

Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008

Paulo Lôbo

Doutor em Direito Civil pela USP; Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça; Membro da Diretoria Nacional do IBDFAM e da International Society of Family Law.

SUMÁRIO: 1 Direito à Convivência; 2 Redirecionando o Conceito de Guarda; 3 Descumprimento do Dever de Guarda e Sua Discutível Sanção; 4 Função Subsidiária da Guarda Unilateral e Seus Requisitos; 5 Genitor Não Guardião: Direito de Fiscalização e de Convivência com o Filho; 6 A Guarda Compartilhada como Preferencial.

1 Direito à Convivência

A Lei nº 11.698, de 2008 (Lei da Guarda Compartilhada), não apenas introduziu explicitamente uma modalidade de guarda, mas reformulou todo o modelo de relacionamento entre pais separados e filhos, notadamente pelo fortalecimento da concepção de direito de convivência no lugar da dicotomia guarda/visita.

A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas.

Quando os pais não chegarem a mútuo acordo, após a separação ou o divórcio, acerca do modo de convivência que cada um entretecerá com os filhos comuns, deve o juiz assegurar a estes o direito de contato permanente com aqueles.

A criança não tem que escolher entre o pai e a mãe; é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de ter ambos os pais e não ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o outro genitor. Com tais cuidados, deve o juiz oferecer oportunidade à criança de ser ouvida, sempre que entender necessário para seu melhor interesse, sem jamais levá-la a escolha difícil e traumática.

Mais do que a guarda, concebida tradicionalmente como direito preferencial de um pai contra o outro, a proteção dos filhos constitui direito primordial destes e direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os pólos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência ou no direito de contato. Os pais

preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação.

2 Redirecionando o Conceito de Guarda

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício.

Diferente é o conceito e alcance de guarda para os fins do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste, a guarda inclui-se entre as modalidades de família substituta, ao lado da tutela e da adoção, pressupondo a perda do poder familiar dos pais, razão por que é atribuída a terceiro.

A regra básica, nas hipóteses de separação ou de pais que nunca viveram sob o mesmo teto, é a da preferência ao que os pais acordaram sobre a guarda dos filhos, quando chegarem a consenso mútuo. Confia o legislador no melhor discernimento dos pais, cujas escolhas serão presumivelmente as melhores para os filhos. Todavia, deve o juiz verificar se o acordo observa efetivamente o melhor interesse dos filhos, ou o reduz em benefício de concessões recíprocas para superação do ambiente conflituoso, contemplando mais os interesses de um ou de ambos os pais. Essa é a orientação que deflui do art. 1.586 do Código Civil, também aplicável às separações consensuais, que atribui ao juiz o poder de regular de maneira diferente, "a bem dos filhos", sempre que houver motivos graves. Certamente é motivo grave a preferência dada pelos pais para a superação de seus próprios conflitos, em detrimento dos filhos.

A guarda pode ser extinta se ficar comprovado que o guardião ou pessoas de sua convivência familiar não tratam convenientemente a criança ou o adolescente. A regra legal de não tratamento conveniente não é dirigida apenas ao guardião. Por exemplo, se a guarda foi conferida à mãe, que passou a conviver com outro homem, e se este tiver conduta prejudicial à formação da criança, o juiz poderá determinar a retirada desta de tal convivência, transferindo a guarda para o pai ou terceiro.

A guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito, em virtude da regra geral estabelecida no art. 187 do Código Civil, quando exceder manifestamente aos limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Na doutrina estrangeira, entende-se como abuso, no âmbito do direito de família, quando o direito é exercido com o propósito de causar dano aos interesses da outra pessoa; ou quando tem fins distintos do que o direito lhe atribui; ou quando há desproporção entre o modo do exercício e o dano causado por esse exercício.

3 Descumprimento do Dever de Guarda e Sua Discutível Sanção

A Lei nº 11.698, de 2008, prevê uma sanção civil, de discutível utilidade, para a hipótese de descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada: "redução de prerrogativas atribuídas a seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho". Essa regra pode ampliar a alienação parental, na hipótese da guarda unilateral, ou comprometer a guarda compartilhada.

Em qualquer hipótese, o melhor interesse do filho na convivência com seus pais será prejudicado, pois a sanção é de redução do número de horas de convivência. A redução pode ser conveniente ao genitor faltoso, que deseja exatamente a redução da convivência com o filho. Infelizmente, a realidade existencial não é sempre de disputa pela maior convivência.

Portanto, a interpretação da regra de sanção, em conformidade com o princípio do melhor interesse do filho, diz respeito apenas à violação da cláusula de guarda, quando o genitor, sem justificativa razoável e de modo arbitrário, reter o filho reiteradamente além de seu período de convivência, prejudicando o direito de convivência do outro. Ocorrências isoladas não devem ser consideradas, para que a justiça não se converta em arena de reabertura de conflitos. Em contrapartida, se o genitor reduzir o período de convivência, reiteradamente e sem motivo justificável, incorre em inadimplemento do dever jurídico correspondente, respondendo por danos morais.

4 Função Subsidiária da Guarda Unilateral e Seus Requisitos

A guarda unilateral ou exclusiva, na sistemática do Código Civil e após a Lei nº 11.698, de 2008, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. Na separação judicial convencional ou no divórcio convencional os pais podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, se esta resultar no melhor interesse dos filhos; essa motivação é necessária e deve constar do respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem a separação ou o divórcio.

No direito anterior, a guarda exclusiva era consequência do sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa pela separação. A guarda era atribuída ao que comprovasse ser inocente, ainda que não fosse o que preenchesse as melhores condições para exercê-la. Com o advento do princípio do melhor interesse da criança ou da prioridade absoluta desta, tutelado na Constituição, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidado no direito brasileiro ao início da década de 90 do século XX, pouco importa que o filho fique sob a guarda do genitor que foi considerado culpado pela separação, desde que ofereça as melhores condições para exercê-la. O Código Civil, nessa linha

evolutiva, extirpou de vez a injusta relação entre guarda e culpa pela separação, revogando a norma contida no art. 10 da Lei nº 6.515, de 1977, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Conseqüentemente, o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, afastando-se a odiosa regra da culpa do pai ou da mãe.

Melhores condições, para os fins legais, não se confundem necessariamente com melhores situações financeiras. O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um. Nenhum fator é aprioristicamente decisivo para determinar a escolha, mas certamente consulta o melhor interesse do filho menor a permanência com o genitor que lhe assegure a manutenção de seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida, em relação aos meios de convivência familiar, social, de seus laços de amizade e de acesso ao lazer. Fator relevante deve ser o de menor impacto emocional ou afetivo sobre o filho, para essa delicada escolha.

A Lei nº 11.698, de 2008, indica os seguintes fatores de melhor aptidão para a atribuição da guarda unilateral a um dos pais: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação. Essa enunciação não é taxativa, nem segue ordem de preferência. Não há exigência legal de estarem conjugados; pode o juiz, ante a situação concreta, decidir que um deles prefere aos demais. São elementos de ponderação para o juiz, na apreciação de cada caso em concreto. A comprovação da ocorrência deles deve ser feita com o auxílio de equipes multidisciplinares, pois as relações reais de afeto dificilmente podem ser aferidas em audiência. Quando os pais nunca tenham vivido sob o mesmo teto, presume-se que tenha havido maior intensidade de afeto entre a criança e aquele com quem teve maior convivência, até porque configura sua referência de lar ou casa.

A lei, acertadamente, privilegia a preservação da convivência do filho com seu "grupo familiar", que deve ser entendido como o conjunto de pessoas que ele concebe como sua família, constituído de parentes ou não. O juiz não mais pode escolher entre o pai ou a mãe, apenas. Deve preferir quem, por temperamento e conduta, possa melhor assegurar a permanência da convivência do filho com seus familiares paternos e maternos. A experiência demonstra que, muitas vezes, o que fica com a guarda estende sua rejeição não apenas ao outro, mas aos parentes deste, impedindo ou dificultando o contato do filho com eles, convertendo-se em verdadeira alienação parental de todo o grupo familiar.

Os fatores saúde, segurança e educação não são aferidos a partir das condições financeiras de cada um dos genitores. O que interessa é a identificação do genitor que apresenta melhor aptidão, no que concerne ao cuidado que demonstra com sua efetivação cotidiana e o real compromisso para realizá-los. Até porque a fixação dos alimentos devidos pelo não guardião suprirá a eventual deficiência financeira do genitor que for escolhido para a guarda unilateral, por ser considerado o mais apto. A criança ou o adolescente são pessoas em formação física e mental, para o que deve ser observado o melhor ambiente familiar, como base de sustentação para os cuidados com a saúde, a

segurança e a educação do filho. Para a realização desses fatores, também é importante o grupo familiar a que pertence o genitor que pretende ter a guarda do filho. Saúde não é apenas a curativa, mas, principalmente, a preventiva, com atenção à higiene e a hábitos saudáveis de alimentação e desenvolvimento físico. A segurança diz respeito à integridade física, à liberdade de ir e vir, ao acompanhamento das relações sociais do filho de modo a evitar os riscos com más companhias, ao acompanhamento do desenvolvimento moral. Por fim, a educação inclui a formação escolar e a formação moral, espiritual, artística e esportista. Evidentemente que tudo há de ser dosado de acordo com os rendimentos dos genitores, pois o ponto ótimo nem sempre é possível de ser atingido.

A opção preferencial pela mãe nem sempre resulta no melhor interesse da criança. As mudanças socioeconômicas havidas no século XX, notadamente da emancipação feminina com sua crescente inserção no mercado de trabalho, provocaram estreitamento das diferenças culturais entre os gêneros, que relegavam à mulher papéis distintos dos homens; para elas o mundo privado, para eles o mundo público, incluindo o de provedor. A preferência para a mãe, persistente no inconsciente coletivo, com reflexos nas decisões judiciais, além de violar o princípio da igualdade previsto no § 5º do art. 226 da Constituição, constitui resquício dessa tradicional divisão de papéis, que desmerece a dignidade da mulher. O STF decidiu, em caso de homologação de sentença estrangeira, que inexistia, no Brasil, princípio de ordem pública que vedasse que a guarda de uma criança seja dada ao pai; a decisão estrangeira decretou o divórcio e determinou que a filha do casal (americano e brasileira) ficasse sob a guarda do pai, residente nos EUA, subordinando o direito de visitas da mãe, residente no Brasil, à supervisão das autoridades tutelares brasileiras (SEC 5.041-3, 2003). Também nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás em atribuir a guarda ao pai, pois a criança recebia além dele os cuidados dos avós paternos, enquanto a mãe não tinha condições de criá-la, em virtude de trabalhar fora durante todo o dia, deixando-a aos cuidados de terceiros.

O fato de um dos pais dedicar mais tempo à sua atividade profissional que o outro também não pode ser decisivo para a escolha. Basta demonstrar que sua menor disponibilidade de tempo não afeta o desenvolvimento e a formação do filho, nem a intensidade de seu afeto e que dispõe de meios para seu acompanhamento em harmonia com suas obrigações de trabalho. O genitor pode ser fisicamente presente e afetivamente ausente.

A defesa do melhor interesse da criança, no entanto, pode, por vezes, ser equivocadamente confundida com preconceituoso juízo sobre a conduta da mulher, interditando-lhe a guarda, como na hipótese de adultério. Com efeito, a conduta sexual da mulher não é, necessariamente, determinante de sua conduta como mãe. Decisões que tais desconhecem que a fonte mais remota do princípio do melhor interesse foi uma decisão da Corte de Pensilvânia de 1813, que concedeu a guarda de uma criança à mãe acusada de adultério, já que essa era a que melhor o contemplava, dadas as circunstâncias.

O conjunto de fatores, portanto, deve ter por finalidade a investigação do melhor interesse do filho. Todavia, os especialistas têm alertado para que não se envolva a criança nessa difícil escolha afetiva, ainda que lhe assegure o direito de ser ouvida. Não é recomendável que o juiz a consulte sobre sua opção, pois lhe acarreta sentimentos

contraditórios e riscos de conflito psíquico, com afirmações equívocas, pois, afinal, deseja permanecer com ambos os pais. Deve o juiz valer-se da assessoria de equipes multidisciplinares que possam fornecer-lhe elementos para decisão.

Em situações excepcionais, o juiz pode deferir a guarda à outra pessoa quando concluir que a criança não deve permanecer com seus pais. Exemplo, infelizmente ocorrente, é de pais viciados em drogas, sem ocupação regular, com práticas de violência contra os filhos. O § 5º do art. 1.584 do Código Civil oferece alguns elementos para decisão judicial, especialmente o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, que também devem ser observados na dissolução da união estável. Certamente o parente mais próximo presume-se mais indicado para assumir a guarda, mas suas condições e aptidão deverão de ser confirmadas, podendo-se chegar à conclusão de que o mais distante deve ser o escolhido. Afinidade, para o fim de guarda exclusiva, não significa parentesco afim (o que se instaura com os parentes do outro cônjuge), mas inclinação e aptidão para cuidar e conviver com criança. Afetividade é a demonstração de relação de afeto que efetivamente existe entre a criança e a pessoa que assumirá a guarda. A afetividade deve gozar de preferência até mesmo em relação ao parente próximo. Um tio pode ter mais aptidão e afeição para cuidar da criança do que o avô. O padrasto ou a madrasta (são parentes por afinidade de seus enteados) pode apresentar melhores condições afetivas que um parente consanguíneo próximo.

5 Genitor Não Guardião: Direito de Fiscalização e de Convivência com o Filho

O direito de visita ao filho do genitor não guardião é a contrapartida da guarda unilateral. Seu exercício depende do que tiverem convencionado os separados ou divorciados, ou do modo como decidido pelo juiz. Constitui a principal fonte de conflitos entre os pais, sendo comuns as condutas inibitórias ou dificuldades atribuídas ao guardião para impedir ou restringir o acesso do outro ao filho. Muito cuidado deve ter o juiz ao regulamentar o direito de visita, de modo que não prevaleçam os interesses dos pais em detrimento do direito do filho de contato permanente com ambos. Limitações demasiadas podem conduzir ao afastamento progressivo do pai não guardião, em prejuízo do filho. No interesse deste e da preservação do seu direito à convivência com ambos os pais, devem ser resolvidas as disputas. Dificuldades ao exercício do direito de visita devem ser consideradas motivos relevantes para eventual mudança da guarda.

Importante inovação trouxe a Lei nº 11.112/05, que determinou a obrigatoriedade do acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, na separação consensual. O regime de visitas é entendido como a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros regularmente estabelecidos, repartição de férias escolares e dias festivos. Essa norma que evidencia o direito à companhia, ainda que destinada à separação consensual, deve orientar também o juiz na regulamentação da separação litigiosa.

O direito de visita, interpretado em conformidade com a Constituição (art. 227), é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente), do que direito de visita (episódica). O direito de visita não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe. Abrange o de ter o filho "em sua companhia" e o de fiscalizar sua manutenção e educação, como prevê o art. 1.589 do Código Civil. O direito de ter o filho em sua companhia é expressão do direito à convivência familiar, que não pode ser restringido em regulamentação de visita. Uma coisa é a visita, outra a companhia ou convivência.

O direito de visita, entendido como integrante do direito de convivência, é relação de reciprocidade, não podendo ser imposto quando o filho não o deseja, ou o repele. Decidiu-se que "o pai tem o direito de visitar o filho e, por sua vez, o menor, já adolescente, tem o direito de aceitar ou não essas visitas, havendo fundadas razões para essa repulsa" (TJDF, EI 3811997, 1997).

A fiscalização ou supervisão do exercício da guarda, por parte do não guardião, é direito e dever, no superior interesse do filho. A manutenção diz respeito a tudo o que envolve as necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, cuidados com a saúde física e mental, lazer, brinquedos. A fiscalização abrange não apenas o efetivo emprego dos valores correspondentes aos alimentos, cuja obrigação assumiu o não guardião, mas o que compete ao guardião, de acordo com os rendimentos deste. A educação inclui a escola e a educação doméstica, como agregação de valores necessários à formação integral do filho. Constatando que o guardião não desempenha a contento as funções que assumiu com a guarda exclusiva, pode o outro requerer ao juiz que o destitua desta e a transfira para si.

A Lei nº 11.698 preferiu tratar da supervisão dos interesses dos filhos mais como dever ou obrigação do que de direito de quem não detenha a guarda; pode sofrer, pois, consequências jurídicas por sua omissão no cumprimento desse dever, que é verdadeiro *múnus* determinado por lei. A omissão poderá acarretar responsabilidade civil pelos danos e seqüelas sofridos pelo filho.

O direito recíproco à companhia entre pais e filhos impõe o dever de informação aos pais. Toda mudança de residência ou dos meios de comunicação de um dos pais deve ser objeto de informação prévia e útil ao outro. O filho tem direito de se comunicar com cada um de seus pais e estes o mesmo direito em face do filho. Ao contato clássico e antigo por meio de carta ou telefone, junta-se a utilização crescente de celulares, serviços rápidos de mensagens, e-mails.

É grande o consenso da doutrina brasileira, com reflexos em decisões judiciais, de que o direito de visita, no sentido de direito à convivência, não se esgota na pessoa do pai não guardião. Os parentes deste não podem ter seu contato com a criança ou o adolescente negado, para que as relações de família não sejam dificultadas ou obstadas. Nessa

direção, a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em 2006, aprovou o enunciado 333: "O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse". Se o juiz entender que a extensão atende efetivamente ao melhor interesse da criança, deve assegurá-la, pois o princípio que o estabelece é norma jurídica. Nesse sentido, decidiu o TJRS (Ap. 5910676991992) que o direito de visita dos avós aos netos, mesmo quando há conflito com os pais, decorre dos vínculos oriundos da filiação; é fruto da solidariedade familiar; é uma obrigação oriunda do parentesco; é uma garantia da manutenção dos vínculos de afeto e dedicação dos avós aos netos.

A negativa do direito de visita pode dar ensejo à pretensão indenizatória pelo pai preterido contra o guardião, por danos materiais e morais. A Corte Federal alemã assim decidiu, quando a mãe, guardiã, falhou seis vezes em deixar a criança no local e ocasiões designadas, elevando as despesas do pai para visitá-la. A decisão teve como fundamento as regras gerais da responsabilidade civil culposa. Também decidiu a Corte alemã que cabe a responsabilidade por dano ao pai que não cumpre as visitas programadas, com prejuízos para o estado de saúde, inclusive mental, e a formação do caráter do filho.

6 A Guarda Compartilhada como Preferencial

A Lei nº 11.698, de 2008, promoveu alteração radical no modelo de guarda dos filhos, até então dominante no direito brasileiro, ou seja, da guarda unilateral conjugada com o direito de visita. A lei, com nosso aplauso, instituiu a preferência pela guarda compartilhada, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral. A guarda compartilhada era cercada pelo ceticismo dos profissionais do direito e pela resistência da doutrina, que apenas a concebia como faculdade dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos emergentes da separação. Havia difundido convencimento de que a guarda compartilhada dependia do amadurecimento sentimental do casal, da superação das divergências e do firme propósito de pôr os filhos em primeiro plano, o que só ocorria em situações raras. A lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separam. Ao contrário, quando não houver acordo "será aplicada" pelo juiz, sempre que possível, na expressa previsão do § 2º do art. 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008.

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de separação, divórcio, dissolução de união estável, ou ainda, em medida cautelar preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender as necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui.

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Conseqüentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de "pais de fins de semana" ou de "mães de feriados", que privam os filhos de suas presenças cotidianas. A guarda unilateral estimula o que a doutrina tem denominado de alienação parental, quando o genitor que não a detém termina por se distanciar do filho, ante as dificuldades de convivência com este, máxime quando constitui nova família. Dada a preferência da guarda para a mãe, é crescente o número de famílias chefiadas por mulheres separadas, em que os filhos são privados da figura paterna, em prejuízo de sua formação e estabilidade emocional. A guarda compartilhada assegura a preservação da co-parentalidade e co-responsabilidade em relação ao filho, que tem direito de conviver e ser formado por ambos os pais, com igualdade de condições.

Na guarda compartilhada é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá. Essa providência é importante, para garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de freqüentar a do outro; ou mesmo de viver alternadamente em uma e outra. A experiência tem demonstrado que a perda de referência da residência, para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho. O que se espera dos pais é a responsabilidade em encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito-dever de convivência e a relação de pertencimento a um lugar, que integra a vida de toda pessoa humana; ou do juiz, quando os pais não se entenderem.

A guarda compartilhada tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou co-responsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais. Conseqüentemente, não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo em países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, máxime com o atual desenvolvimento tecnológico das comunicações.

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se "em casa" tanto na residência de um quanto na de outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias.

O modo de compartilhamento das responsabilidades e, sobretudo, da efetivação da convivência do filho com seus pais, quando estes não se entendem, é decisão do juiz de família, que deve ouvir sempre a equipe multidisciplinar que o assessoria, ou fundamentar-se em orientação técnico-profissional. Os períodos de convivência do filho com seus pais não necessitam ser rigorosamente iguais, para que o filho não tenha uma existência partida. Uma certa flexibilidade para adaptação deve ser preservada, diante das circunstâncias, imprevistos e exigências da vida (viagens com um deles, festas em famílias e com amigos, cursos fora da cidade).

São evidentes as vantagens da guarda compartilhada: prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravessa no processo de separação.

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho. Por outro lado, não é recomendável quando haja ocorrência de violência familiar contra o filho, por parte de um dos pais.

O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa, os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição.

Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais da solidariedade do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza. A guarda compartilhada, por ser preferencial, apenas deve ser substituída pela guarda unilateral quando se evidenciar que não será benéfica ao filho, dadas as circunstâncias particulares e pessoais.

Uma modalidade que se aproxima da guarda compartilhada é a guarda alternada. Nesta, o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. Por exemplo, o filho reside com um dos pais durante o período escolar e com o outro durante as férias, notadamente quando as residências

forem em cidades diferentes. Alguns denominam essa modalidade de residências alternadas. A doutrina especializada recomenda que sua utilização deva ser feita em situação excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, a saber, a convivência simultânea com os pais, a co-responsabilidade pelo exercício do poder familiar, a definição da residência preferencial do filho.

A opção preferencial da lei pela guarda compartilhada não é novidade no direito brasileiro, ao contrário do senso comum dos profissionais do direito. O STF, ainda que sem referência expressa à guarda compartilhada, em decisão datada de 1967, já manifestava orientação no sentido de superação da díade reducionista guarda exclusiva/direito de visita, por um modelo mais em conformidade com o melhor interesse do filho: "O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe" (RE 60.265-RJ). Esta decisão de nossa Corte Maior, de extrema atualidade, sublinha os elementos essenciais que configuram a guarda compartilhada.