

Guarda Compartilhada.

O princípio da igualdade dos cônjuges na inteligência do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil

André Felipe A. C. Tredinnick

Juiz de Direito do TJERJ, Titular da 1ª Vara de Família da Regional da Leopoldina, Membro da AJD, Membro do IBDFAM e Membro da LEAP.

1. CONCEITO, GÊNESE E POSICIONAMENTO JURÍDICO DA QUESTÃO

O termo “guarda” é empregado em nosso direito para designar o feixe de relações nas quais os pais têm o dever de conviver, cuidar e manter os seus filhos em um ambiente afetivo até que atinjam a idade adulta.

Enquanto o casal mantém a relação conjugal, a guarda é exercida juridicamente por ambos¹. Na separação parental, a regra é que a guarda dos filhos remanesça no espectro dos deveres e obrigações de ambos, em um patamar de corresponsabilidade e diálogo, modalidade que inova em nosso sistema².

¹ Código Civil: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos;”

² Código Civil: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)”.

Daí que podemos definir a guarda compartilhada como forma do exercício da guarda dos filhos do casal pela qual ambos os pais detêm a representação legal dos filhos e têm de tomar decisões conjuntas sobre o destino dos mesmos, de modo a permitir que os filhos usufruam ampla convivência com seus genitores.

Na guarda compartilhada será observada a divisão equilibrada do tempo de convivência dos filhos com os pais (artigo 1.583, § 2º do CC), sempre com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente³.

Aos que apresentam objeções à nova regra, deve-se observar que a guarda compartilhada representa um avanço na permanência da figura do “casal parental”⁴, que não se desfaz para os filhos com a ruptura da relação matrimonial ou de convivência.

Ainda que um dos genitores rejeite a solução, na hipótese de os pais se encontrarem em um estado de beligerância⁵, a guarda compartilhada não será obstaculizada, quando deverá corresponder o princípio da maximização dos contatos com o outro genitor⁶.

No sistema anterior, ao término da relação conjugal ou de convivência, a guarda dos filhos do casal seria atribuída ao cônjuge a quem fosse legada a sua custódia, cabendo ao outro cônjuge supervisionar tal situação, e se fazer presente na vida dos filhos pela visitação.

A regra anterior da livre escolha dos cônjuges⁷ redundava em condição emocionalmente prejudicial aos filhos⁸, na medida em que o término

3 Conforme artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto 79.910/1.990): “1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.” A norma encontra-se em nossa Constituição Federal no artigo 22: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”. O melhor interesse possui relação com o bem-estar da criança e do adolescente, e implica no auxílio não-material aos filhos, pela acolhida, imposição saudável de limites, afeto, qualidade de tempo de convívio de modo a permitir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

4 Como sucedâneo do “casal conjugal” ou “casal matrimonial”. Note-se, de todo modo, as dificuldades relacionadas a transição desses estados: cf. “**Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**”. De Analicia Martins de Sousa. Cortez Editora. Porto Alegre, 2010.

5 Artigo 1.584, § 2º, do Código Civil.

6 Cfr. a propósito, no sistema de Quebec (Canadá), para maior compreensão das dificuldades que podem decorrer da guarda compartilhada e as soluções daquele sistema: “*La garde partagée: de la légende urbaine à la réalité.*”, de Michel Tétrault, disponível em <http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende.pdf>, acesso em 20/07/2015 às 23h03.

7 Redação original do Código Civil de 2002: “Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.” Com o advento da Lei 11.698/2008 passa a ter a seguinte redação: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.”

8 No estudo publicado no *Scandinavian Journal of Psychology* (2014, 55, 433-439) intitulado “*Mental health in Swedish children living in joint physical custody and their parents’ life satisfaction: a cross-sectional study.*” Bergström et. all. con-

da sociedade parental implicava que um dos cônjuges assumiria toda a responsabilidade pela guarda e o outro seria alijado dessa relação, relegado à condição de mero visitante dos filhos.

Hoje a situação é diversa. Após o advento da Lei n. 11.698/2008, encerrada a relação conjugal ou de convivência, os filhos passaram a ficar em regime de guarda compartilhada, exceto se um dos pais recusar tal modalidade de guarda⁹, quando a mesma será atribuída unilateralmente ao outro cônjuge.

A guarda compartilhada implica assunção não de alternância de períodos de moradia dos filhos entre os cônjuges, quando haveria a situação da “guarda alternada”.

Na guarda compartilhada há um parâmetro de corresponsabilidade na guarda dos filhos pelo casal separado¹⁰, com a necessária fixação de um “domicílio de referência”¹¹ e a tomada de decisões conjuntas para questões de elevada significação para a vida da criança ou do adolescente, sempre observando o melhor interesse deles, como princípio de razoabilidade decorrente do necessário “diálogo entre os pais”¹².

A inovação legislativa decorre da alteração da concepção patriarcal de família vigente no sistema anterior para observar o direito fundamental à igualdade entre os cônjuges¹³.

A igualdade de direitos entre cônjuges decorre do texto do Preâmbulo¹⁴ e artigo XIV¹⁵ da Declaração Internacional de Direitos Humanos de

cluíram que as crianças e adolescentes em guarda compartilhada possuem melhor saúde mental do que crianças em guarda unilateral (acesso em 15/07/2015 às 21h43, disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25040954>).

9 “Artigo 1.584 § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

10 “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

11 Artigo 1.583, § 3º: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).”

12 O Código Civil alemão (BGB), na sua seção 1.626, 3: “Em regra, os melhores interesses da criança abarcam o contato entre ambos os pais. (...)”

13 “O aumento da guarda compartilhada foi atribuído ao aumento da igualdade entre os gêneros na parentalidade, que por sua vez está relacionada ao aumento da participação feminina na força de trabalho” (Juby, Bourdais & Gratton, 2005 in “Mental...”, cf. Nota 8 supra).

14 “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,”

15 “Artigo XVI 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião,

1948¹⁶, do artigo 3º do Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁷, do artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, dos artigos 1º, III¹⁸, 3º IV¹⁹, 5º, I²⁰ e 226, § 5º²¹, da Constituição da República de 1988 e do artigo 1.511²² do Código Civil de 2002 e do artigo 21²³ da Lei 8.069/90, (o Estatuto da Criança e do Adolescente), modificando semanticamente (e teleologicamente) a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”.

Não se deve imaginar o conceito de poder como sinônimo de autoridade, detenção ou subjugação, preocupação que adotou o legislador português na alteração empregada na expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais” (Lei 61/2008). Deve ser entendido como possibilidade de maximização do afeto mútuo, da transmissão de conhecimento, da imposição dialógica de limites, para a construção saudável da relação parental.

O exercício do poder não baseado no autoritarismo implica o aumento da responsabilidade dos seus titulares, sempre em vista o supremo e melhor interesse das crianças e adolescentes.

Melhor interesse que não deve ser relegado a um mero “conceito jurídico indeterminado”, a ser concretizado no julgamento, posto que

têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.”

16 Adotada e proclamada pela Resolução n. 217A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

17 “Artigo 3º. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.”

18 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”

19 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

20 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

21 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI n. 4.277-DF e da ADPF n. 132-RJ em 05/05/2.011 entendeu como entidade familiar aquela formada por qualquer dos cônjuges e inclusive por pessoas do mesmo sexo, e esclareceu que “a referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do artigo 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas.”

22 “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

23 “Art. 21. O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.” (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009).

este diz respeito ao direito de conviver de forma saudável com seus pais, e, não sendo possível, à busca de serena estabilidade de sua vida, a um saudável desenvolvimento psíquico-emocional.

Nesse sentido, SOTTOMAYOR: “O objectivo das decisões de regulação do poder paternal não é igualizar os direitos dos pais, mas proteger o interesse do menor, entendido com a estabilidade da sua vida e o seu equilíbrio emocional. Ordenar direitos de visita contra a vontade dos adolescentes ou em detrimento da saúde psíquica do menor é levar longe demais a intervenção do Estado na família.”²⁴.

No mesmo sentido, CARDOSO²⁵: “o poder familiar, cujo escopo diz respeito à proteção do menor e não à satisfação dos interesses dos pais (...) caracteriza-se, portanto, como uma *potestà*.” (...) que “constitui um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever”, cujo fundamento consiste precisamente no dever de exercê-la. Mas o exercício “não é livre, arbitrário”, condiciona-se ao interesse do terceiro a quem se institui a relação”, citando o artigo 98, II da Lei 8.069/90, que veda expressamente o abuso.

Em síntese: o “melhor interesse” da criança e do adolescente sempre corresponderá ao produto do diálogo permanente entre os genitores, ao direito da criança à convivência familiar e ao seu saudável desenvolvimento psico-emocional.

A guarda compartilhada, assim, na atual formulação do Código Civil brasileiro, encontra a redação que lhe foi dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, em vigor desde o dia seguinte a sua edição, dando nova redação aos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406 de 2002, o Código Civil.

A modificação representa o que podemos chamar do produto de um “Poder Legislativo reativo”: um Poder Legislativo que reage ao que compreende como interpretação deficiente ou refratária do Poder Judiciário à edição de suas leis ou de atos típicos do Poder Legislativo.

Lembremos que a guarda compartilhada foi introduzida na nossa legislação pela Lei 11.698/2008.

Na justificativa do projeto de Lei original n. 1.009 de 2011, mais tarde projeto de Lei n. 117 de 2013 (que daria origem à Lei 13.058/2014),

24 Prefácio à terceira edição, SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio”, Coimbra, 2014, Livraria Almedina.

25 CARDOSO, Vladimir Mucury. “O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional”, in **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

o parlamentar deixa manifesto que o mesmo se destinava a dar “*maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada*”, tal como havia editado pela Lei 11.698/2008 que introduziu no artigo 1.584 um § 2º²⁶ do Código Civil de 2002.

Isso por conta do parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil em sua redação dada pela Lei 11.698/2008, que dizia que “*Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.*”²⁷ (grifei).

A expressão fazia crer que a guarda compartilhada não era a regra a ser adotada na regulamentação da situação dos filhos menores do casal após o término da relação matrimonial ou de convivência entre ambos.

Na falta de uma interpretação favorável à guarda compartilhada, optou o legislador pela redação atual dada pela Lei 13.058/2014.

2. A QUESTÃO DE GÊNERO NA GUARDA DOS FILHOS DO CASAL

A igualdade entre homem e mulher, igualdade formal, fruto das liberdades estabelecidas nos direitos fundamentais inseridos nas Constituições das democracias liberais ocidentais, não corresponde à realidade.

Segundo dados do IBGE de 2.011²⁸, antes, portanto, da modificação legislativa de 2014, apesar de ter dobrado o número das guardas compartilhadas, essa representava apenas 5,4% do total de guardas, sendo que em 87,6% dos casos a guarda é conferida unilateralmente à mãe.

Tais dados são alarmantes, quando confrontados com dados de países capitalistas *classless* e com ínfima exclusão social, como a Suécia, na qual pesquisa de 2011 do seu governo indica que entre 30% e 40% das guardas após a separação parental são compartilhadas²⁹.

26 “§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.” (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

27 Na redação anterior: “Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.” Na redação atual: “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

28 Acesso em 21/06/2015, às 12:49- <http://censo2010.ibge.gov.br/pt/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2294-&busca=1&t=registro-civil-2011-taxa-divorcios-cresce-45-6-um-ano>.

29 Cf. nota 8 supra.

Ainda de acordo com a mesma pesquisa do IBGE em penúltimo lugar no território nacional constava o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 2,8% das guardas compartilhadas estabelecidas no território nacional.

Na análise desses dados, há a necessária constatação de que a igualdade de gêneros não é observada nesse caso, como em muitos outros. A democracia liberal estatui em suas cartas de direitos diversas liberdades e garantias fundamentais que são sistematicamente negadas na prática.

A título de exemplo, estudo de 2009 do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID ou IDB no acrônimo inglês)³⁰ demonstra que mulheres ganham até menos 30% que homens nos empregos no Brasil (nos demais países da América Latina, como na Bolívia, a diferença é significativamente menor), e mesmo que tenham a mesma idade e mesma formação acadêmica, ainda ganham menos 17% que os homens. A situação é agravada se a mulher é afrodescendente ou indígena.

Quando se fala em violência contra a mulher no mundo, e na América Latina em particular, o assunto é tratado como uma pandemia: a mulher é vítima por excelência³¹.

É preciso reavaliar e repensar a questão da igualdade de gênero.

As democracias liberais promoveram de forma precipuamente reativa a alteração de estatutos, superando parcialmente³² privilégios de classe típicos da aristocracia, para atender aos anseios da emergente burguesia.

O discurso de igualdade de gênero, contudo, passou a ser adotado a partir do século XX³³, e ainda com mais força após a II Guerra Mundial, em razão da presença maciça da mulher como força de trabalho e seu impacto significativo na mão-de-obra das nações.

30 “*New Century, Old Disparities: Gender and Ethnic Wage Gaps in Latin America*”, escrito pelos economistas do BID Hugo Ñopo, Juan Pablo Atal e Natalia Winder, acessível em <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2208929>.

31 Como no relatório da Organização Panamericana da Saúde: “*Violência Contra a Mulher na América Latina e no Caribe*”, acesso em 01 de julho de 2.105, às 19h34: [file:///C:/Users/User/Downloads/Violence1.24-WEB-25-febre-ro-2014%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Violence1.24-WEB-25-febre-ro-2014%20(1).pdf).

32 Na Revolução Francesa não houve abolição do direito de propriedade da aristocracia, nem a isenção de impostos, *et cetera*.

33 O direito de voto da mulher, adotado apenas na Constituição de 1934, o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, que excluiu a mulher casada do rol dos relativamente incapazes do Código Civil, mas manteve o marido como chefe da sociedade conjugal, entre outras restrições.

Melhor seria uma redação que afirmasse a diferença, reconhecendo a discriminação sofrida e a rechaçasse, como diz BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS: *“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”*³⁴.

A Convenção Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979³⁵ que naturalmente foi ratificada pela República em 1984, caracteriza a discriminação como qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em sexo, que prejudique ou anule o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos fundamentais, baseada na igualdade da mulher com o homem.

Logo, não poderá haver qualquer interpretação de norma legal que implique, para a mulher, já objeto de discriminação milenar, negação ou redução de qualquer espécie de direitos.

Note-se que a matéria já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça: *“1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.”* (STJ, Resp. n. 1428596/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/06/2014).

De forma clara: a legislação busca eliminar a figura da guarda unilateral materna como regra, e é nesse sentido que deve caminhar a interpretação dos operadores do Direito³⁶.

34 Citado por BARROSO, Luis Roberto, in *“DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL”* (acessível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf).

35 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (1979) Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984: *“Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, a expressão „discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (...) Artigo 10 - Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres: (...) c) a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;”*

36 E.g., na apelação cível n. 58.917/2014 do TJMA estabeleceu a guarda compartilhada em hipótese de disputa de guarda, independente de quem exerça a *“custódia física em determinado momento.”*

3. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.634, V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.406/2014

Os princípios analisados anteriormente, a igualdade formal da democracia liberal, confrontada com a desigualdade fática da mulher na sociedade ocidental, permitem consolidar uma hermenêutica que leve a concretizar o direito fundamental da igualdade entre os cônjuges na interpretação de toda legislação infraconstitucional.

Na redação original do Código Civil de 2002, o legislador limitou-se a repetir no artigo 1.634, que tratava do “Pátrio Poder Quanto à Guarda dos Filhos” (Seção II), dispositivo do Código de 1916³⁷:

“Artigo 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; ”

Analisaremos então a nova redação do artigo 1.634³⁸ do Código Civil, no que diz respeito ao seu inciso V, pelo potencial equívoco que se cometerá em uma leitura descontextualizada ou apartada dos topoi da igualdade entre os cônjuges e direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Localizando-se topograficamente o dispositivo no Código Civil de 2002, verifica-se que esse se encontra na Seção II, que trata do “Exercício do Poder Familiar”, no Capítulo V “Do Poder Familiar” do Subtítulo II (“das Relações de Parentesco”), do Livro IV (“Do Direito de Família”) do Código Civil.

Já o tema “proteção da pessoa dos filhos” está no Capítulo XI, pertence a outro Subtítulo, o de número I, que trata “Do Casamento”, subdivisão do Título I (“Do Direito Pessoal”) do mesmo Livro IV (“Do Direito de Família”) no qual se encontram os artigos 1.583 e 1.584, objeto da modificação citada, para estabelecer a regra da guarda compartilhada.

Desse modo, o artigo 1.634, V regula relação de parentesco e os artigos 1.583 e 1.584 tratam de disposições atinentes ao término da relação conjugal ou de convivência.

37 A redação original do CC de 2002: “Artigo 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: V- Representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;”. Idêntica redação era o artigo 384, V, do CC de 1916.

38 “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;”

Afirmamos assim, e com vistas às exposições de motivos dos projetos³⁹ que deram origem à Lei 13.058 de 2014, que o inciso V do artigo 1.634 destina-se a tratar de mudanças próprias dos filhos crianças ou adolescentes. De forma clara: os filhos crianças ou adolescentes só podem mudar de domicílio com autorização dos pais, jamais podendo dizer quanto à autorização para o cônjuge residir em outro domicílio em caráter definitivo.

Corroborando tal entendimento a nova redação do 1.584, também alterada pela Lei 13.058, de 2014:

“§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.”

Interpretando de forma sistemática tais dispositivos, vê-se com clareza que não está (e nem poderia estar) vedada a alteração de residência (morada) dos filhos do casal, e, na disputa, será considerado o melhor interesse dos menores.

Quid inde? Como proceder diante da mudança de domicílio anunciada pelo cônjuge com o qual os filhos do casal passaram a ter moradia, diante da guarda compartilhada ou unilateral?

Em primeiro lugar, é preciso reiterar que o dispositivo do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil não exige o consentimento do ex-cônjuge ou ex-convivente para a mudança de domicílio do outro que se encontre com a custódia física dos filhos comuns ou com quem tenha sido atribuído o domicílio dos filhos.

Considerando o imenso arcabouço fático que faz com que a residência dos filhos com a mãe seja na prática uma regra (a ser superada), exigir autorização do pai para a mudança de domicílio implicaria subjugar a mulher à vontade do homem.

Se o fizesse, incidiria em retumbante inconstitucionalidade, pela violação do artigo 5º, I c/c 226, § 5º da Constituição da República, e por violação do artigo 10 da Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação da Mulher de 1979, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição da República.

Em segundo lugar, a questão deverá ser analisada pela teoria do abuso do direito, prevista ainda que em delineamento que carece de aperfeiçoamento, no artigo 188, I, do Código Civil, que manteve o instituto como “exercício irregular de uma faculdade jurídica”⁴⁰, para ampliar seu alcance além do mero ato ilícito no artigo 187 do Código Civil.

39 Projeto de lei da Câmara n. 117/2013, n. 1.009/2011, na Casa de origem.

40 CARDOSO, Vladimir Mucury. “O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional”, in **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Em perfeita harmonia com o que se defende, a Lei n. 12.318/2010, que trata da alienação parental, é clara ao descrever a mudança de domicílio de forma abusiva (*rectius*: sem motivo, sem justificativa) como hipótese nela prevista (artigo 2º, VII).⁴¹

Em conclusão, na extinção da relação conjugal ou de convivência, não existe restrição a mudança de domicílio do cônjuge com quem tiverem morada os filhos do casal, sempre estabelecida no melhor interesse das crianças e adolescentes, em qualquer modalidade de guarda que se adote, podendo o abuso do direito ser analisado no caso concreto e também à luz da lei de alienação parental.

Em hipóteses assim, deverá por certo o genitor ou genitora com quem os filhos do casal passem a residir se sujeitar a regras que permitam o amplo exercício da convivência daqueles com aquele pai ou mãe com quem não residam, ampliando-se o período de férias, feriados prolongados e contato por meios eletrônicos, de modo a atender ao direito a convivência com ambos os pais, nos termos da Convenção Sobre os Direitos das Crianças⁴². ❖

41 "Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

42 Editado na ordem jurídica interna pelo Decreto n. 99.710/1990.: "Artigo 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (...) Artigo 9.1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. 2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões. 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. Artigo 10.1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará conseqüências adversas para os solicitantes ou para seus familiares. 2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção."