

## Fernando Salzer: Sobre a guarda compartilhada dos filhos

Desde sua promulgação, a Constituição Federal consagrou as famílias como base da sociedade [\[1\]](#) outorgando a elas especial proteção do Estado, determinando a criação de mecanismos para coibir a [\[2\]](#).



Para não deixar dúvidas a respeito de suas intenções, a Carta

Magna, em observância aos seus fundamentos [\[3\]](#) e objetivos [\[4\]](#), expressamente reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [\[5\]](#), ressaltando que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação e violência [\[6\]](#).

Em linha com as determinações constitucionais, buscando a elas dar efetividade, notadamente no que toca à proteção das famílias, o Código Civil de 2002 [\[7\]](#) [\[8\]](#) prevê que a separação judicial, o divórcio, a dissolução da união estável ou o fim de qualquer espécie de relacionamento, não tem o condão de modificar os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, muito menos o direito destes à convivência familiar saudável [\[9\]](#) com ambos os genitores e respectivas famílias extensas.

Tal inalterabilidade de direitos e deveres encontra razão de ser na, digamos, poética previsão constitucional que faz com que a lágrima produzida pelo fim da família tradicional ou nuclear, da conjugalidade, irrigue a semente do afeto paterno-filial, fazendo brotar do caos duas ou mais famílias monoparentais, que, de igual forma, também contam com a proteção especial do Estado.

O legislador infraconstitucional, buscando reforçar a proteção especial que as famílias devem ter do Estado, em 2010, inseriu em nosso ordenamento a guarda compartilhada, passando esta, em 2014, a ser a regra legal vigente [\[10\]](#).

Conforme definição legal, a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres dos pais e das mães que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns [\[11\]](#), devendo, sempre que possível, tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, o tempo de convivência destes com os seus genitores ser dividido de forma equilibrada [\[12\]](#).

Ocorre que alguns operadores do Direito, apesar da clareza gramatical inserta no §3º, do artigo 1.583, do Código Civil, no sentido de que *"na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos"*, vêm buscando ou determinando a fixação de residência base ou lar de referência, o que, além de desvirtuar a determinação legal, não se amolda ao real espírito do compartilhamento da guarda, que busca o equilíbrio de direitos e deveres entre os genitores.

Na guarda compartilhada, a integralidade do poder familiar é partilhada conjuntamente por todos os genitores, notadamente no que tange à representação e assistência dos filhos, o que atrai a regra contida no artigo 76, parágrafo único, do Código Civil, que afirma que o domicílio necessário do incapaz é o dos seus representantes legais.

Dessa forma, na guarda compartilhada, as crianças ou adolescentes terão sempre dupla residência, considerando ser seus domicílios qualquer uma delas [\[13\]](#), ainda que localizadas em cidades distintas.

Nesse ponto, importante salientar que a duplicidade de residência e domicílio não é sinônimo de tempo de convivência repartido matematicamente entre os genitores e/ou representantes legais, pois a lei é clara ao dispor que a divisão equilibrada do tempo de convívio sempre deverá levar em conta as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Por outro lado, questão que não pode ser desprezada é que, em nosso ordenamento, a fixação de domicílio de crianças e adolescentes só tem previsão legal como punição a ilícito civil, qual seja, abuso moral [\[14\]](#) e violência psicológica [\[15\]](#), conforme se depreende da leitura do artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre alienação parental.

Destarte, quando um magistrado fixa residência base ou lar de referência de uma criança ou adolescente, na verdade ele está punindo o genitor que não foi agraciado com tal benesse, tacitamente imputando a este a prática de um ilícito civil, assim como suspendendo parte de seu poder familiar [\[16\]](#), implementando verdadeira guarda unilateral travestida de compartilhada, tudo isso sem a observância do devido processo legal.

Por fim, cabe consignar que a legislação específica que regula os procedimentos de definição de guarda e convivência [\[17\]](#), entre outras regras e princípios, indica que na promoção dos direitos e na proteção das crianças e adolescentes deve sempre ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou os reintegrem nas suas famílias naturais [\[18\]](#), visando ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários [\[19\]](#), sendo vedado ao magistrado tomar providências não previstas em lei, que transparea qualquer tipo de ideia ou noção de afastamento das criança ou adolescentes de qualquer uma de suas famílias [\[20\]](#).

Logo, estando os genitores aptos a exercer o poder familiar e todos manifestando vontade de deter a guarda dos filhos, na implementação da guarda compartilhada, em observância às normas constitucionais e legais vigentes, alternativa não resta aos magistrados senão determinar a cidade base de moradia dos filhos, declarando que estes continuarão ou passarão a ter dupla residência, evitando, desse modo, atitudes discriminatórias, que fariam acepção entre famílias que igualmente fazem jus à proteção especial do Estado, assim como criando um instrumento eficaz para tentar coibir a violência no âmbito das relações familiares, como, por exemplo, a perpetração de atos de alienação parental.

[1] Constituição, artigo 226, *caput*.

[2] Constituição, artigo 226, §8º.

[3] Constituição, artigo 1º, III.

[4] Constituição, artigo 3º, IV.

[5] Constituição, artigo 226, §4º.

[6] Constituição, artigo 227, *caput*.

[7] Código Civil, artigo 1.579, *caput* e parágrafo único.

[8] Código Civil, artigo 1.632.

[9] Lei 8.069/1990, artigo 19, *caput* e §3º.

[10] Código civil, artigo 1.584, §2º.

[11] Código Civil, artigo 1.583, §1º.

[12] Código Civil, artigo 1.582, §2º.

[13] Código Civil, artigo 71.

[14] Lei 12.318/2010, artigo 3º.

[15] Lei 13.341/2017, artigo 4º, II, b.

[16] STJ. REsp 1629994.

[17] Código de Processo Civil, artigo 693, parágrafo único.

[18] Lei 8.069/1990, artigo 100, X.

[19] Lei 8.069/1990, artigo 100, *caput*.

[20] Lei 8.069/1990, artigo 153, parágrafo único.

**Date Created**

25/06/2020