.

Tratava-se, portanto, de uma guarda unilateral deferida ao genitor considerado inocente no processo de “divórcio”, passando ele à condição de guardião dos filhos, enquanto que o culpado deveria colaborar financeiramente para a educação dos mesmos.

Posteriormente, adveio o Código Civil de 1916, o qual regulou no seu art. 325 que, desfeito o casamento dos genitores de forma amigável, a estipulação da guarda dos filhos advindos da pretérita união dependia de acordo entre eles. No entanto, se o desfazimento do matrimônio fosse judicial, por ação de dissolução da sociedade conjugal ou por anulação do casamento, a estipulação da guarda era determinada pelo seu art. 326: havendo cônjuge inocente, à este cabia o exercício da guarda; se ambos fossem culpados, a genitora ficava com as filhas menores e os filhos até os seis anos de idade, posteriormente os entregava ao genitor; filhos já maiores de seis anos ficavam com os pais; em caso de motivos graves, o juiz podia modificar tal estrutura⁴.

Percebe-se, pois, que ainda se está diante de guarda exercida unilateralmente por um ou outro genitor, conforme o caso.

Avançando um pouco mais no tempo, o Código Civil de 1916 teve sua redação alterada pela Lei n. 4.121/62, passando a não mais distinguir o sexo e idade dos filhos para o deferimento da guarda, sendo apenas relevante que ao inocente cabia o exercício da guarda, e, por outro lado, se ambos fossem culpados, a mãe tinha primazia na guarda dos filhos, independentemente do sexo e idade deles⁵.

³ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

⁴ *Ibid.*, p. 58-59.

⁵ *Ibid.*, p. 59.

Manteve-se como regra a ideia de que a guarda seria mais bem exercida por apenas um genitor, incumbindo ao outro tão somente a visitação.

Em seguida, não ignorando outras pretéritas normas legais sobre o tema, adveio a Lei n. 6.515/77, que, apesar de modificar substancialmente o panorama social ao positivizar o divórcio no ordenamento pátrio, no que tange ao instituto em comento, não trouxe bruscas mudanças: quando consensual, ficava a cargo dos genitores estabelecer quem exerceria a guarda. Se não consensual, os filhos ficariam com o cônjuge que não deu causa à ruptura, com o cônjuge que já estava na companhia dos filhos ou com o cônjuge que tivesse mais condição de assumir o encargo de guardião. Por fim, se não consensual e ambos fossem culpados, caberia a guarda à cônjuge mulher. Ressalva-se, contudo, a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a norma legal, conforme o caso assim demandasse, sempre em conformidade com o interesse do menor e havendo motivo grave para tal⁶.

Verifica-se que a regra ainda era o deferimento da guarda unilateral, com especial predileção à mãe em detrimento do pai.

Em 2003, entrou em vigor o outro Código Civil, revogando o anterior (de 1916), tendo estabelecido que, sendo consensual o desfazimento do vínculo, a guarda seria estipulada pelos próprios cônjuges, mediante acordo (art. 1583). Sendo litigioso, o juiz deveria apurar aquele que possuía melhores condições para exercê-la (art. 1584).

Nota-se, assim, que o instituto ganhou tamanha liberdade, pois não havia mais preferência de um sobre o outro, afastando a necessidade de ser verificada eventual culpa, havendo tão somente de se verificar quem tinha mais aptidão para tal no caso concreto.

Nesse contexto, o papel do magistrado ganha nova roupagem: se antes ele só podia alterar o que lei determinava se verificasse motivo grave que ofendesse interesse do menor,

⁶ Ibid., p. 60-61.

depois, com o citado regramento, o magistrado passou a poder agir de acordo com seu instinto, ou seja, com as suas conclusões sobre aquele caso que lhe era proposto.

Surgiu, então, por conta dessa liberdade, uma série de casos em que o juiz pôde verificar que o menor demandava não ficar exclusivamente com um de seus genitores e visitar o outro periodicamente, mas, ao contrário, ficar sob a guarda e responsabilidade de ambos, num verdadeiro compartilhamento de obrigações.

Inúmeras decisões foram nesse sentido, o que era amplamente aplaudido e consonante com as disposições legais, e até mesmo constitucionais, de que o menor deve ter seu superior interesse atendido.

Finalmente, em 2008, a Lei n. 11.698 positivou essa modalidade de guarda, que há muito já vinha sendo adotada na prática: a guarda compartilhada.

Tem-se, portanto, que atualmente, não obstante existam outros tipos no ordenamento, a guarda deve ser compartilhada entre os genitores, pois dessa forma, excetuando casos específicos, melhor se atenderá o menor, conquanto nutrem-se laços de afetividade, gerando uma vinculação mais estrita entre os sujeitos.

2. OS TIPOS DE GUARDA E OS SEUS MEIOS DE EXERCÍCIO À LUZ DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Pela atual redação do art. 1.583 do Código Civil de 2002, a guarda poderá ser do tipo unilateral ou compartilhado. Além desses tipos de guarda legalmente previstos, a doutrina pátria identifica diferenciados meios de exercê-la, o que se verá ao longo deste capítulo.

Nos dizeres do art. 1.583, §1º do Código Civil de 2002, diz-se unilateral a guarda que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Ou seja, a guarda unilateral é aquela em que apenas um dos genitores, ou alguém que o valha, tem a custódia do menor,

no sentido de que todas as decisões sobre o rumo da vida deste cabem àquele. Ao outro genitor, caberá o direito de visita ao menor em dias pré-fixados.

Com esse simples conceito, por intuição, já se nota que tal modalidade de guarda não deve ser, como de fato não é, a regra do ordenamento pátrio, porque afasta o genitor visitante de seu filho, tanto pelo reduzido contato físico que eventualmente terá, como também por não poder intervir diretamente nas decisões retro aludidas, cabendo-lhe apenas supervisionar os interesses dele, como dispõe o art. 1.583, §3º do Código Civil de 2002.

Este é, portanto, um modelo que sofre críticas pelas ciências da saúde mental, social e jurídica, pois gera o gradual afastamento entre pais e filhos⁷.

Antônio Elias de Queiroga⁸ diz que “é o modelo tradicional, com a nova feição atribuída pela Lei n. 11.698/2008”.

Fica a critério do magistrado determinar quem será o guardião unilateral, o que fará a partir de uma detalhada análise com duplo enfoque: de um lado, verifica-se qual é o genitor que tem melhores condições para exercê-la, e, de outro, com quem os interesses do menor serão mais plenamente atendidos (afeto, saúde, segurança e educação, sem prejuízo de outros). Isso é o que preceitua o art. 1.583, §2º do Código Civil de 2002.

Noutro giro, o mesmo do art. 1.583, §1º do Código Civil de 2002 define a guarda compartilhada, modelo de adoção preferencial no ordenamento vigente, como aquela em que há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto.

⁷ QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil: Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 219.

⁸ *Ibid.*, p. 218-219.

Waldyr Grisard Filho⁹ identifica que “o desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem a adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada”.

Andou bem o legislador ao positivá-la no ano 2008, pois que a sociedade há muito já a demandava, o que era facilmente percebido pelas decisões judiciais que paulatinamente a aplicavam.

Não obstante tal avanço legislativo, há quem critique a Lei em comento, pelo fato de ter deixado de determinar o seu principal elemento de sucesso: a fixação do domicílio do menor. O argumento é o de que uma residência predeterminada impediria que o menor viesse a ficar desconectado de qualquer eixo referencial para o desenvolvimento de suas atividades rotineiras¹⁰.

De fato, não há norma legal que determine qual será a residência do menor sob guarda compartilhada, mas isso não retira a preferência desta guarda, já que o Poder Judiciário atrairá para si a tarefa de suprir esta lacuna.

Com essa modalidade, considera-se, de um lado, que ambos os genitores têm condições de exercer a guarda, sendo certo até mesmo dizer que esse compartilhamento fortifica o seu exercício, já que ambos, conjuntamente, podem somar forças em prol do menor. E, por outro lado, considera-se que os interesses do menor estão sendo satisfatoriamente atendidos, porque não deixará de estreitar os laços de convivência nem com um nem com o outro.

⁹ GRISARD FILHO, op. cit., p. 129.

¹⁰ LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 83.

Trata-se, portanto, de um sistema de guarda em que, quando fragmentada a família, se busca assemelhar as relações de pai e filho e mãe e filho às relações mantidas antes da dita fragmentação da família, o tanto quanto possível¹¹.

Pode o compartilhamento ser requerido pelos genitores ou mesmo decretado pelo juiz, sempre que este entender cabível (art. 1.584, incisos I e II do Código Civil de 2002). É claro que nem sempre será viável a adoção deste tipo de guarda, o que ficará à percepção do juiz diante do caso concreto. Mas certo é que se os genitores não se entenderem entre si, ela será a primeira opção, na forma do art. 1.584, § 2º do Código Civil de 2002.

Assim é que o compartilhamento da guarda significa a divisão de responsabilidades entre os genitores no que tange a todas as questões de interesse do filho e ao modo como a vida dele será regida. E mais: confere mais prerrogativas aos pais, porque eles passam a participar mais da vida de seus filhos, democratizando sentimentos, conferindo o exercício da função parental de forma igualitária¹².

Como defesa máxima deste modelo, há quem diga, inclusive, que os pais não precisam ser colaboradores ou capazes de diálogos e entendimento entre si, bastaria que não se desqualificassem reciprocamente na presença dos filhos, porque este comportamento parental é destrutivo e impeditivo de qualquer modalidade de guarda¹³.

Ultrapassados os tipos expressamente elencados em lei, a doutrina traz diversas formas de exercício do instituto em comento.

A guarda comum é aquela que é exercida como decorrência natural do exercício do poder familiar, quando os genitores formam um casal ou quando não o formam, mas, entre si,

¹¹ QUEIROGA, op. cit., p. 220.

¹² DIAS, op. cit., p. 443.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 593-594.

estipulam-se igualmente guardiões. Ela decorre da própria maternidade ou paternidade, sem necessidade de intervenção estatal, seja pela lei ou por decisão judicial¹⁴.

Este é o modelo que a guarda compartilhada pretende reproduzir: tratar a guarda no seu estado mais natural, para incentivar um melhor vínculo entre os componentes da família esfacelada.

A guarda desmembrada é a que é exercida por quem não detém o poder familiar¹⁵. Ela é deferida a um terceiro, que pode ser da própria família do menor. É sabido que o menor precisa de alguém para gerir sua vida, apontando-lhe os rumos, daí a necessidade de, com vistas à proteção, ser indicado alguém na falta de seus pais.

A guarda de fato, por sua vez, é a exercida por alguém que toma o menor a seu cargo, sem prévia autorização legal ou judicial, não tendo nenhuma autoridade sobre ele e passa a gerir a vida do mesmo¹⁶. Com essa atitude, esse alguém passa a assumir o encargo de criar, educar e assistir o menor, criando, na maioria das vezes, verdadeiros vínculos sócio-afetivos, como se verdadeiro guardião fosse.

Guarda material consiste na convivência diária e direta com o menor, exercendo a vigilância, estando na companhia do menor. E guarda jurídica é a que diz respeito a reger e gerenciar a vida do menor, decidindo sobre os seus rumos de criação e educação. Trata-se a primeira de convívio com o menor e a segunda de gerência de sua vida.

A guarda compartilhada permite que ambos os genitores tenham a oportunidade de exercer a guarda em seus sentidos material e jurídico, daí porque ser o modelo preferencialmente adotado: conduz à uma participação direta dos genitores, afastando insatisfações, o que reflete favoravelmente ao menor.

¹⁴ GRISARD FILHO, op. cit., p. 85.

¹⁵ Ibid., p. 85.

¹⁶ Ibid., p. 86.

Na guarda alternada, o menor ficará sob a guarda de ambos os genitores, mas, como o próprio nome diz, alternadamente. Significa que, durante determinado período de tempo preestabelecido, cada genitor irá exercer a guarda de forma plena, tanto a material como a jurídica, com todas as responsabilidades para si¹⁷. É como se fosse a guarda unilateral com duração limitada no tempo, exercida alternadamente, sendo certo notar que restará ao outro que não a estiver exercendo o direito de visitas.

O exercício alternado da guarda entre os genitores não é o ideal à luz dos interesses dos menores, porque quebra a continuidade e estabilidade nas relações do menor, que terá de suportar o ônus de sofrer retrocessos psicológicos, prejudicando seu normal desenvolvimento. Os doutrinadores e a jurisprudência pátrios repudiam a guarda alternada com base na violação do princípio do melhor interesse do menor¹⁸.

Por fim, o aninhamento ou nidação, que é a modalidade de guarda em que os filhos fixam-se em uma residência e os seus pais revezam-se nela de tempos em tempo. Para alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias, trata-se um gênero de guarda compartilhada, mas pouco utilizada na prática porque demanda altos custos: há três residências a serem mantidas¹⁹.

Em suma, pode-se dizer que, teoricamente, a modalidade ideal de guarda é a compartilhada, por ser aquela em que melhor se atenderá aos interesses do menor, daí porque esta ser atualmente a regra no sistema pátrio. No entanto, excepcionalmente, pode-se verificar que, em determinado caso concreto, a modalidade unilateral seja a mais apropriada.

De uma forma ou de outra, certo é que o magistrado deve assumir para si o papel de garantidor da eficácia da guarda, através da análise detalhada da vida da criança, contando com equipe multidisciplinar para tal.

¹⁷ Ibid., p. 91.

¹⁸ Ibid., p.126.

¹⁹ DIAS, op. cit., p. 444.

3. O PAPEL DETERMINANTE DO MAGISTRADO NA GUARDA COMPARTILHADA E OS MEIOS VIABILIZADORES QUE GARANTEM O SEU SUCESSO

Primeira palavra que se diz sobre a atividade judicial nos processos que envolvam o pleito de guarda é que o juiz deve ter um olhar perspicaz para enxergar não somente o que está sendo colocado logo ali à sua frente, mas, ao contrário, tudo o que há por detrás da vida do menor. Assim é que o magistrado deverá tirar as suas conclusões acerca do tipo mais adequado de guarda após uma apurada análise do caso concreto que lhe é apresentado.

Não há fórmulas certas e fechadas no que tange à concretização do instituto em comento, na medida em que o direito é ciência humana. E como ciência humana que é, o seu intérprete, o juiz, é responsável por analisar o comportamento humano, individual ou coletivo, o que permite variadas decisões nesta seara, até mesmo dentro de um único caso concreto.

Do mesmo modo, não há estudos conclusivos na área que apontem, seguramente, qual a melhor guarda a ser deferida²⁰, daí porque ao juiz, repita-se, caberá a tarefa de analisar as vantagens e desvantagens de cada modalidade de guarda à luz do caso concreto.

O juiz pode se deparar com a ocorrência de duas situações diametralmente opostas, a seguir descritas.

Primeira situação que pode vir a ser enfrentada pelo juiz é a de uma família desfeita pela separação do casal, cujos membros respeitam-se reciprocamente e colocam os filhos advindos da relação em posição de destaque, querendo a estes sempre o bem.

Nesse caso, não restam dúvidas de que a guarda a ser deferida deve ser a compartilhada, com a ressalva de que esse modelo de família, por muitas das vezes, sequer recorre ao Poder Judiciário, porque, entre si, já estipulam o compartilhamento de responsabilidades.

²⁰ GRISARD FILHO, op. cit., p. 218.

Outra situação é a de quando, em sentido contrário, a família desfeita não apresenta maturidade para desvincular a separação do casal da pessoa dos filhos, o que propicia a articulação de manobras originadas do inconformismo e desencadeia verdadeiras guerrilhas entre as pessoas que formavam a estrutura familiar²¹.

Já nesse caso, o art. 1.584, §2º do Código Civil de 2002 determina que, na falta de acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, deverá ser privilegiada a modalidade compartilhada. O legislador do diploma civil trouxe para o ordenamento pátrio o compartilhamento da guarda como um ideal a ser alcançado, ainda que os pais não estejam em consonância.

Isso nem sempre, no entanto, será o recomendável. Aliás, a jurisprudência fluminense, diante de semelhantes situações, é tendenciosa a indeferir a guarda compartilhada ao argumento de que ela pressupõe a existência de relação harmoniosa entre os genitores, porque tudo relacionado à vida da criança será decidido por ambos em conjunto e, sem o consenso, incabível restará tal modalidade²².

Desta forma, diante dessa segunda situação, o juiz optará entre guarda unilateral ou compartilhada, conforme o caso, nada impedindo que o decurso do tempo modifique os fatos e uma modalidade dê lugar à outra.

Certo é que, numa ou noutra situação, concluindo-se pela guarda compartilhada como a que melhor atenderá aos interesses do menor, o juiz deverá sempre informar aos guardiões o seu significado, a sua importância, a similitude de deveres e de direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento das suas cláusulas, como a de redução de

²¹ DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 259.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0008737-35.2010.8.19.0002. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Milton Fernandes de Souza. Julgamento em 14/12/2012. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

prerrogativas, tal qual a do número de horas de convivência com o filho. O juiz, nesse aspecto, encontra-se subordinado ao teor do art. 1.584, §1º e §4º do Código Civil de 2002.

No que tange à opção entre a guarda que melhor atenderá ao menor, o juiz, conforme dispõe o art. 1.584, §3º do Código Civil de 2002, não fará tal análise sozinho. Ele contará com orientação técnico-profissional, formada por uma equipe multidisciplinar de extrema importância, na medida em que será por ela confeccionada a prova pericial dos autos em que se pleiteia a guarda de menor.

Em que pese a prova pericial não vincular o juiz que decide conforme seu livre convencimento motivado, são raros os casos em que ele não irá adotá-la como norte para sua decisão, justamente pela sua inviabilidade técnica de valorar tão precisamente os sentimentos. Somente profissionais especializados, como assistentes sociais e psicólogos, conseguirão adentrar tão profundamente no âmago da questão, a ponto de poder auferir o melhor interesse do menor naquele caso.

Há casos, por exemplo, que fogem aos olhos do juiz, por mais atento que este profissional seja. São os casos em que o filho é manipulado por um dos pais para odiar o outro, de modo que passe a fazer uma concepção errônea da realidade, impossível de se reverter às vezes²³. Estes casos são chamados de alienação parental.

Diante de um caso como esse, não é possível premiar o alienador com a guarda compartilhada de seu filho, já que está, em última análise, prejudicando o próprio filho ao violar seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, com o comprometimento de sua saúde mental.

A percepção do juiz não deixa, ainda que com a orientação em espeque, de ter seu papel, já que ele será o responsável por “jurisdicionalizar os sentimentos”, ou seja, será ele quem aplicará o melhor direito àquela situação constatada pela sua equipe técnica.

²³ DIAS, op. cit., 2009, p. 265.

Além da verificação do melhor interesse do menor por meio de estudos sociais e laudos psicológicos (equipe multidisciplinar), tal verificação também pode se dar por meio da opinião do próprio filho. Este vem sendo um critério para se definir o melhor interesse, atuando a criança ou o adolescente como participantes das escolhas que dizem respeito à sua própria vida²⁴.

Nesse diapasão, deve o juiz dosar a manifestação de vontade do menor, porque nem sempre tal manifestação será livre de vícios, mas, ao contrário, será uma vontade deturpada. O menor que fora alienado por um genitor contra o outro, como supramencionado, é o maior exemplo disso. Pode ser dado por ele um depoimento perante o juiz com uma opinião que lhe fora doutrinada, não sendo verdadeiramente sua a recusa de convivência com o outro genitor²⁵.

Nota-se, pois, de um lado, que o critério jurídico unânime utilizado pelo juiz para que ele aplique um ou outro tipo de guarda é o do melhor interesse do menor, não podendo jamais deste se afastar.

Isto porque a consideração da criança e do adolescente como pessoas em formação, e como verdadeiros sujeitos de direitos redirecionou a primazia para eles, máxime o art. 227 da CRFB determinar que a dignidade, o respeito e a convivência familiar dos menores não poderem ficar comprometidos com a separação dos pais²⁶.

Por outro lado, o que se tem é que, nesse tema, o Poder Judiciário ganha especial importância, pois é atividade tipicamente jurisdicional a investigação desse melhor ou superior interesse do menor, já que o legislador se utilizou de conceito juridicamente

²⁴ Ibid., p. 265.

²⁵ Ibid., p. 266.

²⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

indeterminado, alargando, dessa forma, os poderes avaliativos do magistrado, atribuindo-se ao mesmo o poderio de julgar convenientemente²⁷, nascendo daí o seu papel determinante.

Determinante, ainda, porque o magistrado não só determina a melhor guarda ao caso concreto, mas também porque tem o “poder” de reduzir as prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda que promove alterações não autorizadas ou o descumprimento imotivado da cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada²⁸.

Os principais meios viabilizadores para garantir a efetividade da guarda compartilhada são, portanto, os estudos da equipe interdisciplinar do juízo e a oitiva do menor, de modo que, se a prova pericial indicar e o menor assim manifestar sua vontade por ser sujeito de direitos, a guarda compartilhada será a indicada. Do contrário, se a prova pericial não a indicar e o menor demonstrar preferência de um genitor, ela não será a indicada, impondo-se a unilateral, que, embora não ideal, atenderá as peculiaridades do caso.

Paulo Lôbo²⁹ leciona:

O modo de compartilhamento das responsabilidades e, sobretudo, da efetivação da convivência do filho com seus pais, quando estes não se entendem, é decisão do juiz de família, que deve ouvir sempre a equipe multidisciplinar que o assessora, ou fundamentar-se em orientação técnico-profissional.

Mas não é só.

O juiz pode se basear em vários outros critérios para, uma vez todos reunidos, formar sua convicção e atrair ou repelir a guarda compartilhada.

Se outrora, a culpa na separação era determinante para justificar a guarda unilateral ao cônjuge não-culpado, agora não mais. Isto porque devem ser separadas as relações conjugais das relações paterno-filiais³⁰.

²⁷ DIAS, op. cit., 2009, p. 414.

²⁸ QUEIROGA, op. cit., p. 223.

²⁹ LÔBO, op. cit., p.197.

³⁰ DIAS, op. cit., 2009, p. 416.

Ademais, a presunção de que a mãe melhor exerceria a guarda em detrimento do pai também é critério ultrapassado, muito embora há quem defenda que para crianças de tenra idade tal presunção ainda vige³¹.

Então, ultrapassados os critérios supramencionados, atualmente, o juiz pode utilizar como critério a existência ou não de irmãos, sendo certo notar que o exercício compartilhado da guarda não imporá empecilhos à respectiva convivência, já que pode haver corresponsabilidade parental, mas a residência do menor se fixar junto da de seus irmãos, desde que livremente acordado entre os pais, tudo para não separá-los da convivência diária e enfraquecer a solidariedade fraternal³².

O descumprimento das obrigações parentais também pode ser utilizado pelo juiz como critério para indeferir a guarda compartilhada. A síndrome da alienação parental é um exemplo desse descumprimento³³.

A continuidade das relações da criança é um fator de suma importância e que é totalmente compatível com a guarda compartilhada, na medida em que, repita-se, a divisão da guarda entre os pais não implica em necessariamente afastar a criança do local que mantém seus relacionamentos, porque pode ela permanecer na residência de um deles. A menos que não haja acordo nesse sentido entre os genitores, quando será pensada a guarda unilateral para o melhor interesse do menor, a guarda compartilhada não está impossibilitada³⁴.

Em suma, o juiz atenderá o papel que lhe foi socialmente atribuído se analisar, com ajuda de outros profissionais, variados critérios que indiquem ser a guarda compartilhada indicada ao caso concreto, devendo fazer essa análise sempre com olhos voltados para o seu

³¹ Ibid., p. 417.

³² Ibid., p. 422-423.

³³ Ibid., p. 423.

³⁴ Ibid., p. 426.

deferimento, já que é o modelo a ser preferencialmente adotado tendo em vista concorrer, ao menos em tese, ao melhor interesse do menor.

4. O TRATAMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Como derradeiro tópico do presente trabalho, faz-se, a partir de então, uma análise da matéria nos principais Tribunais do país, a fim de poder se verificar como a guarda compartilhada, ou as outras modalidades de guarda, vêm sendo aplicadas na prática.

De início, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, percebe-se a clara tendência em se adotar a guarda compartilhada, mas apenas quando os genitores estiverem em consenso quanto ao compartilhamento, o que, *a priori*, vai de encontro à norma do art. 1.584, §2º do Código Civil, já que esta determina que, ainda que não haja acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, a modalidade compartilhada seja a aplicada.

Mas, após esforço interpretativo, pode se verificar que tal entendimento amolda-se à referida norma, ao concluir que a inexistência de acordo entre os pais, por si só, torna impossível a guarda compartilhada, usando-se, para tal, da expressão “sempre que possível”.

No Tribunal de Justiça Fluminense não é rara a fundamentação dos julgados consistir na afirmação de que o compartilhamento da guarda de filhos entre os genitores pressupõe a existência de consenso entre eles, de modo que, se restar comprovado que não o há, não se justifica a adoção do instituto em comento.

Adiante, mostra-se ementa³⁵ de Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que esboça tal entendimento:

Apelação Cível. Ação de Guarda de filha menor, em que litigam seus pais. Sentença que julgou procedente o pedido de guarda formulado pela genitora e

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0049137-05.2008.8.19.0021. Décima Quarta Câmara Cível. Relator Des. Geórgia de Carvalho Lima. Julgamento em 27/02/2013. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

deferiu a visitação ao genitor. Inconformismo do réu, que pleiteia a aplicação da guarda compartilhada. *Consoante entendimento assente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o compartilhamento da guarda de filhos entre os genitores pressupõe a existência de consenso entre eles, a fim de que se possa atingir os objetivos pretendidos pelo referido instituto. Caso contrário e, acima de tudo, levando-se em conta o superior interesse da criança, não se justifica a sua adoção.* In casu, nenhum dos estudos sociais realizados concluiu pelo bom relacionamento entre a autora e o réu, impondo-se a manutenção do *decisum* recorrido. Recurso a que se nega seguimento, na forma do caput do artigo 557 do Código de Processo Civil. (grifo nosso)

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, vê-se a mesma tendência, qual seja, a de se deferir a guarda compartilhada apenas quando os genitores estão em consenso quanto ao regime de corresponsabilidade parental, afastando sua aplicação em caso contrário, conforme ementa³⁶ que segue:

Guarda de menor. Decisão que a defere, provisoriamente, em favor da mãe e fixa regime de visitas provisório em favor do pai. Inconformismo do genitor. Desacolhimento. Menor em tenra idade. *Animosidade entre as partes que impede o exercício da guarda compartilhada antes pactuada.* Ausência de elementos concretos que justifiquem que o menor não permaneça na companhia materna, ao menos em caráter provisório. Desarmonia que desaconselha o regime de visitas livres. Pretensão de ampliação de visitas que deve ser objeto de pedido em primeiro grau. Decisão mantida. Recurso desprovido. (grifo nosso)

No Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça entende da mesma forma, ou seja, apenas há que se falar na concessão da guarda compartilhada se houver entre os genitores do menor uma boa relação, acordando ambos no que tange ao exercício compartilhado.

A ementa³⁷ de Apelação Cível do citado Tribunal é bastante clara:

ACÇÃO DE DIVÓRCIO C/C GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS - GUARDA COMPARTILHADA - CONFLITOS ENTRE OS PAIS - IMPOSSIBILIDADE - CONCESSÃO DA GUARDA AO GENITOR QUE DEMONSTRE MELHORES CONDIÇÕES DE CUIDAR E EDUCAR OS MENORES - VISITAS - ALIMENTOS - HONORÁRIOS. - A guarda compartilhada deve ser deferida quando requerida consensualmente por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício. - *Sendo a relação dos pais conflituosa e apresentando divergências quanto a aspectos importantes da educação dos menores, contraindica-se a guarda compartilhada, devendo ser exercida unilateralmente pelo genitor que revelar melhores condições de atender aos interesses dos menores.* - Direito de visitas assegurado ao genitor que não estiver com a guarda

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0281578-55.2010.8.26.0000. Nona Câmara de Direito Privado. Relator Des. Grava Brazil. Julgamento em 06/07/2010. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2831187-98.2010.8.13.0024. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Heloisa Combat. Julgamento em 07/03/2013. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/porta>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

dos filhos. - Demonstrado que a autora tem plena capacidade laborativa, deve-se julgar improcedente o pedido de alimentos formulado em seu favor. - Havendo sucumbência parcial, cada parte deve arcar com os honorários devidos ao procurador da parte contrária, na medida de sua sucumbência. - Agravo retido não provido. - Preliminar rejeitada. - Recursos providos em parte. (grifo nosso)

O que se percebe, pois, é que os Tribunais estaduais, ao menos nos do sudeste brasileiro, entregam nas mãos do magistrado a tarefa de analisar se os genitores têm, entre si, um bom trato, para que seja, só assim, viabilizado o compartilhamento da guarda do filho.

No Superior Tribunal de Justiça, no entanto, a matéria foi analisada de forma diferente a até então exposta, na medida em que se consignou que caberá a guarda compartilhada ainda que entre seus genitores haja discordância. Tal entendimento foi trazido no relevante informativo de jurisprudência n. 481, cuja ementa³⁸ segue a seguir transcrita:

GUARDA COMPARTILHADA. ALTERNÂNCIA. RESIDÊNCIA. MENOR. A guarda compartilhada (art. 1.583, § 1º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo o ideal 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 do duplo referencial. *Mesmo na ausência de consenso do antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a 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.* A custódia física conjunta é o ideal 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 das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação. (grifo nosso)

O Tribunal da Cidadania, portanto, entende que a guarda compartilhada deve ser o modelo adotado, ainda que o magistrado verifique o dissenso entre os genitores, entendimento não encampado até hoje pelos Tribunais estaduais fluminense, paulista e mineiro, bem como rechaçado pelos psicólogos, dada a característica principal da guarda em análise ser a de que

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.251.000 - MG. Terceira Turma. Relator Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 23/08/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

as decisões a respeito da vida dos filhos devem ser tomadas pelos genitores em pé de igualdade, o que é quase impensável se entre eles não houver um bom convívio.

O Supremo Tribunal Federal dificilmente enfrentará a matéria, na medida em que a mesma possui caráter fático e não está disposta expressamente na Constituição Federal, o que bastante dificulta a sua ida à Corte.

De tudo o que exposto, pode-se verificar que o magistrado dos Tribunais pátrios, independente da orientação que tome, se a dos Tribunais estaduais, de um lado, ou se a do STJ, de outro, sempre deve atuar em prol dos interesses do menor, o que é perceptível casuisticamente.

CONCLUSÃO

O conceito de família sofreu grandes alterações ao longo dos tempos, tendo partido de uma estrutura patriarcal (em que os poderes masculinos imperavam sobre a mulher) e chegado a uma estrutura em que a hierarquia deu lugar à coordenação e comunhão de interesses e de vida.

Depois da evolução sofrida no referido conceito, a família contemporânea passou a buscar sua identificação na solidariedade como um dos fundamentos da afetividade, caindo por terra o individualismo característico dos últimos séculos.

Tal alegação facilmente se comprova mediante uma breve análise do art. 226, §5º da CRFB, que afirma a igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, nesta incluída a união estável, sendo esta a norma constitucional que fundamenta mencionada evolução.

E isso, sem dúvidas, refletiu no tratamento do instituto da guarda no ordenamento jurídico pátrio.

No começo dos tempos, via-se a guarda sendo deferida, grosso modo, unilateralmente, fosse ao não culpado no processo de separação, fosse à cônjuge mulher pelo mero instinto maternal. Era época em que se considerava que apenas um dos genitores deveria concentrar em si as responsabilidades dos filhos menores.

No entanto, esse quadro foi se modificando. A recém-surgida comunhão de interesses e de vidas, consubstanciada no dever geral de solidariedade entre os pares, aliada à necessidade de se dar novo enfoque ao tema para se atender aos interesses do menor, deram espaço ao compartilhamento da guarda. Passam os genitores a dividir responsabilidades no que tange a criação e educação da prole, tendo sido esse modelo, finalmente, positivado em 2008, com o advento da Lei n. 11.698.

Nota-se, portanto, que atual tendência é a de predileção à guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, sempre com a detida análise se aquela atenderá melhor aos interesses do menor do que esta, porque, caso não atenda, continua-se com o modelo pretérito.

É justamente nesse ponto que a atividade judicial ganha especial relevo, na medida em que será o magistrado quem deferirá a guarda numa ou noutra modalidade. E deverá fazer isto a partir da análise detalhada do caso que lhe é exposto, somando esforços com equipes multidisciplinares compostas por psicólogos e assistentes sociais, que o ajudarão na formação de uma justa convicção.

Daí porque dizer que o juiz exerce papel fundamental nesses processos. Está nas suas mãos toda uma composição familiar, e mais que isso: o futuro de uma criança, que depende de crescer num ambiente saudável e hígido para um desenvolvimento que lhe proporcione uma formação de caráter satisfatória.

Deve, pois, o juiz trabalhar sempre com vistas ao melhor interesse do menor, já que, se assim o fizer, está sendo garantidor de uma eficaz guarda, o que trará retorno ao próprio menor e também, não forçoso dizer, à sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.251.000 - MG. Terceira Turma. Relator Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 23/08/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2831187-98.2010.8.13.0024. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Heloisa Combat. Julgamento em 07/03/2013. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0049137-05.2008.8.19.0021. Décima Quarta Câmara Cível. Relator Des. Geórgia de Carvalho Lima. Julgamento em 27/02/2013. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0281578-55.2010.8.26.0000. Nona Câmara de Direito Privado. Relator Des. Grava Brazil. Julgamento em 06/07/2010. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil: Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.