

Guarda atribuída de forma unilateral e compartilhada

Tradicionalmente, a guarda dos filhos era atribuída de forma unilateral, com tendência para a custódia materna.

Mais recentemente, foi construído no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da guarda compartilhada, no qual a autoridade parental é exercida conjuntamente por ambos os progenitores, tal como fariam na constância do casamento. A guarda compartilhada prima pela relação entre pais e filhos e pelo diálogo fluído no interesse dos rebentos. Nela, todas as decisões envolvendo os filhos são tomadas em comum acordo pelos pais.

A guarda compartilhada não significa rotatividade de residências, como acontece na guarda alternada. Significa, em verdade, que as atribuições referentes à vida diária dos filhos serão assumidas por ambos os genitores por meio do diálogo e da capacidade de cooperação.

Há, na guarda compartilhada, um verdadeiro compartilhamento do poder familiar. Não há necessidade, inclusive, de que ambos os genitores residam na mesma cidade para a implementação da guarda compartilhada.

Lei da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada foi instituída no Código Civil a partir da edição da Lei Federal nº 13.058/2014, denominada de “Lei da Guarda Compartilhada”. Esta lei trouxe inúmeras alterações no diploma civilista, de modo a inserir a guarda compartilhada no rol das modalidades de guarda previstas no Código.

Assim, o § 2º do art. 1.583 passou a prever que, 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.

Não há, necessariamente, na decretação da guarda compartilhada, a fixação de direito/regime de visitação relativamente a um dos pais, tendo em vista que o poder familiar será exercido por ambos.

Todavia, não é preciso que a divisão do tempo do filho com cada um dos pais seja igualitária. O juiz pode distribuir o tempo necessário de convívio do filho com o pai e com a mãe em atenção a necessidades específicas da criança ou do adolescente. É o que diz o inciso II do art. 1.584 do CC.

É importante, neste sentido, a leitura de trecho do julgado do REsp 1.878.041-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ, julgado em 25/05/2021 – grifo nosso:

Assim, é imperioso concluir que a guarda compartilhada não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário, sendo certo, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada.

Portanto, não existe qualquer óbice à fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos.

Aplicação da guarda compartilhada

A aplicação da guarda compartilhada, no Brasil, é a regra, mas não há de se falar em obrigatoriedade. Este entendimento parte do § 2º do art. 1.584, que determina que, 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.

Portanto, é preciso que ambos os pais manifestem interesse na atribuição da guarda compartilhada, porque, embora o § 2º do art. 1.584 do CC admita que ela possa ser judicialmente imposta, a lei adverte que o magistrado só irá aplicá-la quando encontrar condições favoráveis para o seu implemento.

Além disso, como vimos, para a implementação da guarda compartilhada, ambos os genitores devem estar aptos ao exercício do poder familiar.

Guarda na ausência de genitores

A quem compete a guarda da criança na ausência de seus genitores?

O § 5º do art. 1.584, do CC, traz que, caso o juiz verifique que a criança ou o adolescente não deve ou não pode permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, fixará a guarda a uma pessoa que se compatibilize com ela, considerando, preferencialmente, o grau de parentesco e as relações de afetividade entre tal pessoa e o menor.

Guarda pelos avós

Tem os avós o direito (ou o dever) de compartilhar a guarda? Tem o genitor sobrevivente o direito de não compartilhar a guarda com os avós? No caso do falecimento de um dos genitores, é comum que os pais do falecido busquem o compartilhamento da guarda com o genitor sobrevivente, também chamado de “genitor supérstite”.

Pode ser que o melhor interesse da criança, privado da presença de um dos seus pais, seja completamente respeitado quando o genitor sobrevivente opta por compartilhar a guarda com os pais do genitor falecido. De todo modo, o menor tem o direito, caso necessário, de ter a sua

guarda compartilhada entre o genitor supérstite e os avós.