

Comentários à Lei nº 13.058, de 22/12/2014

(dita, nova Lei da Guarda Compartilhada)

Eduardo de Oliveira Leite¹

Palavras-chave: Guarda compartilhada – Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014 – Código Civil brasileiro.

Key-words: Shared custody – Law nº 13.058/2014 – Brazilian Civil Code.

Desde dezembro do ano passado o mundo jurídico brasileiro conta com mais uma lei que pretende regular, ou melhorar, a aplicação da guarda compartilhada às famílias que enfrentam o duro cotidiano da pós ruptura conjugal (gerada pela separação ou pelo divórcio). Ressalte-se, como preliminar importante, que já dispúnhamos de uma lei sobre esta matéria – Lei nº 11.698, de 2008, que atendia plenamente as expectativas dos operadores do Direito e das famílias que vivenciavam a operacionalização da matéria complexa decorrente da guarda e da visitação.

Aquela Lei (de 2008) dentro de um tecnicismo impecável estabelecia o que era guarda unilateral e guarda compartilhada. Com efeito, o art. 1.583 do Código Civil, no seu § 1º assim dispunha: “*Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua*” e, por guarda compartilhada “*a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns*”.

Ou seja, de forma clara, precisa e objetiva a Lei 11.698/2008 não só definia os dois institutos como determinava sua disciplina, sem qualquer possibilidade de dúvida ou equívoco. Assim, guarda unilateral, é a exercida por um dos genitores (pai ou mãe) e guarda compartilhada é a responsabilização conjunta (de ambos os genitores) no exercício de direitos e deveres decorrentes do poder familiar, com residência fixa do menor, na casa materna, ou na casa paterna.

Causa espécie, senão total perplexidade, que a nova Lei agora promulgada indique, preambularmente, a alteração dos arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código

¹ Eduardo de Oliveira Leite é Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito (Nouvelle Sorbonne) da Universidade de Paris; Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille (Universidade Jean Moulin, de Lyon/França); Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da UEM/Paraná e Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPR.; Professor Adjunto de Direito Civil na UTP/Paraná; Vice-Presidente da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões; Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas – Curitiba/PR e do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado familiarista no Paraná.

Civil em vigor para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Totalmente desnecessário já que ambas as missões já haviam sido plenamente atendidas pelo texto da lei anterior.

Ademais, ao se examinar o texto da nova lei constata-se, com perplexidade, que a mesma não estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada” em nenhum de seus artigos. Matéria plenamente atendida pelo texto legislativo anterior. Poder-se-ia invocar o disposto no § 2º do art. 1.583 (*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*) mas tal dicção não estabelece nenhum significado da expressão “guarda compartilhada” limitando-se a tentar determinar a operacionalização da referida guarda. Fica, então, uma primeira indagação à nova Lei: Onde ficou estabelecido o significado da expressão “guarda compartilhada”?

Vencida esta preliminar fundamental – reveladora de má técnica legislativa -, passemos à análise do novo texto legislativo.

No art. 2º a nova Lei manteve (e nem poderia ser o contrário) a dicotomia de guardas admitidas pelo Direito de Família brasileiro, a saber, a guarda unilateral (que continua em pleno vigor) e a guarda compartilhada. Gizou-se, “em pleno vigor” porque a mídia despreparada alardeou aos quatro ventos - sem nenhuma razão plausível – que a nova legislação teria tornado a guarda compartilhada obrigatória.

A afirmação - sob todos aspectos errada e indevida – desconsiderou o texto legal que, pelo menos, em 4 (quatro) artigos se refere claramente à ocorrência da guarda unilateral. Isto quer dizer que, a atual legislação não revogou a guarda unilateral (em pleno vigor) apenas tendo reforçado a aplicação judicial da guarda compartilhada em situações que examinaremos a seguir.

De igual modo, o § 1º do art. 1.583 do Código Civil, que define o que é guarda unilateral e guarda compartilhada continua em plena vigência, em prova incontestada que aquela definição feita pela Lei 11.698/2008 além de correta atende plenamente as expectativas do mundo jurídico. Ali sim houve inequívoca determinação do significado da expressão “guarda compartilhada” o que a nova Lei não conseguiu fazer (ou mudar). E se não alterou é porque a disposição legislativa anterior, além de correta, preenchia todas as expectativas da guarda.

Como se pode perceber, até o presente momento, a nova Lei não produziu nenhum efeito distinto daquilo que já constava (corretamente) no Código Civil. Não inovou nada neste aspecto.

O § 2º do art. 1.583 foi alterado passando a ter a seguinte redação: “*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*”. Com efeito, a dicção atual do parágrafo sob comento suprimiu a atribuição da guarda unilateral ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la² realçando a necessidade de tempo de convívio com os filhos de forma equilibrada com a mãe e com o pai.

Embora a expressão seja nova (*forma equilibrada*) o conteúdo da proposta não é novo, vez que o § 1º do art. 1.583 (em pleno vigor, repita-se sem risco de redundância) refere-se à “*responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe*” ressaltando a noção fundamental da guarda conjunta, isto é, aquela em que o exercício de direitos e deveres em relação aos filhos é exercido de forma igual (*equilibrada*) por ambos os genitores. Até aí nenhuma novidade.

Mudaram-se as palavras mas manteve-se o mesmo conteúdo anteriormente previsto na Lei 11.698/2008 plenamente recepcionado pelo Código Civil.

Sempre foi esta a dinâmica da guarda compartilhada: o exercício conjunto de direitos e deveres em relação aos filhos. Agora o novel legislador fala em “*tempo de convívio com os filhos dividido de forma equilibrada*”. Surge, de imediato, a questão: O que é forma equilibrada? Seria a divisão equânime de tempo que cada filho passaria com cada genitor? Ou corresponderia a uma divisão igualitária de residência dos filhos nas casas dos respectivos genitores? Como medir o tempo de convívio de modo a preencher a exigência do “equilíbrio” estampado no citado § 2º?

Estranhamente a nova Lei indica uma postura aos genitores mas silencia totalmente sobre o modo de operacionalização da referida “*forma equilibrada*” que, certamente, além da justificada perplexidade, vai gerar confusão num Judiciário que além de já ter se adaptado à sistemática estampada no Código Civil vinha realizando exegese valiosa na aplicação das novas disposições. Tal situação é perigosa e por, no mínimo, três razões.

Primeiro, porque alguns operadores do Direito entenderão que a “*forma equilibrada*” corresponde a uma criança passar um período de tempo (semana, quinzena ou mês) com um ou outro genitor; quinze dias com o pai e os restantes

² Era o seguinte o teor do referido parágrafo no Código Civil:

“*A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revel melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:*

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação”

quinze dias do mês, com a mãe.³ Isso não é guarda compartilhada mas sim alternada, forma de guarda refutada pela melhor doutrina familiarista que sempre apontou as mazelas da referida guarda.⁴ Assim, está plenamente confirmado pela Psicologia que

³ Em recente decisão proferida pelo Juizado Regional da Infância e Juventude da Comarca de Santa Cruz do Sul (RS) ficou determinado “em caráter provisório, a guarda compartilhada da criança, que atualmente tem dois anos de idade. Foi estabelecido que a criança deve passar 15 dias do mês com a mãe e a outra metade com o pai.” (Grifo nosso) (Apud: IBDFAM Informativo 123, Ano 2015, nº 371, 21/01/2015) (Título do artigo: *TJRS nega pedido de pensão alimentícia em guarda compartilhada*). O que mais causa perplexidade é a forma totalmente equivocada como foi empregada a expressão “guarda compartilhada” já que a divisão quinzenal corresponde à guarda alternada e não, compartilhada. Não se trata de nenhum compartilhamento, revelando a decisão daquele Juizado total e lamentável equívoco. Segundo doutrina da psicóloga Eliane Riberto Nazareth, “até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas” (Grifamos) (*Com quem fico, com papai ou com mamãe?* Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: Cadernos de Estudos, nº 1, p. 83 – São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997). De igual modo, a psicanalista francesa, Françoise Dolto – mundialmente reconhecida como uma das maiores estudiosas da causa das crianças e dos adolescentes – assim doutrina sobre a complexa matéria: “A criança só pode realmente fazer o trabalho afetivo de compreender o divórcio, se é muito pequena, quando permanece no mesmo espaço. A tal ponto, que havendo possibilidade para os pais, melhor seria que o apartamento ficasse com os filhos e que eles próprios fossem alternadamente viver ali seus ‘deveres parentais’. O lugar de residência habitual dos filhos deve ser aquele em que eles viveram com ambos os pais e onde permaneçam com um único genitor.” (Grifamos) Logo, a decisão criticada também não resiste a uma melhor análise da psicanálise. (*Quando os pais se separam*, P. 22).

⁴ Ver, nesse sentido: Waldyr Grisard Filho: “As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica” (Grifamos) (*Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 111 – São Paulo: RT, 2002); Armando Leandro: “Pode ela (guarda alternada) afetar gravemente o equilíbrio do menor” (Grifamos) (*Poder paternal: natureza, conteúdo, exercícios e limitações*. Algumas reflexões de prática judiciária, p. 155. In: Ciclo de Conferências do Conselho Distrital do Porto – Coimbra: Almedina, 1986; Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas: “Não há um consenso nem a participação de ambos, mas tomadas de decisão em separado, o que pode colocar a criança em meio a conflitos entre seus pais” (Grifamos) (*Guarda Compartilhada*, p. 27 – Rio de Janeiro: Forense, 2009); Ana Carolina Silveira Akel: “... a guarda compartilhada carrega o necessário pressuposto de uma residência fixa, única e não alternada, ou seja, o menor reside num lar determinado, que lhe gera estabilidade, o que não ocorre na guarda alternada, na qual os filhos são transformados em verdadeiros ‘ioiôs’ humanos, permanecendo, por exemplo, uma semana com cada genitor.” (Grifamos) (*Guarda Compartilhada – Um avanço para a família*, p. 111 – São Paulo: Atlas, 2008); Ana Maria Milano Silva: “Este é um modelo de guarda que se opõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica, uma vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e difere substancialmente do que ocorre com a criança quando passa um período de férias com o genitor não-guardião” (Grifamos) (*A Lei sobre Guarda Compartilhada*, p. 57 – São Paulo: Mizuno, 2008); Fernanda Rocha Lourenço Levy: “Este modelo de guarda é fortemente criticado pelos profissionais da área da saúde mental e não é aceito pela maioria esmagadora dos operadores do Direito. Entendemos, inclusive, que a guarda alternada é o reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança.” (Grifamos) (*Guarda de filhos – Os conflitos no exercício do poder familiar*, p. 60 – São Paulo: Atlas, 2008). Na literatura estrangeira ver, especialmente, os trabalhos de J. Goldstein; A. Freud e A. Solnit. *No interesse da criança?* São Paulo: Martins Fontes, 1987; Françoise Dolto. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991; e, na França, os estudos pontuais de Hughes Fulchiron. *Autorité parentale et parents désunis*. Paris: CNRS, 1985; C. Neirinck-Campredon. *La protection de la personne de l’enfant contre ses parentes*. Paris: LGDJ, 1984; E.S. de la Marnierre. *Exercice en commun de l’autorité parentale sur les*

toda criança precisa de uma residência fixa onde estabelece sua rotina e tem o centro de referência e identificação com o mundo exterior. E – repita-se à exaustão – na guarda compartilhada sempre há determinação do local de residência onde a criança permanecerá (na residência paterna ou na residência materna).

Conforme já tivemos oportunidade de doutrinar em trabalho específico sobre a guarda compartilhada, “... neste tipo de guarda, a criança tem residência fixa (ou na casa paterna, ou na materna), ocorrendo intermediação dos pais em todos os aspectos fundamentais ao salutar desenvolvimento da criança. A determinação da residência fixa é essencial, porque ela é indispensável à estabilidade emocional da criança que terá, assim, um ponto de referência, um centro de apoio de onde irradiam todos os seus contatos com o mundo exterior. Esta fixação da residência é também essencial para que os ex-cônjuges (mas sempre pais) definam o contexto no qual eles passam a exercer suas responsabilidades, entre si e os filhos, e entre si e os terceiros submetidos a esta condição para beneficiar as presunções legais daí decorrentes.”⁵

Tudo indica, com bem lembrado por Rolf Madaleno, que a atual guarda compartilhada (decorrente do novo texto legal) vai desvirtuar a verdadeira guarda compartilhada, sob todos aspectos defensável e entra, a partir de agora, em uma zona nebulosa, que não vai favorecer os filhos e pode aumentar o litígio entre os genitores.

Afirma Rolf Madaleno: “Sempre fui favorável à guarda compartilhada, na sua essência, na pureza de seu significado; não nesta versão de guarda alternada e que ideal não está centrada no tempo, mas na qualidade de uso deste tempo e nem sempre, enquanto juntos, os pais dedicam o mesmo tempo aos filhos como fazem as mães.”⁶

Claro está, conforme já afirmáramos em artigo específico sobre o tema, que o escopo da guarda compartilhada não é (nem nunca foi) dividir o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores, mas sim corresponde à aplicação prática do **exercício conjunto da autoridade parental** – ainda que com espaços temporais diferentes – no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores

enfants dont les parentes sont divorcés ou célibataires. Paris: OCDE, 2005; D.J. Duché. *L'enfant au risque de la famille*. Paris: Paidós/Le Centurion, 1993; e no Canadá: A. Mayrand. *La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale*. Québec: Yvon Blais, 2000; para citar os mais conhecidos. De igual modo – e no mesmo sentido da doutrina majoritária – assim nos referimos à guarda alternada: “Em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque **o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável e a mudança constante de guarda, provocará eventuais conflitos sobre a criança que precisa de segurança e estabilidade**” (Grifamos) (Eduardo de Oliveira Leite. *Famílias Monoparentais*, p. 259 – São Paulo: RT, 2003).

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *A guarda compartilhada: Considerações sobre a Lei 11.798/2008*. In: Eduardo de Oliveira Leite. *Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil*, p. 192. (Rio de Janeiro: Forense, 2011).

⁶ MADALENO, Rolf. In: “TJRS nega pedido de pensão alimentícia em guarda compartilhada”. Apud: IBDFAM – Informativo 123, Ano 2015, nº 371, 21/01/2015.

conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução a privilegiar.

Pergunta-se: como dividir o tempo de convívio de uma criança, de forma igualitária entre pai e mãe, se o primeiro passa 8 horas do dia encerrado na linha de produção de uma fábrica? Ou se a mãe trabalha dois turnos integrais em qualquer atividade remunerada? Ou, se, ao contrário, a mãe tem livre todas as manhãs e só trabalha à tarde? Ela vai impor que o pai se ocupe do filho à tarde? A dinâmica da vida familiar é por demais complexa para admitir decisões engessadas em parâmetros rígidos de horas, dias, semanas ou quinzenas. “Quinze dias meus, quinze dias teus”, ou, “Esta semana é minha e a outra é tua” podem atender os interesses egoísticos dos genitores mas está frontalmente contrariando o princípio basilar do interesse maior da criança.

Por isso, só por isso, a pretendida “*forma equilibrada*” tem que ser entendida com muita cautela. Da forma superficial e ajurídica como tem sido interpretada pela mídia irresponsável e ávida de sensacionalismo, gera a estranha e desconfortável sensação de atender precipuamente os interesses dos pais e não dos filhos. Isso não é possível. Porque isso nulifica a noção de guarda compartilhada.

Ora, não é este o escopo de qualquer guarda e, muito menos, da guarda compartilhada. É no melhor interesse dos filhos que a guarda compartilhada encontra fundamento e razão de ser. Ou, como bem doutrinou Sérgio Eduardo Nick, a guarda compartilhada “refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados, serem assistidos por ambos os pais. Nela os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.”⁷ Vê-se que o autor situa a guarda no terreno das obrigações dos pais em relação aos filhos, e não, dos direitos dos pais em relação aos filhos. A guarda é estipulada a partir do interesse maior dos filhos e não dos pais.

Como, igualmente, afirmou a sensível psicóloga paulista Maria Antonieta Pisano Motta, “a guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole (...) essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com os filhos”⁸ Ainda uma vez ressalta na proposta citada a noção de responsabilidade de

⁷ NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. In: Vicente Barreto (Coord.) *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 135. (Rio de Janeiro: Renovar, 1997).

⁸ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada: uma solução possível*. In: *Revista Literária de Direito*, nº 9, p. 19. (São Paulo: Jurídica Brasileira, fev. 1996).

ambos os pais pela prole, de validação do papel parental permanente de pai e mãe, apesar da ruptura da sociedade conjugal.

Os exemplos revelam (para um sujeito com razoável discernimento) que a proposta do referido parágrafo 2º do art. 1.583 da “nova” lei (“*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*”) pode ser sustentável no mundo ideal, mas fica plenamente inviabilizada no mundo fático. O tempo não pode (nem deve) ser dividido de forma equilibrada com a mãe e o com o pai, porque o escopo da guarda não é esse, nem a meta da lei é esta; mas, sim, o tempo pode e deve ser dividido de forma equilibrada com os filhos. Isto é o que a nova lei deveria ter resgatado e realçado, porém, não o disse.

Tudo indica que a solução factível é aquela que a própria lei indica; a guarda deve ser estipulada “*em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.*” (cf. art. 1.584, II do CC). São os genitores, a partir da dinâmica própria a cada realidade familiar, que estipulam e acordam como vão dividir o tempo com os filhos e não existe lei nenhuma no mundo que consiga impor uma “*forma equilibrada*” de convívio com os filhos. Cada caso implicará numa divisão de obrigações entre os genitores para com os filhos.

Se uma criança é de tenra idade, por exemplo, e ainda mama, é óbvio que passará maior tempo com a mãe, porque dela necessita mais, conforme exigência determinada pela própria natureza. Estabelecer *forma equilibrada* de convívio com ambos os genitores redundaria em total absurdo. Da mesma forma, quando um menino cresce e se insere no mundo social e nas atividades lúdicas e esportivas, certamente a presença masculina se impõe naturalmente.⁹

Por isso, com absoluta razão e propriedade (que a nova Lei não conseguiu superar), o art. 1.584, no seu inciso II dispõe que, *a guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser: II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades*

⁹ Ver, nesse sentido, a obra de Steve Biddulph, *Criando Meninos*, p. 20, ao afirmar que: “O menino de seis a catorze anos ainda adora a mãe e tem muito a aprender com ela. Mas seus interesses começam a mudar – ele se volta mais para o que os homens têm a oferecer. O menino sabe que está ficando homem. Ele precisa ‘copiar o programa’ (*download the software*) de alguém do sexo masculino que esteja disponível para completar seu desenvolvimento.” (São Paulo: Fundamento Educacional, 2002). No mesmo sentido, a doutrina soberana e inquestionável de Dolto: “O comportamento de um homem é exemplar para seu filho, até a puberdade...” (Françoise Dolto. *Quando os pais se separam*, p. 71). Assim como, até os 4 anos a presença da mãe é fundamental: “De qualquer modo, para a criança antes dos quatro anos, existe uma dominante: a da necessidade da presença da mãe, quando é ela quem cuida do bebê desde o nascimento, quando é ela a sua mamãe.” (Françoise Dolto: *Quando os pais se separam*, p. 45) (Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1989).

específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.” (Grifamos)

A fórmula, mais branda, mais humana, mas imantada de realismo, atende plenamente as exigências dos filhos do divórcio: a guarda compartilhada (que é a que nos interessa aqui apreciar) é decretada em atenção às necessidades do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio do filho com o pai e com a mãe. Assim, o juiz, de posse de todo material de convicção apresentado nos autos, decide cada caso, de acordo com suas peculiaridades e de acordo com a dinâmica própria a cada grupo familiar.

Compare-se com a fórmula autoritária, prepotente e radical empregada pela nova Lei: “*Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos 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.*” (Grifamos). Ou seja, passa-se de uma opção para uma imposição, típica de regimes totalitários, contrária aos princípios mais fundamentais da cultura e civilidade brasileira.

Além de ideologicamente insustentável, a disposição contraria todos os fundamentos da boa técnica legislativa, na medida em que normas cogentes produzem efeitos nulos em terreno dominado pelo sentimento e afeto, como ocorre no Direito de Família. Nesse sentido, sempre atual e válida a ressalva feita pelo Des. Luiz Felipe Brasil Santos, em voto impecável prolatado em Agravo de Instrumento, onde se lê: “*Enquanto o bom senso não se restabelece, no entanto, há que cumprir nosso papel, isto é, decidir, **embora cientes de que se estará dando apenas uma solução parcial e meramente formal ao tumulto em que vive essa família.***” (Grifamos) (TJRS – Ag. de Inst. nº 70049645252 – 8ª Câmara Cível, Rel.: Des. Luiz Felipe Brasil Santos – J.: 09/09/2012).

A aplicação pura e simples da guarda compartilhada, a ambos os genitores, se não houver inequívoca intenção das partes em “vivenciar” esta realidade, revela-se uma “solução parcial” e “meramente formal” que, certamente não vai solucionar o tumulto e a beligerância nas quais vivem genitores imaturos e revanchistas. Mas o papel da Justiça – ressalte-se – não é este. Não é só julgar (projetando o litígio para o futuro) mas solucionar a dúvida e o impasse nos quais vive o casal. Logo, a mera “aplicação” da guarda compartilhada pode até encerrar o processo (por meio de uma decisão de fachada) mas, por certo, não estará solucionando o litígio, com manifesto e inadmissível ônus para a parte mais fragilizada: os filhos.

“A atribuição primordial que deve presidir a atribuição da guarda”, diz Guilherme Strenger, “é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o

juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio”.¹⁰

Em segundo lugar, a fórmula empregada pela “nova” Lei, no parágrafo 2º do art. 1.583 e § 2º do art. 1.584 que passam, agora, a vigor com nova redação, contraria as noções mais elementares de bom senso e razoabilidade quando impõe uma conduta para os pais divorciados sem apresentar os parâmetros da esperada “*forma equilibrada*” ou da guarda compartilhada “*aplicada*” (leia-se, imposta).

Com efeito, a “nova” lei se apressou em revogar os três incisos descritos no § 2º do revogado art. 1.583, que assim dispunha:

“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:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.”

Ou seja, para a atribuição da guarda o legislador indicava parâmetros ou balizas capazes de determinar (materializar) o sempre invocado e tão desejado “interesse maior da criança”. Ainda, o legislador estabelecia as “*melhores condições*” e, igualmente, a “*aptidão*” a partir do afeto, saúde e segurança e a educação.

Conforme doutrina valiosa de Douglas Freitas, “ao integrar os elementos afetivos, biológicos e sociais, esta parágrafo da nova redação sem dúvida sanará uma série de problemas na disputa e mensuração do melhor ambiente para o infante.”¹¹

De imediato se impõe a pergunta que todos formulam perplexos e ninguém responde: Por que aqueles parâmetros – perfeitamente válidos – foram excluídos da nova proposta legislativa? Por que?

Mais uma vez a nova legislação se perdeu em divagações idealistas (já que despidas de qualquer padrão de aferição) mas perdeu a dimensão da realidade fática, embora se refira à “condições fáticas”. Por isso, fica a pergunta: O que se entende por “*condições fáticas e os interesses dos filhos*”? Certamente não é o juiz que determinará a ocorrência destes pressupostos (como sucedia anteriormente) uma vez que, não havendo acordo, a guarda compartilhada será aplicada. (Art. 1.584, § 2º)

¹⁰ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, p. 56. (São Paulo: LTr, 1998).

¹¹ FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*, p. 53, (Florianópolis: Conceito Editorial, 2009)

Na vigência da Lei anterior o julgador dispunha de parâmetros que indicavam caminhos a serem seguidos na busca do desejado interesse maior da criança. Mesmo que pudessem se revelar fluidos (como apontou parte da crítica) o juiz se orientava com base em premissas tidas como fundamentais ao bom desenvolvimento de uma criança (especialmente aquelas que fazem parte do universo fragilizado dos “filhos do divórcio”). Agora, aqueles parâmetros são nulificados e tudo se dobra à imposição de uma guarda compartilhada, mas que pode ser decorrente do não compartilhamento.

Por isso, a nova legislação não abre espaço para o diálogo, nem para o consenso, mas impõe, via “aplicação”, um modelo de guarda totalmente centrado na ocorrência de consenso, de diálogo, de participação. Surreal contradição! Por certo, a situação legal não vai ser acatada no terreno humano porque ela é desumanizada, o que nos remete à fala de Françoise Dolto: “Tudo o que não é significado em palavras é animal e não humanizado; tudo o que se diz em palavras é humanizado.”¹²

Ora, se é este o escopo da nova Lei, a figura do juiz, em matéria da guarda, ficou definitivamente anulada, o que redundaria em acintoso e inaceitável retrocesso em matéria processual. A revogação dos três incisos está a deixar claro – e suficientemente claro – que estas matérias não serão mais discutidas, nem sequer sopesadas pelo Poder Judiciário que passa a ser, a partir de agora, um mero agente aplicador (executor) do que dispõe o novo texto legal: aplicar a guarda compartilhada.

O juiz aplica a guarda compartilhada, independente da ocorrência (ou não) de afeto, saúde e segurança e educação. Não é possível.

O afeto era propositalmente arrolado em primeiro lugar, porque priorizava o elemento afetivo emocional que deve pautar e dominar as relações paterno-materno-filiais, Talvez mais que bem querer, o afeto implica em amor, na mais ampla aceitação da palavra. Afeto, carinho e amor que caracterizam as relações dos filhos com os pais e com o grupo familiar.

A partir de agora, lembrem-se, o afeto está banido destas relações. Não havendo acordo, aplica-se a guarda compartilhada, mesmo que um, ou, ambos os genitores não manifestem nenhum afeto pelos filhos. Ou seja, está se resgatando o “direito” dos pais aos filhos (tempo de convívio dividido de forma equilibrada) mas se negligenciou o direito dos filhos de partilhar o convívio com os pais, de acordo com a dinâmica de cada família).

Num segundo momento, o legislador se afastava do ambiente afetivo e se referia a duas prerrogativas fundamentais à sobrevivência de uma criança: saúde e segurança. Primeiro o afeto e ato imediato, a saúde e a segurança sem os quais

¹² DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*, p. 63.

nenhum ser humano consegue vingar. Dolto se refere aos três *continua*¹³ que existem na vida da criança: - 1) o *continuum* do corpo; 2) o *continuum* da afetividade; e 3) o *continuum* social.¹⁴

Aqui, estamos nos referindo ao *continuum* do corpo que implica não só em saúde (cf. dicção do revogado art. 1.583, § 2º) mas, sobretudo, a segurança que decorre da identificação espacial que a criança tinha até o momento da ruptura,¹⁵ e que fica garantido pela residência fixa da verdadeira guarda compartilhada. É o juiz, e não a lei, quem determina, em cada caso “concreto e à luz dos argumentos das partes, qual o melhor ambiente para a criança a partir do conjunto probatório e fático, e poderá ainda receber o auxílio de um perito psicológico que verificará qual genitor tem melhores condições de proporcionar afeto, saúde e segurança à criança.”¹⁶

Finalmente, a educação. A noção aqui empregada pelo legislador de 2008 (Lei 11/698/2008) abrange tanto a educação formal (obtida na escola) quanto a educação moral (valores e princípios repassados pelos pais aos filhos dentro dos lares). A educação, em última instância, como meio de introdução do ser humano no ambiente social e que assume um caráter de duração.

É educação para a vida e não pode se esgotar no lapso temporal do pós-ruptura. Também não tem qualquer caráter unilateral, por exemplo, responsabilidade da mãe com quem reside a criança, mas da ação comum dos pais (embora separados). A ideia que domina a matéria é sempre a mesma: ainda que separados, os pais continuam mutuamente responsáveis pelo bem-estar do filho, independente das circunstâncias.

A revogação dos três fatores de atribuição são sumariamente afastados da avaliação judicial – até então em vigor – em prova manifesta de que, a partir de agora, independente de qualquer situação, a guarda compartilhada é imposta a ambos os genitores, mesmo que em prejuízo dos filhos. Poder-se-ia argumentar que tal hipótese (prejuízo dos filhos) fica afastada em decorrência do *in fine* do atual art. 1.583, § 2º (“...sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”) mas se assim fosse, aqueles fatores não teriam sido abandonados.

¹³ Segundo Jean Liedloff o conceito de *continuum* se refere à ideia de que, para alcançar um ótimo desenvolvimento físico, mental e emocional, os seres humanos – especialmente os bebês – necessitam viver as experiências adaptativas que tem sido fundamentais para nossa espécie ao longo do processo de nossa evolução.

¹⁴ DOLTO, Françoise. Obra citada, p. 21-22.

¹⁵ DOLTO, Françoise. “Quando os pais vão embora, caso o espaço não seja o mesmo, a criança não mais se reconhece nem mesmo em seu corpo, ou seja, em seus referenciais espaciais e temporais, já que uns dependem dos outros. Se, ao contrário, quando o casal se desfaz, a criança pode permanecer no espaço em que os pais tinham sido unidos, há uma mediação e o trabalho do divórcio é feito de maneira muito melhor para ela. Não sendo assim, como seu corpo se identifica com a casa em que ela vive, e já que essa casa fica destruída para ela pela ausência de um dos pais ou pela mudança do casal, ou quando ela própria tem de deixá-la, a criança viveria dois níveis de desestruturação: no nível espacial, que repercute no corpo, e no nível da afetividade, através de sentimentos dissociados.” (Grifamos) Idem, p. 21-22.

¹⁶ FREITAS, Douglas Phillips. Obra citada, p.

Em terceiro lugar, a nova legislação, sob todos aspectos, autoritária e radical, impõe a guarda compartilhada (“*Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho (...) será aplicada a guarda compartilhada...*”), fazendo *tabula rasa* da complexidade e dificuldade que pontuam a quase totalidade dos litígios familiares. Tudo se passa como se o divórcio dos pais resolvesse todas os riscos da família divorciada. Ora, quem milita nas Varas de Família está perfeitamente ciente que a realidade ali vivenciada, no cotidiano do foro é completamente diferente.

Por isso, de todos os recursos possíveis a serem empregados pelo Poder Judiciário na solução de litígios familiares, a imposição se revela o menos viável e o mais vulnerável na medida em que acirra os ânimos, naturalmente exaltados em decorrência da própria ruptura.

Assim, Judith Wallerstein¹⁷ já se referia à mediação (e nunca, a imposição, de qualquer natureza) como “o primeiro método a ser usado para resolver as disputas entre casais em processo de divórcio”.¹⁸ Segundo dados colhidos pela autora em experiência vivenciada com milhares de casais divorciados, o objetivo da mediação é “manter as diferenças (dos casais) fora do sistema de litígio judicial, que com demasiada frequência torna as pessoas mais furiosas e diminui o desejo delas em cooperar nos anos posteriores ao divórcio.”¹⁹

O que a mediação persegue é exatamente o diálogo, o consenso, para que a decisão não pareça uma imposição (do Poder Judiciário às partes) porque, primeiro, “o conflito entre pais é prejudicial aos filhos e deve ser desencorajado ativamente. Segundo, os pais sabem mais sobre as necessidades dos filhos do que qualquer juiz, cujo trabalho é conhecer a lei. E, terceiro, **é mais provável que os pais cooperem com um plano posterior ao divórcio se for negociado em conjunto em vez de ser imposto contra a vontade de um deles.**”²⁰ (Grifamos)

Conforme já afirmáramos, “à ideia de imposição se contrapõe uma postura conciliadora que encontra na mútua cooperação (do casal em litígio), a exata dimensão da dinâmica tendente à composição (com convicção).”²¹

¹⁷ Judith Wallerstein é considerada a maior autoridade mundial em matéria de divórcio e situação pós-ruptura. É fundadora do célebre *Judith Wallerstein Center for the Family in Transition*, no condado de Marin (Estados Unidos) que oferece mediação, aconselhamento e educação para famílias que passam pelo divórcio. De suas obras merecem leitura obrigatória: *Filhos do divórcio* (juntamente com Julia Lewis e Sandra Blakeslee) (São Paulo: Edições Loyola, 2002), *Sonhos e realidade no divórcio – Marido, mulher e filhos dez anos depois* (São Paulo: Saraiva, 1991) e *Sobrevivendo à separação. Como pais e filhos lidam com o divórcio* (Porto Alegre: Artes Médicas, 1998).

¹⁸ WALLERSTEIN, Judith; LEWIS, Julia e BLAKESLEE, Sandra. *Filhos do divórcio*, p. 251.

¹⁹ WALLERSTEIN, Judith e outras. Obra citada, p. 251.

²⁰ WALLERSTEIN, Judith e outras. Idem, *ibidem*.

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *A mediação nos processos de família, ou, um meio de reduzir o litígio em favor do consenso*. In: Eduardo de Oliveira Leite. *Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil*, p. 327.

Diálogo, consenso, cooperação, negociação, composição. Estas as palavras decisivas no impasse do divórcio e do pós-ruptura que, lamentavelmente, foram riscadas do ideário da “nova” legislação que substitui tudo pela imposição.

O projeto, de autoria do Dep. Arnaldo Faria de Sá, especifica a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convivência dos filhos com a mãe e com o pai possibilitando assim a supervisão compartilhada dos interesses do filho. O raciocínio invocado pelo autor do projeto (agora lei) pode ser muito simples: se quando os genitores eram casados, a criança tinha direito à presença do pai e da mãe, por que razão quando os pais se separam a criança deveria ficar vinculada a apenas um dos genitores? O argumento, na sua premissa é válido, entretanto a conclusão parece não se sustentar no terreno fático.

Não podemos ignorar – sob risco de mascarar a realidade – a carga dos ressentimentos e dos rancores “que ficam como rastro numa separação ou dum divórcio”²² e que, certamente podem interferir (a experiência nas Varas de Família já o comprovou) na imposição pura e simples deste modelo de guarda.

O fim da relação dos cônjuges põe fim à conjugalidade mas não deve conduzir ao término da parentalidade. Aí reside o âmago da questão. Porém, perguntamos, a imposição da guarda compartilhada como modelo é justificável para resgatar a tão desejada manutenção da parentalidade?

Em outras palavras: Pode um Tribunal, no exercício de suas competências, impor, contra a vontade dos pais, um regime de responsabilidade partilhada e de guarda conjunta de uma criança?²³

Respondem os autores portugueses: “Não seria de todo razoável. Um Tribunal deve presumir que essa será a intenção subjacente ao exercício responsável da parentalidade. E, no caso dos pais serem omissos em relação à configuração que esperam dela, deve tomá-la como regra. Impô-la, todavia, seria obrigar os pais a serem equilibrados no exercício de sua responsabilidade parental (o que, convenhamos, seria – sob o formato de uma admoestação – conferir-lhe um privilégio).”²⁴

Tudo leva a crer que a melhor solução não é a imposição, porque tudo que é imposto gera no ser humano imediata e legítima reação de oposição. O caminho viável – indica a razão – é o que se socorre da convicção pela razoabilidade e pelo bom senso, missão que pode ser fomentada pelo Poder Judiciário quando dispõe de juízes cultos e, especialmente, sensíveis. Cabe aos juízes não apenas julgar e decidir (mesmo

²² SÁ, Eduardo e SILVA, Fernando. *Alienação parental*, p. 97. (Coimbra: Almedina, 2011).

²³ A pergunta é formulada por Eduard Sá e Fernando Silva em sua primorosa monografia sobre alienação parental (sic fls. 99).

²⁴ SÁ, Eduardo e SILVA, Fernando. Obra citada, p. 99.

porque decisões impostas são sistematicamente descumpridas) mas, convencer os pais de uma responsabilidade – parentalidade – que eles não podem declinar. Assim, “o simples fato dos pais assumirem a respectiva progenitura duma criança, obriga-os, os dois, a um conjunto de responsabilidades, como se de um acordo tácito, com valor contratual, se tratasse.”²⁵

A permanente controvérsia em relação à aplicação da guarda unilateral ou compartilhada parece encontrar a melhor solução, não na imposição legal taxativa, ou, como pensam alguns segmentos, na imposição judicial, porque ambas as propostas tendem ao criticável radicalismo que não leva em consideração o interesse maior da criança, mas continua atendendo aos interesses egoísticos dos pais, em manifesto maniqueísmo, inaceitável nesta matéria.

Tudo indica, que a melhor solução – tanto na aplicação da guarda unilateral quanto na compartilhada – depende de cada situação concreta, de acordo com as peculiaridades próprias de cada dinâmica familiar, mas sempre resgatando o interesse maior da criança. De nada adianta impor a guarda compartilhada à todas as rupturas, desconsiderando as peculiaridades fáticas de cada família. Medidas desta natureza podem se revelar aparentemente válidas, podendo porém agasalhar soluções gritantemente injustas. Nesse sentido, merece leitura e reflexão o acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrichi no Recurso Especial nº 1.250.000 – MG (2001/0084897-5) que, reconhecendo a importância e validade da guarda compartilhada acaba afirmando ao final: “*9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. **A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível** – como sua efetiva expressão.” (Grifamos)*

Ou seja, a Ministra reconhece a validade da guarda compartilhada mas vincula a sua aplicação somente quando for possível (cf. já dispunha, acertadamente, o art. 1.584, § 2º do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/2008).

No § 3º do art. 1.584, com a nova redação que lhe é dado agora, o legislador afirma, sem vacilar, que: “*Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, **que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.**” (Grifamos)*

²⁵ SÁ, Eduardo e SILVA, Fernando. Idem, p. 100.

Ou seja, embora o legislador reconheça o aporte importantíssimo da Psicologia, como elemento interdisciplinar a auxiliar o Poder Judiciário (como ocorreu na Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010) atrela os pareceres técnicos ou eventuais laudos emitidos pela equipe interdisciplinar “à *divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe*”. Ou seja, a autonomia da orientação técnico-profissional ou das equipes interdisciplinares desaparece e passa a se submeter à desejada “*divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.*”

Tamanho absurdo – justificável tão somente no terreno do autoritarismo desmedido - só pode vicejar quando o bom senso e a razoabilidade cedem espaço à ideologia em detrimento da cientificidade. A aplicação pura e simples do ali estampado corresponderia ao absurdo de, constatada a ocorrência de, por exemplo, inequívoca alienação parental, por um dos genitores, a equipe interdisciplinar manter a divisão equilibrada com o pai e com a mãe, quando toda a literatura especializada na matéria, desde seu fundador (Richard Gardner) até os especialistas mais atuais (Ludwig F. Lowenstein e Donald Darnall, para citar os mais conhecidos) afirma exatamente o contrário: constatado indício ou prática de alienação parental compete ao Poder Judiciário, para inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: “*determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão*”²⁶

Pela dicção do criticado artigo o juiz não mais poderá alterar a guarda compartilhada para guarda unilateral. E o mais grave, mesmo que ocorra alienação parental, segundo previsão do § 3º do art. 1.584, a equipe interdisciplinar “*deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.*”

Não é possível. Ou a lei sob comento está equivocada ou a Lei da Alienação Parental (nº 12.318/2010) está errada. Tudo indica – e nem é preciso muito esforço argumentativo – que a nova Lei da guarda compartilhada extrapolou os limites da razoabilidade. Além do mais (já que se usou a alienação parental como exemplo) existe artigo expresso nesta Lei que assim dispõe:

“*Art. 7º. A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor **nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.***” (Grifamos)

A dicção do artigo 7º da Lei da Alienação Parental é claríssima: existem hipóteses em que a guarda compartilhada é inviável. E se ela se revela inviável não há

²⁶ Assim dispõe o art. 6º da Lei 12.318/2010:

“*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:*

.....
V – *determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;*”

que se falar em “aplicação” da guarda compartilhada (quando não houver acordo entre os genitores) e muito menos, em compelir uma equipe interdisciplinar a visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

A prosperar tal hipótese estar-se-ia flagrantemente, comprometendo o interesse maior dos filhos ao inaceitável interesse egoístico dos pais, o que é inaceitável. Além disso, a lei não pode fazer vistas grossas à obviedade da complexidade da vida familiar que não pode (nem deve) se reduzir à propostas engessadas tendentes a decretar modelos de conduta humana afastados da realidade.

Por isso, com absoluta razão e profundo conhecimento da natureza humana, a Lei 11.698/2008 (dita, Da guarda compartilhada) dispunha com uma precisão e clareza ainda insuplantáveis: “*Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que possível**, a guarda compartilhada.*” (Grifamos). Medida sábia, ponderada, equilibrada.

Isto é, a possibilidade das situações fáticas indica a guarda compartilhada como modelo válido a ser aplicado pelo julgador, mas quando não possível, aquele modelo perseguido como ideal, deve ser substituído pela guarda unilateral. Afirmar o contrário é negar a condição humana que, por certo, não é determinada por padrões pré-fixados de excelência e perfeição, mas sim, pelas limitações e lacunas que tornam o Homem um Ser Humano.

Vale, entretanto resgatar, que a “nova” lei apresente dois pontos válidos, materializados na dicção dos parágrafos 5º do art. 1.583 e 6º do art. 1.584.

Assim, dispõe o § 5º do art. 1.583:

“*A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos e, para possibilitar tal supervisão, **qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.***” (Grifamos)

Retirada a palavra “obriga” do parágrafo sob comento, o mesmo revelar-se-ia correto. É óbvio que nenhuma lei “obriga” qualquer genitor a supervisionar os interesses dos filhos. Esta é uma prerrogativa do poder parental que pode ou não ser exercida pelos pais. Logo, a lei não obriga nada.

No entanto, a proposta revela-se extremamente válida quando reconhece a qualquer dos genitores a legitimidade para solicitar informações ou prestações de contas do exercício da guarda, minorando o poder unilateral eventualmente exercido por uma das partes, no pós-ruptura. É medida válida sem correspondência na legislação anterior (Lei 11.698/2008).

De igual modo, o disposto no § 6º do atual art. 1.584 merece aplausos. Assim:

“Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”.

Embora o dispositivo não seja novo na ordem civil brasileira, já que existe artigo similar no Código de Processo Civil – art. 339²⁷ - a dicção do parágrafo, agora, é mais incisiva em decorrência da aplicação da multa que, além de dissuasiva tem efeito educativo evitando que os estabelecimentos citados deixem de prestar informações importantes sobre a situação dos filhos, fundamentais à boa e correta apreciação do Poder Judiciário. Além do mais, a medida se revela válida ao genitor não guardião que, privado destas informações básicas à rotina de seus filhos, ficava sem elementos factíveis para provocar o Poder Judiciário.

Nesse sentido, a doutrina de Basílio de Oliveira²⁸ ao afirmar que a continuidade do convívio dos filhos com ambos os genitores é fundamental para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança, constituindo-se a guarda em um direito fundamental dos filhos que não podem ficar ao livre e injustificado arbítrio de apenas um dos pais.

Por derradeiro, vale lembrar – porque a matéria foi igualmente deturpada pela mídia superficial – que as disposições da nova lei não alteram em nada a questão da pensão alimentar. Em outras palavras, o advento do novo texto legislativo não pode ser invocado como justificador da revisão alimentar. O compartilhamento da guarda não gera o “direito”(?) de compartilhar os alimentos nas mesmas proporções entre os genitores. Ressalte-se para evitar inevitáveis conclusões despidas de qualquer juridicidade que a verba alimentar dos filhos não é estipulada com base em uma divisão igualitária entre os pais, mas sim com base no divisão proporcional de seus bens e dos rendimentos do trabalho, conforme dicção cogente do art. 1.568 do Código Civil.²⁹

De igual modo, o princípio do binômio “proporcionalidade/possibilidade” do art. 1.694, § 1º³⁰ continua em pleno e salutar vigor, afastando eventual exegese contrária ao seu próprio fundamento.

²⁷ “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

²⁸ OLIVEIRA, Basílio J.F. de. *Guarda Compartilhada*. Comentários à Lei 11.698/2008, p. 58. (Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008).

²⁹ “Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.”

³⁰ “Art. 1.694

Se a intenção da nova legislação era melhorar a redação da Lei 11.698/2008, é forçoso reconhecer que o esforço foi em vão. Ou melhor, é conveniente confessar que o propósito foi traído pela mera ideologia. Projeto insustentável ou, como diria Sartre com sua inteligência faiscante: “O inferno está pavimentado de boas intenções.”

--- X ---

§ 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”