



**FACULDADE DE JUSSARA – FAJ
CURSO DE DIREITO**

EDNA MAISA FARIAS MONTALVÃO

O LAR DE REFERÊNCIA NO DEBATE SOBRE GUARDA COMPARTILHADA

**JUSSARA/GO
2019**

EDNA MAISA FARIAS MONTALVÃO

O LAR DE REFERÊNCIA NO DEBATE SOBRE GUARDA COMPARTILHADA

Artigo apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara FAJ como requisito parcial á obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rafael Machado de Souza.



O LAR DE REFERÊNCIA NO DEBATE SOBRE GUARDA COMPARTILHADA¹

Edna Maisa Farias Montalvão²

Rafael Machado de Souza³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o que seria e como é o fundamento legal da guarda compartilhada, identificando o lar de referência e assim verificar a melhor forma para que ambos os genitores tenham o mesmo convívio com os filhos. Objetiva ainda apontar os pontos positivos e negativos trazidos pelo legislador na elaboração da lei sobre o lar de referência na guarda compartilhada, no intuito de mostrar para a população brasileira a necessidade da observância dessa lei. Ainda será vislumbrada a guarda compartilhada no lar de referência com base nos processos da Comarca de Montes Claros de Goiás, de onde serão retirados conceitos, percentuais sobre a questão da comarca. Usa-se o método dedutivo com base na análise de artigos, citação de leis referentes à guarda compartilhada, sendo as fontes de pesquisa mais utilizadas para enriquecer o conteúdo a Jurisprudência, os artigos científicos, a legislação brasileira e os conceitos segundo doutrinadores.

Palavras-chave: Comarca de Montes Claros de Goiás. Guarda compartilhada. Lar de referência. Melhor interesse do menor.

ABSTRACT

This article aims to analyze what would be and how is the legal basis of shared custody, identifying the reference home and thus check the best way for both parents have the same relationship between the children, still points out the positive and negative point brought by the legislator when the drafting of the law on the reference home in shared custody, in order to glimpse the shared custody in the reference home based on the processes of Montes Claros de Goiás, where concepts will be taken, percentages on the issue of the comarca. Using the deductive method based on the analysis of articles, citation of laws relating to shared custody, the sources of research used to further enrich the content will be given by citation of jurisprudence, scientific articles, Brazilian legislation and concepts according to scholars.

Keywords: District of Montes Claros de Goiás. Shared guard. Reference home. Best interest of the minor.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ, como parte para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

² Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ. E-mail: ednamaisa@outlook.com.

³ Professor da Faculdade de Jussara – FAJ. Especialista em Direito Processual Civil. E-mail: rafaelmachado1986@uol.com.br.

1. INTRODUÇÃO

É certo que a família é sem dúvida a instituição e o agrupamento humano mais antigo da história, haja vista que todo indivíduo nasce em razão da família, com a influência social. A família atual não tem a mesma formação de tempos atrás, pois o desenvolvimento social e jurídico está gradativamente evoluindo sobre o tema, uma vez que o modelo familiar arcaico, denominado *patriarcal, patrimonial e matrimonial*, deitou lugar ao modelo de família igualitário, com isso cada membro familiar terá suas necessidades atendidas com a busca da felicidade de cada um.

A ideia do que vem a ser família, com suas características, sua formação etc., é extremamente volátil e mutável no tempo, acompanhando sempre a evolução dos ideais sociais, das descobertas científicas e dos costumes da sociedade, o que torna impossível construir uma ideia sólida e fixa do que vem a ser família e quais suas características.

A Constituição Federal/88 começou trazendo grande avanço para a família, pois os incisos III e V do artigo 226 determinam que não há necessidade do casamento para ter uma família, e deixam bem claro que tanto o homem quanto a mulher têm as mesmas garantias. Na sociedade brasileira, há a predominância da chamada família tradicional, porém, vai-se abrindo espaço para novos modelos familiares.

A guarda compartilhada tem por fundamento diversos princípios constitucionais, dentre eles o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ao qual é dada absoluta prioridade pela CF/88, da qual decorre, também, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227 da CF/88). Na Carta Magna, permite-se que os filhos usufruam da convivência igualitária com os pais, semelhantemente à situação vivida antes da dissolução conjugal, sendo, portanto, uma solução para os conflitos que surgem entre os ex-cônjuges. Os pais têm assim a oportunidade de, conjuntamente, educar seus filhos e participar de todas as etapas de sua vida, transmitindo-lhes suas experiências e ensinamentos, auxiliando-os em sua formação para torná-los adultos responsáveis, de bom caráter, o que somente é possível por meio do convívio diário dos membros da família. Entretanto, apesar de se assistir a uma frequente ampliação do interesse acerca da guarda e da sua gradativa aceitação pelos juristas e pela sociedade, é de se observar que o ciclo evolutivo deste arranjo ainda não se inteirou, uma vez que sua adoção somente tem encontrado vez na hipótese de consenso entre os pais, existindo ainda uma grande resistência em decretá-la nos processos litigiosos.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a guarda compartilhada é modelo utilizado em 13% das situações em que há discussão, sendo este um crescimento exponencial, saltando de 7,5% das relações em 2015 para 12% em 2017. Entretanto, apesar deste crescimento, vê-se que a guarda unilateral ainda tem predominância nas questões de guarda no Brasil. Segundo estes mesmos dados do IBGE, 80% das guardas são unilaterais, seja para o pai, mãe ou até mesmo os avós (CUNHA, 2018, online, s/p).

Dito isto, o presente trabalho busca entender o principal foco da guarda compartilhada, que é a escolha do lar de referência, considerando aquele em que a criança ou adolescente terá como parâmetro de localização, familiarização e residência fixa.

Abordaremos questões atinentes não só à juridicidade, mas faremos também uma análise sociológica e humanista da relação que deve imperar neste tipo de guarda, tendo como norte principal o interesse da criança ou do adolescente.

2. GUARDA

As definições para guarda são diversas, já que enseja proteção, vigilância, zelo, segurança, ou seja, o termo guarda pode ser interpretado de formas variadas. No direito de família, o termo é tido como um direito-dever que ambos os pais, ou um deles, exercem em favor dos filhos. A guarda visa à garantia dos direitos do menor envolvido. Não é um poder entregue livremente nas mãos de alguém para que este exerça autoridade familiar, mas sim um dever imposto por razões de ordem pública, que, se violado injustificadamente, acarreta sanções administrativas, penais e cíveis.

Plácido e Silva, em seu vocabulário jurídico, entende que a guarda dos filhos é:

A locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E, guarda, neste sentido, tanto significa a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais (SILVA, 2006, p. 667 apud SILVA, D., 2017, on-line, s/p).

Outra definição para o conceito de guarda é de Ana Maria Milano, que a define como:

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes (MILANO, 2008, p. 39 apud SILVA, D., 2017, on-line, s/p).

Silva, D. afirma que:

No atual ordenamento jurídico brasileiro a guarda está regulamentada no Código Civil de 2002, nos artigos 1.583 a 1.590 e 1.643, II; no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 33 a 35, os quais falam da guarda propriamente dita, com base nos princípios constitucionais dispostos nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 1988 (SILVA, D., 2017, on-line, s/p).

A guarda resultante da dissolução da sociedade conjugal poderá ser requerida por um dos genitores ou pelos dois, na ação de divórcio ou dissolução de união estável, decretada pelo juiz, pelas necessidades do filho ou por distribuição de tempo necessário ao convívio do menor com o pai e mãe, conforme o artigo 1.584, I, do Código Civil.

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) (BRASIL, 2002, on-line, s/p).

A guarda é classificada como legal/jurídica ou material/física. A primeira é a responsabilidade de educar os filhos e é elemento do poder familiar. A segunda pode ser definida como o compartilhamento da mesma residência com a criança e ao adolescente.

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz a seguinte redação: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990, on-line, s/p). Analisando o referido texto, nota-se que a obrigação do guardião é de prestar assistência moral, educacional e material, ou seja, ao guardião cabe o cuidado direto com o filho e também a convivência com ele.

Sendo assim, a guarda é uma consequência do poder familiar, dos institutos de tutela e de adoção, e é decorrente da lei.

Na duração do casamento ou da união estável, a guarda se mantém de ambos os pais, conforme o artigo 1.634 do Código Civil e o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (BRASIL, 2002, on-line, s/p).

Art. 21. O 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 (BRASIL, 1990, on-line, s/p).

No caso de dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, nenhum dos pais perde o poder familiar relativo aos filhos, já que o que se dissolveu foi o relacionamento entre os cônjuges, não podendo os filhos serem afetados (SILVA, D., 2017, on-line, s/p).

Quanto à dissolução na existência de conflitos entre os cônjuges, cabe ao juiz atribuir

a guarda, podendo inclusive, se entender que estão sendo violados os interesses dos filhos, não homologar acordo feito entre os genitores.

Segundo o Estatuto, no art. 33: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990, on-line, s/p).

A guarda pode ser concedida como uma maneira de assegurar o direito à convivência familiar, sem implicar necessariamente a destituição do poder familiar. Dessa forma, há a possibilidade de manter o vínculo entre a criança e o adolescente e sua família de origem, ao mesmo tempo que se mantém o instituto da guarda.

A chamada guarda estatutária é concedida quando, pela ausência, omissão ou abuso por parte dos pais ou responsáveis, ocorre a perda do poder familiar. Elucidando de forma correta, quando os direitos expressos no artigo 227 da Constituição e no artigo 4º do ECA forem violados ou houver ameaça de violação, haverá respaldo para a guarda estatutária. Para a colocação do menor de idade em família substituta, deve haver a situação de risco e a necessidade de aplicar essa medida de proteção.

Ainda conforme o ECA, em seu artigo 35, a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo mediante ato judicial fundamentado, sendo ouvido o Ministério Público.

Conforme o estabelecido na Constituição Federal no Art. 227, “Toda criança e todo adolescente têm direito à vida, à saúde, à alimentação, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, violência, discriminação, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988, on-line, s/p).

A guarda busca garantir essa proteção aos menores de idade, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, a salvo de ingerências negativas que possam ocorrer no âmbito patrimonial ou pessoal, por meio da ausência, omissão, abuso ou negligência dos pais ou responsáveis.

3. MODALIDADES DE GUARDA

3.1. Guarda unilateral

A guarda unilateral é conferida a um dos genitores, ou seja, àquele que, objetivamente, apresentar mais aptidão para propiciar aos filhos uma boa educação para assegurar-lhes saúde física ou psicológica. Tal guarda obrigará o genitor-visitante a supervisionar os interesses da prole. E, para tornar possível essa supervisão, qualquer um dos genitores poderá

legitimamente solicitar informações ou prestação de contas, de ordem objetiva ou subjetiva, sobre assuntos ou situações relacionadas, direta ou indiretamente, com a saúde física ou psíquica e a educação dos seus filhos. Também conhecida como guarda exclusiva, é a modalidade na qual a guarda é atribuída somente a um dos pais, ficando os filhos sob cuidado deste, restando ao outro genitor o direito de visita, exercício da guarda jurídica a distância e o pagamento de pensão alimentícia.

Essa modalidade está prevista no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002, como aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, podendo ser definida como:

Modalidade é de exclusividade de um só dos progenitores, o qual detém a “guarda física”, que é a de quem possui a proximidade diária do filho, e a “guarda jurídica”, que é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor. Onde se prepondera a guarda instituída à mãe, embora a guarda paterna venha se avolumando, pelas transformações sociais e familiares, este que dirige e decide tudo que envolve o menor (SILVA, 2005, p. 61 apud SILVA, D., 2017, on-line, s/p).

A guarda unilateral não confere aos pais igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, já que aquele que não detém a guarda não participa efetivamente da vida dos filhos.

Importante lição é dada por Ana Maria Milano:

[...] na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há, efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores (MILANO, 2008, p. 122 apud SILVA, D. 2017, on-line, s/p).

Assim, a maior desvantagem desse modelo de guarda é a impossibilidade de educação dos filhos por ambos os pais, uma vez que a guarda é deferida às mães e, na maioria das vezes, o pai vai se afastando, já que ele obedece ao que foi acordado em relação às visitas, vendo o filho em horários e dias predeterminados, ou seja, essa modalidade de guarda tira a afetividade entre pai e filho, podendo trazer inclusive gerar problemas psicológicos, além da maior possibilidade de ocorrer alienação parental por parte do genitor que detém a guarda.

3.2. Guarda Alternada

Esse tipo de guarda não está previsto no nosso ordenamento jurídico e também não é aceito na maioria dos países, uma vez que, por meio de tal guarda, um dos genitores tem a guarda da criança por determinado lapso temporal (a ser definido por ambos os genitores),

tendo a totalidade dos direitos e deveres em relação ao menor.

Grisard Filho ensina que “esta modalidade de guarda se opõe fortemente ao princípio da continuidade, o qual deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança” (2002, p. 79). Além disso, nesse tipo de guarda não há o devido respeito pelo princípio do melhor interesse da criança.

Alguns malefícios da guarda alternada são:

1. não há constância de moradia;
2. na formação dos menores resta prejudicada, não sabendo que orientação seguir, paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos etc.;
3. é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc.) (BONFIM, 2011).

Deste modo, maior crítica em relação a esse modelo de guarda é a dificuldade que o menor tem para manter seus hábitos, valores, padrões de vida, além de prejudicar o juízo de valores, já que essa mudança constante de residência deixa a criança sem um norte na sua vida.

3.3. Aninhamento ou nidação

Neste tipo de guarda, pouco utilizado no Brasil, há um revezamento por parte dos pais. Grisard Filho conceitua como:

Análoga à guarda alternada, no aninhamento ou nidação, o revezamento parte dos pais, que moram na casa onde vivem os filhos, em períodos alternados. Trata-se de uma modalidade rara, de difícil realização e longevidade reduzida. Isso porque envolve uma logística complicada, na qual se destacam os altos custos para a manutenção de três casas: uma para o pai, outra para a mãe e uma terceira para o filho recepcionar os pais, alternadamente (GRISARD FILHO, 2002, p. 79).

Mesmo existindo esse tipo de guarda, é muito raro ser deferido por um juiz, sendo inviável no cenário brasileiro, devido aos altos custos de manutenção, já que requer três residências, uma para o pai, outra para a mãe e uma terceira para o menor que receberá os pais.

4. GUARDA COMPARTILHADA

A noção de guarda compartilhada ou conjunta é um modelo importado de outros

países, surgiu na Common Law, no Direito Inglês, na década de 60, quando houve a primeira decisão de guarda compartilhada (joint custody).

A guarda compartilhada é uma modalidade que teve sua previsão expressa na legislação nacional a partir de 2008 pela Lei nº 11.698/08. Por este instituto, com a dissolução do casamento ou da união estável, a criança reside com um dos pais, e o outro genitor mantém o exercício de todos os direitos e deveres. Ela é o contraponto da guarda unilateral, respeitando o bem-estar emocional dos filhos.

O artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 11.698/2008, conceitua guarda compartilhada como “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” (BRASIL, 2002, on-line, s/p).

É por meio da guarda compartilhada que ambos os pais vão exercer igualmente os direitos e deveres relativos ao poder familiar, já que o pai e a mãe separados estão em igualdade no que tange às responsabilidades de educação e formação dos filhos.

Através da guarda compartilhada, os filhos têm uma chance de conviver e manter um contato maior com ambos os pais, já que há uma coparticipação deles em relação aos direitos e deveres. Por este tipo de guarda, há como valorar as relações afetivas, equilibrar o poder familiar e trazer benefícios para os filhos.

A guarda compartilhada de forma amigável favorece o bom desenvolvimento da criança, assim proporcionando-lhe bom desempenho em sua infância, bem como trazendo certa harmonia para sua rotina, podendo, então, mudar uma possível realidade negativa que a criança poderia viver no futuro.

Nesse sentido, o artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro preconiza o seguinte:

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;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (NR) (BRASIL, 2002, online, s/p).

Com a evolução da sociedade patriarcal, a mulher passou a ter mais liberdade e deveres frente à família, deixando de lado o seu papel exclusivo de mãe, da mesma forma, o

homem assumiu a relação paternal, deixando de ser somente aquele que dita e sustenta a casa, acentuando assim a afetividade no seio familiar.

Para Grisard Filho:

O desejo de ambos os pais de compartilharem a criação e a educação dos filhos e o desses de manterem adequada comunicação com ambos os pais, de forma contínua e simultânea, motivou o surgimento deste novo modelo de guarda e responsabilidade parental (GRISARD FILHO, 2005, p. 30).

O intuito da guarda compartilhada é garantir o princípio do melhor interesse do menor, bem como a igualdade entre os genitores.

[...] a guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sociopsicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha (NEIVA, 2002).

A guarda compartilhada vem amenizar a lacuna que a separação traz no meio familiar, pois, apesar de não estarem mais juntos, ambos os genitores devem participar efetivamente na vida dos filhos e, conseqüentemente, permitir que estes participem da sua.

Mesmo em casos em que a guarda compartilhada é uma alternativa plausível, pela constituição familiar e pela boa relação entre os pais, é de ser respeitado o *interesse do infante* com o intuito de assegurar o seu desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Este entendimento já está sedimentado tanto nas jurisprudências, quanto nas doutrinas, pois é uma garantia para a formação da criança e do adolescente, na tentativa de minimizar os danos psicológicos decorrentes de uma separação.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma 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 (BRASIL, 1990, online, s/p).

Com as principais mudanças referentes à guarda compartilhada, foi inserido no § 2º do artigo 1.583 o seguinte texto:

§ 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).

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008);

II - saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008);

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008);

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) (CEOLIN, 2018, online, s/p).

O regime da guarda compartilhada somente será regra se os genitores residirem na mesma cidade, podendo o juiz determinar que serão considerados domicílios únicos se a situação for excepcional, ou, sendo o caso, o provimento judiciário preverá se os genitores moram na mesma cidade.

A guarda compartilhada tem uma fixação de regime da guarda dos filhos, com as grandes mudanças sociais e valores decorrentes do crescimento de mulheres no mercado de trabalho, tendo uma postura de dissolução da sociedade conjugal, como a forma de ter novos vínculos afetivos e abandono como o papel de mãe. Tendo a entender que a guarda compartilhada não é a mesma que a guarda alternada, pois na guarda alternada cada um dos pais detém a guarda do filho alternadamente, podendo ser estipulado o período de um ano escolar, um mês, uma semana etc., considerando que a guarda alternada não deixa de ser uma guarda única.

Com esse sentido, devemos citar os seguintes julgados, tendo a efetividade da guarda compartilhada:

“APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR – PRETENSÃO REQUERIDA PELO PAI – ESTUDO PSICOSSOCIAL A FAVOR DA GUARDA COMPARTILHADA – PEDIDO DE DELIMITAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO – POSSIBILIDADE – DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE SUBMISSÃO DA GENITORA A ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO NOS TEMOS DO ART. 129, III, DO ECA – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES PELO AUTOR – INOCORRÊNCIA – APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. – É dever dos pais a guarda de seus filhos, conferindo-lhes assistência afetiva, moral e material, proporcionando-lhe educação e desenvolvimento saudável e, quando dissolvida a união mantida pelos pais, há de se considerar o interesse da prole para a definição do exercício desse elevado mister familiar. – Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda da infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. – Evidenciadas as dificuldades de relacionamento entre os pais, mormente em razão do comportamento da genitora, é cabível a determinação de ofício, que a genitora se submeta a um acompanhamento psicológico, nos termos do art. 129, III, do ECA” (Apelação nº 0001352-19.2004.8.19.0011, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. Rel. José Geraldo Antônio, j. Em 11.08.2010) (ARTNER, 2019, online, s/p).

Desse modo, a guarda compartilhada visa ao convívio do menor com os seus genitores, tendo em vista a decisão e o interesse da criança.

4.1. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico

A Lei nº 13.058/2014 alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de

2002, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

A Lei nº 11.698/08, sancionada em 13 de junho de 2008, entrou em vigor em 15 de agosto de 2008, ficando conhecida como Instituto da Guarda Compartilhada. A nova lei garante aos pais que estiverem em processo de separação a opção de dividirem responsabilidades e despesas quanto à criação e educação dos filhos. A inovação trazida ao Direito de Família dá nova redação ao parágrafo 1º do art. 1.538 do Código Civil, passando a conceituar que a responsabilização será conjunta, bem como o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não residem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

A guarda compartilhada prioriza o engajamento de ambos os genitores no crescimento e desenvolvimento dos filhos, que vão passar a dividir a responsabilidade pelas tomadas de decisões sobre a criança. Deve-se deixar claro que, na guarda conjunta, não se compartilha a posse física dos filhos, mas sim as responsabilidades sobre eles. Como o próprio nome já diz, trata-se de um exercício conjunto da guarda, em que ambos os genitores decidirão sobre a vida do filho menor em nível de igualdade, não importando o período de permanência do filho com cada genitor.

A guarda compartilhada dispensa a estipulação de regime de visitas, mas, diante da necessidade de fixar a residência referencial do menor, podem os guardiões, caso entendam necessário, optar pela fixação de visitas, estipulando regras com o intuito de não causar transtornos na rotina do menor. Com isso, facilita-se a convivência da família, bem como se organiza a rotina do filho e dos pais que residem em cidades distintas. Insta salientar que a cidade que melhor atender às necessidades do filho, como educação, saúde, lazer, dentre outras, será considerada a base de sua moradia.

Nesse sentido, vejamos o que dispõe o artigo 1.583, parágrafo 3º do Código Civil Brasileiro: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos” (BRASIL, 2002, on-line, s/p).

Há de se ressaltar que, de acordo com o Código Civil Brasileiro e outras leis e normas, o bem-estar do filho é a prioridade, portanto, há de se compreender que os pais têm o dever de assistir em tudo que fizer necessário para garantir o seu conforto.

Dessa forma, a presente pesquisa se justifica em consideração da sua importância social e jurídica, tendo em vista que possibilitará a construção de novos conhecimentos sobre a temática proposta, principalmente para a comunidade acadêmica. Traz-se uma abordagem inovadora ao propor o debate jurídico da guarda compartilhada sob a perspectiva do lar de referência, assim entende-se que esse estudo ampliará as discussões já existentes.

5. LAR DE REFERÊNCIA

5.1. A escolha

Fixada a diversidade de domicílios, havendo a real e justificada necessidade de um dos pais mudar de cidade e existindo divergência a respeito da definição do novo domicílio da criança, tal fato novo deverá ser levado ao conhecimento do juiz, por meio de simples petição nos autos da ação em curso, caso o domicílio tenha sido fixado em decisão interlocutória ou através do manejo da ação de modificação de cláusula, nos casos de sentença transitada em julgado. O dispositivo não impõe a fixação da residência do filho a um lar específico. Também não diz que a base de moradia precisa ser atribuída a somente um dos genitores, tão somente estabelece que a "cidade" considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos seus interesses. Ao falar em "cidade", parece pressupor que os pais residem em localidades distintas, fato que não impede o regime de compartilhamento. A atual parafernália tecnológica autoriza uma proximidade tão grande que, mesmo residindo em países distantes, podem os pais exercer a guarda compartilhada.

O magistrado, ao tomar conhecimento do fato novo, da divergência existente, deverá, antes de tomar sua decisão, tendo em mente que todos os pais foram considerados anteriormente aptos a exercer o poder familiar, senão não seria possível o deferimento da guarda compartilhada, perquirir qual domicílio/cidade melhor atenderá aos interesses da criança, levando em conta para tanto seus vínculos de amizade, identificação com moradia, habitualidade com a escola etc.

Um caso de grande dúvida e conflito entre os pais ocorre sobre a mudança de domicílio com filhos menores no caso de ambos serem separados. Infelizmente, em alguns casos, os pais não atuam em conformidade com a legislação, o que pode ter consequências processuais muito graves, conforme veremos.

A legislação brasileira trata do tema em alguns diplomas legais, senão vejamos no Código Civil de 2002:

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:
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 (BRASIL, 2002, on-line, s/p).

Para que o menor no Brasil mude de residência em caráter permanente, seja entre

estados no Brasil ou do Brasil para o exterior, é necessário que ambos os pais autorizem. Para isso, terá de ser negociado um acordo de regulamentação de visitas, prevendo inclusive o pagamento das passagens do pai ou mãe que ficar para trás, se for o caso.

Ademais, a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, ou Lei da Alienação Parental também trata do tema. Em seu artigo 2º, parágrafo único, a lei exemplifica casos de alienação parental:

São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

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.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. Quanto ao local competente para se demandar em juízo, a [Lei de Introdução ao Código Civil](#) Brasileiro dispõe em seu artigo 7º que a lei do país em que é domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família (BRASIL, 2010, on-line, s/p).

A título de análise documental, bem como para analisar a questão legal sob a ótica fática numa sociedade interiorana, foram verificados os dados referentes à guarda compartilhada e a escolha do lar de referência na Comarca de Montes Claros de Goiás.

Destes dados, sistematizados com o auxílio da mediadora Nathalia Peres, já que os autos são de difícil acesso – pois todos tramitam em segredo de justiça –, observa-se que, na comarca, houve poucos processos de guarda compartilhada, em três anos de conciliação.

Segundo estas informações, os processos de guarda compartilhada têm uma porcentagem de tramitação em 20% de todos os casos ocorridos na escrivania, ao passo que a guarda unilateral corresponde a algo em torno de 70%, o que demonstra, portanto, que a referida modalidade de guarda – mesmo não sendo a regra no ordenamento – ainda é a mais utilizada na prática.

Informou-se que ao menos 5 dos processos de que a mediadora fez audiência resultaram em acordo em que se regulou a guarda compartilhada, podendo-se concluir que os pais, nestes casos, têm uma boa convivência, diálogo e, o principal, moram na mesma cidade. Fica impossível ter a guarda se os genitores não tiverem a consciência de que o melhor para a criança é estar bem, independente de qual será o lar de referência.

O número, apesar de mínimo, resulta da pouca tramitação processual da Comarca (que gira em torno de 2.000 processos de todas as naturezas) e, ainda, da imensa maioria ser resultante de guardas unilaterais e/ou porque não há acordo entre os genitores, havendo na esmagadora maioria definição pelo Juiz de Direito.

Ainda segundo os dados coletados, na comarca de Montes Claros de Goiás, o lar de referência é sempre (100%) determinado como o da mãe. Ainda, por existirem poucos casos de guarda compartilhada na comarca, não se tem notícias de nenhum caso em que foi necessário rever a guarda, seja deferida pelo juiz ou se resultante da mediação, pois ambos os genitores tiveram a escolha ideal para seus filhos.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se que, para estabelecer um bom convívio e uma boa relação entre a criança e os genitores, não se necessita que a criança tenha dois lares de referência, será escolhido um para que seja o lar em que ela terá mais acesso e liberdade de fazer o que necessita. Independente da escolha que for determinada, a criança vai ter acesso de ambos os pais, pois a guarda compartilhada vem para analisar o interesse da criança em ter o convívio com seus pais e uma boa relação entre eles. Só será escolhido esse lar para que a criança tenha um teto para que ela possa se sentir confortável e protegida para ter uma boa educação e contato com a população.

Com base na análise e pesquisa em Montes Claros de Goiás, a guarda compartilhada foi estabelecida que a criança mora com a mãe pela forma que o pai terá o mesmo convívio, regras que deveriam ser cumpridas, os genitores terão as mesmas obrigações, pois a criança necessita que nada mude, de forma que a educação, escola, tudo em torno da criança não gera transtorno. Os pais têm que ter compreensão de que os filhos precisam ser educados e deve ser estabelecida a ordem conforme os genitores estabelecerem esse vínculo, pois os dois têm que saber lidar com a situação, tendo o equilíbrio para ter uma boa educação e convívio com os seus filhos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Markley de. Guarda compartilhada: uma análise de seus efeitos na família em casos de dissolução litigiosa. *DireitoNet*. 28/02/2016. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9604/Guarda-compartilhada-uma-analise-deseus-efeitos-na-familia-em-casos-de-dissolucao-litigiosa>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. *Revista Jus Navigandi*. Publicado em 04/2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12592/aguarda-compartilhada-e-a-lei-n-11-698-08>>. Acesso em: 23 maio 2019.

ARTNER, Raphael Ruggeri. A guarda compartilhada. *Jus Navigandi*. Publicado em 04/2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73178/a-guarda-compartilhada/2>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CAMPOS E OLIVEIRA ADVOGADOS. Alterações de domicílio e guarda de menores. *Jusbrasil*. 2019. Disponível em: <<https://camposoliveiraadvbr.jusbrasil.com.br/artigos/696071422/alteracoes-de-domicilio-e-guarda-de-menores?ref=serp>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

COELHO, Carlos Eduardo Martins; LOPES, Retifica R. Guarda compartilhada como regra no direito. *Jus.com.br*. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49839/guarda-compartilhada-como-regra-no-direito>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada dos pais e duplo domicílio dos filhos. *Migalhas*. 13 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278166,101048-Guarda+compartilhada+dos+pais+e+duplo+domicilio+dos+filhos>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

GODOY, Priscilla Yamamoto Rodrigues de Camargo. **A modalidade da Guarda Compartilhada agora é regra**. 2019. Disponível em:

<<https://blog.juriscorrespondente.com.br/a-modalidade-da-guarda-compartilhada-agora-e-regra-inovacoes-da-nova-lei/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SILVA, Daniel Vinícius Ferreira da. Modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus.com.br*. Fev. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56157/modalidades-de-guarda-existent-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SILVA, Fernando Salzer e. A questão da fixação do domicílio dos filhos na guarda compartilhada. *Conjur*. 18 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/fernando-salzer-silva-fixacao-domicilio-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

TUTELA E GUARDA sobre as formas de proteção do menor de idade no ordenamento brasileiro. *Direito Diário*. 22 de maio de 2016. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/tutela-e-guarda-sobre-as-formas-de-protecao-do-menor-de-idade-no-ordenamento-brasileiro/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.