

Guarda compartilhada, a regra legal do duplo domicílio dos filhos

Desde sua promulgação, a Constituição Federal consagrou as famílias como base da sociedade¹, outorgando a elas especial proteção do Estado, determinando a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares².

Para não deixar dúvidas a respeito de suas intenções, a Carta Magna, em observância aos seus fundamentos³ e objetivos⁴, expressamente reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁵, 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 violência⁶.

Em linha com as determinações constitucionais, buscando a elas dar efetividade, notadamente no que toca à proteção das famílias, o Código Civil de 2002⁷ 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 saudável⁹ 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 vigente¹⁰.

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 comuns¹¹, 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 equilibrada¹².

Ocorre que alguns operadores do direito, apesar da clareza gramatical inserta no §3º, do art. 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 art. 76, parágrafo único, do Código Civil, que afirma que o domicílio necessário do incapaz é o dos seus representantes legais.

Desta forma, na guarda compartilhada, as crianças ou adolescentes terão sempre dupla residência, considerando ser seus domicílios qualquer uma delas¹³, ainda que localizadas em cidades distintas.

Neste 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.

Caso o magistrado sinta necessidade, na impossibilidade de divisão matemática do tempo de convivência, a fim de melhor delimitar as atribuições dos pais e mães¹⁴, o correto é estabelecer um lar referencial de CONVIVÊNCIA, o local onde a criança ou adolescente permanecerá por mais tempo, segundo o regime de convivência implementado no caso, mas nunca uma residência ou lar de referência.

É importantíssimo deixar consignado que a residência dupla contribuiu até mesmo para que o filho se sinta mais acolhido, para gerar pertencimento, pois passa a idéia que ambas as casas são o lar da criança ou do adolescente, afastando a idéia de exclusão acarretada pela dicotomia casa do meu pai, casa da minha mãe.

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 moral¹⁵ e violência psicológica¹⁶, conforme se depreende da leitura do art. 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 familiar¹⁷, 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 convivência¹⁸, 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 naturais¹⁹, visando o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários²⁰, sendo vedado ao magistrado tomar providências não previstas em lei, que transpareça qualquer tipo de idéia ou noção de afastamento das criança ou adolescentes de qualquer uma de suas famílias²¹.

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, deste 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.

***Fernando Salzer e Silva** é advogado familiarista e procurador do Estado de Minas Gerais.

¹ Constituição, art. 226, *caput*.

² Constituição, art. 226, §8º.

³ Constituição, art. 1º, III.

⁴ Constituição, art. 3º, IV.

⁵ Constituição, art. 226, §4º.

⁶ Constituição, art. 227, *caput*.

⁷ Código Civil, art. 1.579, *caput* e parágrafo único.

⁸ Código Civil, art. 1.632.

⁹ Lei 8.069/1990, art. 19, *caput* e §3º.

¹⁰ Código civil, art. 1.584, §2º.

¹¹ Código Civil, art. 1.583, §1º.

¹² Código Civil, art. 1.582, §2º.

¹³ Código Civil, art. 71.

¹⁴ Código Civil, art. 1.584, §3º.

¹⁵ Lei 12.318/2010, art. 3º.

¹⁶ Lei 13.341/2017, art. 4º, II, b.

¹⁷ STJ. REsp 1629994.

¹⁸ Código de Processo Civil, art. 693, parágrafo único.

¹⁹ Lei 8.069/1990, art. 100, X.

²⁰ Lei 8.069/1990, art. 100, *caput*.

²¹ Lei 8.069/1990, art. 153, parágrafo único.