

A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência

A guarda compartilhada foi instituída inicialmente pela Lei n. 11.696/2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Em decorrência dela, ambos os pais assumiam plena e cotidiana responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos. A ideia, elogiável em si, era permitir maior convivência entre pais e filhos. Trata-se do modelo de “corresponsabilidade parental”, capaz de assegurar aos filhos a participação de ambos os genitores no processo de sua formação e educação, o que frequentemente não se conseguia alcançar com o “direito-dever de visita”, decorrente da guarda unilateral.¹

Com efeito, passou-se a considerar, e não apenas no Brasil, que o “melhor interesse da criança” decorre da máxima convivência possível com ambos os genitores, separados ou não. É de se ressaltar, contudo, que no direito brasileiro, ao contrário de diversos outros países do sistema romano-germânico, tais como França e Itália por exemplo, a noção de guarda nunca se confundiu com o exercício do poder familiar, aqui sempre realizado por ambos os genitores, como previsto no art. 1.632, CC e no art. 21 do ECA. Dessa forma, tanto as intervenções mais importantes como problemas simples do dia a dia da criança sempre tiveram que ser decididas por ambos os pais, em comum acordo, qualquer que fosse o modelo de guarda.

Essa primeira modificação do art. 1594 CC, realizada em 2008, foi no sentido de que

¹ V., na jurisprudência, a decisão da Terceira Turma do STJ, REsp 1.251.000, Rel. Min. Nancy Andrighi, pub. 31.08.2011 e comentada por Renata VILELA e Vitor ALMEIDA. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, 2012. Disponível em <http://civilistica.com/guarda-compartilhada>, acesso em 20 dez. 2018. Sobre o tema, v., tb., Bruna Barbieri WAQUIM e Bruno Amaral MACHADO. Heterorreferências sobre a parentalidade: abertura cognitiva aos discursos “psi”, senso comum e descrições jurídicas da alienação parental e guarda compartilhada. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/heterorreferencias-sobre-a-parentalidade>, acesso em 20 dez. 2018 e Ana Paula MOTTA COSTA e Rodrigo FREITAS PAIXÃO. A Lei 13.058/2014 e a possibilidade de um dos genitores optar por não exercer a guarda compartilhada do filho frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Disponível em <http://civilistica.com/a-lei-13-0582014-e-a-possibilidade-de-um-dos-genitores>, acesso em 20 dez. 2018.

quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai sobre a guarda da criança, a custódia compartilhada se aplicaria, “sempre que possível”. A doutrina criticou abundantemente o dispositivo que, todavia, na ocasião, pareceu bem justificar-se como um meio de fazer com que, do ponto de vista sociocultural, os homens viessem a participar mais da vida dos filhos. Cumpre recordar que antes da mudança, a sociedade esperava que se atribuísse a guarda exclusivamente à mãe, o que de fato ocorria na imensa maioria dos casos, a ponto de a mulher que não obtivesse a guarda passar a ser mal vista e a criança considerada digna de pena.

Pouco tempo depois, em 2014, o legislador decidiu transformar o “sempre que possível” em obrigatório, estabelecendo que quando não houver acordo entre os pais “aplicar-se-á a regra geral da guarda compartilhada, a não ser que um dos genitores expressamente declare ao magistrado “não querer” a guarda da criança.² A regra virou, portanto, *opt out* (isto é, de auto exclusão) e resulta, em tudo e por tudo, análoga à célebre sentença do Rei Salomão, embora, ao contrário da lição contida na parábola, muito dificilmente um dos genitores terá a coragem de abrir mão da guarda, ainda que seja para não prejudicar ainda mais a criança. Dificilmente será perdoado.

A boa intenção do legislador é compreensível: quer impedir que na briga do casal um deles consiga “alienar” o outro. Com efeito, já foi dito que, em tese, a guarda compartilhada serve a diminuir, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, respeitando-se “a família como sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma”,³ sendo o objetivo da lei assegurar o direito à convivência familiar, em sua maior plenitude possível, convocando ambos os pais a assumirem de forma efetiva o conteúdo da autoridade parental.⁴

Diversamente, há quem sustente que a ligação entre os dois institutos: “(...) baseia-se muito mais em senso comum, (...) do que em evidências empíricas dessa sua potencialidade”, indo-se além para advertir que “diante da natureza complexa e interdisciplinar do problema da alienação parental, este não deve ser enfrentado de forma genérica em todos os casos, só sendo recomendada a adoção da guarda

² A Lei n. 13.058/2014 modificou o teor do CC., 2º do art. 1.584. “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”. Grifou-se para sublinhar que quando o legislador usa o verbo no tempo futuro, normalmente cria regra de conteúdo imperativo.

³ Paulo LOBO. Direito-dever à convivência familiar. In: Maria Berenice DIAS (Org.). *Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 401. No mesmo sentido, v. Douglas Phillips FREITAS. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 2.ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 96.

⁴ Renata VILELA MULTEDO. *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 137.

compartilhada quando os envolvidos no litígio se disponham ao exercício da coparentalidade de forma saudável ou admitam intervenções terapêuticas que restabelecem a saúde dos seus estilos parentais e padrões relacionais”.⁵ Com efeito, enfiar a criança, até o pescoço, no meio da guerra que com frequência ocorre entre ex-cônjuges que sequer conseguem acordar sobre a guarda, não obstante a ameaça do estabelecimento de compartilhamento, parece, a não ser muito excepcionalmente, o menos indicado dos caminhos.

Lembre-se que a síndrome da alienação parental, como síndrome que é, não é a regra. Além disso, ela é de ocorrência lenta e gradual; acredita-se que se o genitor não guardião for cuidadoso e prestar atenção ao filho com quem ele também deve conviver e a quem deve educar, será capaz, na grande maioria dos casos, de eficazmente impedir essa alienação. Será imprescindível que reaja e denuncie quando o filho parecer juntar forças com outro genitor; ou se o filho se recusar a vê-lo e buscar identificar e corrigir a própria contribuição para conflitos com o filho, enfim, defender-se contra falsas acusações e, eventualmente, optar por uma terapia de família.

As controvérsias que giram em torno da imposição do modelo da guarda compartilhada, diante de situação de litígio dos pais, são muitas.⁶ Fato é que não obstante a clareza da lei, “tribunais estaduais, de forma majoritária, continuam não aplicando o referido dispositivo em casos de litígio”.⁷ O principal argumento é o de que a interpretação da lei deve ser compatível com o ditado constitucional, e que “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

⁵ Assim, entre outros, Bruna Barbieri WAQUIM e Bruno Amaral MACHADO. Heterorreferências sobre a parentalidade, cit., p. 30.

⁶ Na VII Jornada de Direito Civil do CFJ (2015) foram aprovados os seguintes enunciados sobre o controverso tema: i) Enunciado 603: A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2 do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais; ii) Enunciado 604: A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho; iii) Enunciado 605: A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência; iv) Enunciado 606: O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um; v) Enunciado 607: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

⁷ Renata VILELA MULTEDO. *Liberdade e família*, cit., p. 146.

estrito (e estreito)”.⁸

A posição do STJ, no entanto, vinha sendo reiterada e constantemente favorável à guarda compartilhada em praticamente todos os casos. Em decisão de 2017, afirmou-se que, excluída a exceção da lei, “a guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado, prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial”.⁹

Aliás, antes mesmo da mudança da lei em 2014, no STJ já se defendia a ampla e geral aplicação da guarda compartilhada. Veja-se decisão de 2011 da Terceira Turma, onde se lê:

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.¹⁰

Recentemente, porém, parece ter havido uma feliz inflexão. Nas últimas decisões do STJ, especialmente nas decisões monocráticas, vê-se que o melhor interesse da criança vem prevalecendo substancialmente, fazendo a guarda compartilhada ceder lugar, como deve ser, ao interesse superior da criança, sempre a grande vítima nas brigas de família.

Com efeito, impor a guarda compartilhada de crianças, pequenas e menos pequenas, em ambientes hostis, de desentendimentos ou mesmo de maus entendidos reiterados, é prestar um completo desserviço àquela pessoa em desenvolvimento e, em consequência, mais dia menos dia à sociedade democrática.

⁸ TJRS. 8ª C.C., Agr. de Instrumento n. 70065972713, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 10.11.2015.

⁹ STJ, 3ª T., REsp 1.629.994, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, j. 06.12.2016.

¹⁰ STJ, 3ª T., REsp 1.251.000, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.08.2011. Grifou-se.

Assim, indica-se a prevalência de só se aplicar a guarda compartilhada depois de um olhar muito atento às especificidades do caso concreto, no sentido de ela mesma ter que representar o melhor interesse da criança. Veja-se, neste sentido, decisão do TJRS:

Inadequado, por ora, o estabelecimento da guarda compartilhada, devendo ser prestigiada a cautela do magistrado singular, que desacolheu o pleito diante da ausência de motivos para modificar a situação fática [...] que sinaliza não haver indicativos de que o regime pretendido efetivamente viria a atender aos superiores interesses da criança, que necessariamente devem prevalecer”.¹¹

Aliás, já passou da hora de cuidarmos de nossas crianças em todos os lugares e em todas as circunstâncias, como determina a Constituição Federal no seu artigo 227, *caput* e § 4º:

Art. 227. 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.

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Para se ter uma ideia do descaso a que estão submetidos os pequenos brasileiros, nenhuma entidade governamental se ocupa em reunir os números dos abusos sexuais contra crianças.¹² A falta de dados centralizados prejudica profundamente o combate, vez que o primeiro passo para elaboração de políticas públicas contra crimes passa por saber a dimensão do problema, como ele costuma ocorrer, se há maior incidência em determinados lugares e que questões, em alguns casos culturais, precisam ser combatidas em busca de uma solução.¹³

¹¹ TJRS, Agravo de Instrumento nº 70066315938, Oitava Câmara Cível, Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 12.11.2015.

¹² Nos Estados Unidos diversas entidades contabilizam esse tipo de informação. Assim, por exemplo, o Departamento de Saúde federal e a instituição *Crimes Against Children Research Center* reúnem os dados nacionais — e o acompanhamento das denúncias é feito pelo FBI, a polícia federal americana. Também no Reino Unido os números são divulgados por diversas entidades governamentais e contabilizados pela NSPCC (*National Society for Prevention of Cruelty to Children*).

¹³ No Brasil, a primeira lacuna diz respeito número total de denúncias de violência sexual contra crianças que chegam a diferentes autoridades. É o que relata reportagem da BBC Brasil, publicada em fevereiro de 2018: Elas [as denúncias] podem chegar a delegacias de polícia (especializadas ou não), ir direto ao

Além disso, há uma segunda lacuna ainda mais grave: o que acontece com as denúncias que chegaram pelos mais diversos e não contabilizados caminhos? Só há retorno sobre o andamento da apuração em 16% dos encaminhamentos em média, segundo o Ministério dos Direitos Humanos.¹⁴

Os únicos dados centrais que a BBC Brasil conseguiu identificar revelam a brutalidade deste tipo de crime, ou seja, quando vítimas vão parar em um hospital com machucados, doenças ou outros problemas decorrentes do abuso. Em 2016, o sistema de saúde registrou 22,9 mil atendimentos a vítimas de estupro no Brasil. Em mais de 13 mil deles — 57% dos casos — as vítimas tinham entre 0 e 14 anos. Dessas, cerca de 6 mil vítimas tinham menos de 9 anos. Os números mais consistentes são os do Ministério da Saúde — que mostram as vítimas que chegaram ao sistema de saúde. As estatísticas são do Sinam, o sistema de informações do Ministério da Saúde, que registra casos de atendimento de diferentes ocorrências médicas desde 2011. É uma espécie de ponta do iceberg do problema. O sistema consolida dados tanto dos serviços de saúde pública quanto da rede privada. Nos casos de estupros de menores, os profissionais de saúde responsáveis pelo atendimento em hospitais devem comunicar as ocorrências aos conselhos tutelares locais. A partir deste ponto, o sistema de saúde não faz mais o acompanhamento — portanto mesmo pelos números da área de saúde não há como saber quais desses casos chegaram à polícia ou à Justiça.

Crianças e adolescentes até 14 anos são os mais vulneráveis à ocorrência de estupro, principalmente na esfera doméstica: “Os autores da violência, na maioria das vezes, são familiares e pessoas conhecidas” e o fato de a maior parte dos abusos — físicos e sexuais — virem das próprias famílias torna o problema mais complexo e difícil de ser resolvido, já que a criança fica completamente desamparada e sem o apoio justamente de quem deveria protegê-la.

Ministério Público, a Conselhos Tutelares ou a Varas de Infância e da Juventude. Casos envolvendo crimes virtuais são investigados pela Polícia Federal. Não há números consolidados de denúncias feitas no país por nenhum desses caminhos. As suspeitas também podem chegar pelo Disque-Denúncia e serem encaminhadas a algum desses outros canais. Só por este caminho chegaram cerca de 9 mil denúncias no primeiro semestre de 2017. Em 2016, foram 15.707. Os dados são do Ministério dos Direitos Humanos, que mantém o serviço do Disque 100”.

¹⁴ BBC Brasil, fevereiro de 2018. Em busca das informações sobre o destino das denúncias que chegam por outros caminhos, a BBC Brasil procurou as polícias estaduais e também o Ministério Público de todos os 26 Estados brasileiros e do Distrito Federal. Na maioria dos Estados, nem a própria polícia ou secretaria de segurança agrupa essas informações. A ausência de dados centralizados gera a impossibilidade de cobrança e acompanhamento de uma esfera superior. A BBC Brasil recebeu informações apenas da Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais e dos Ministérios Públicos de Santa Catarina, Distrito Federal, Acre, Rio Grande do Sul e Paraná. As Secretarias de Segurança Pública de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina e os Ministérios Públicos de Minas Gerais, Goiás e Ceará admitiram não ter os dados. Os outros órgãos não responderam ou não deram explicações para não terem enviado as informações. (...)

Verificar cuidadosamente a quem atribuir a guarda é um primeiro e decisivo passo.

Maria Celina BODIN DE MORAES

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. Editorial à **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3., 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-guarda-compartilhada-e-o-direito/>>. Data de acesso.