

Nelson Rosenvald
Cristiano Chaves de Farias
Felipe Braga Netto

Curso de **DIREITO** **CIVIL**

17^a

Edição

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

Famílias

6

2025

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Veja-se, inclusive, que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejuízo da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova *não passa em julgado*, afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

É mister afirmar, então, que a coisa julgada na ação investigatória se formará sob a técnica *secundum eventum probationes*.²⁹⁸ Ou seja, a coisa julgada se forma apenas em relação às provas produzidas no processo, não alcançando provas não produzidas naquela demanda, identicamente ao que se tem nas ações coletivas. Com isso, torna-se possível a repositura da ação para produzir provas ainda não realizadas.

Também não se diga, ainda, que a coisa julgada constitui garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a *igualdade* e a *dignidade da pessoa humana* também têm sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pela técnica da ponderação de interesses, devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Ademais, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício de direito material.

Reafirme-se, nesse passo, que é a norma constitucional protetiva do cidadão quem prevalece em nosso sistema jurídico. Por isso, negar o direito do filho em investigar a paternidade do seu pai, invocando barreiras ou formalismos processuais, é inaceitável e colide frontalmente com o princípio da *dignidade humana*, fazendo *tabula rasa* dos direitos fundamentais.²⁹⁹

A questão mereceu cuidadosa análise pelo Pretório Excelso, em razão do pano de fundo constitucional. O Supremo Tribunal Federal, então, determinou a *relativização da coisa julgada nas ações filiatórias*, sobrepujando o interesse em determinar a

298. Com essa dimensão, também o pensamento de Belmiro Pedro Welter, asseverando que “somente haverá coisa julgada material, nas ações de investigação e contestação de paternidade, quando tiverem sido produzidas, inclusive de ofício e sempre que possível, todas as provas, documental, testemunhal, pericial e especialmente, exame genético DNA, e depoimento pessoal” (*Coisa julgada na investigação de paternidade*, op. cit., p. 113).

299. Abraçando essa reflexão, o Superior Tribunal de Justiça já tinha firmado a sua jurisprudência, como se pode notar: “I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso da investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.6.01).

perfilhação sobre a coisa julgada, cristalizando a tese aqui esposada. Vale conferir o entendimento do Pretório Excelso:

“1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.” (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.6.11, DJe 16.12.11).

Pensar diferente seria voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material.

De qualquer forma, é relevante pontuar o visível caráter excepcional da mitigação da coisa julgada, lembrando se destinar a situações extraordinárias, com o objetivo de afastar absurdos, injustiças ou flagrantes atentados ao Texto Constitucional.³⁰⁰

A nossa jurisprudência registra, nesse sentido, importante passagem: “Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade”.³⁰¹

300. Com esse cuidado, Natália e Silva de Almendra Freitas chama a atenção para que se reserve a tese da relativização da coisa julgada “a casos extremamente esporádicos; afinal, não se está a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicata*, mas apenas o cuidado para situações raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários”. Cf. “Da relativização da coisa julgada material nas ações investigatórias de paternidade”, op. cit., p. 58.

301. STJ, Ac. 3ª T., j. 3.4.90, Rel. Min. Waldemar Zveiter, RSTJ 40: 236.

CAPÍTULO VIII

A Guarda de Filhos

Sumário • 1. A guarda de filhos em visão conforme a Constituição – 2. O regime dualista da guarda no sistema jurídico brasileiro – 3. A guarda de filhos e o melhor interesse da criança ou adolescente – 4. A guarda de filhos no Código Civil: unilateral e compartilhada – 5. A guarda compartilhada: 5.1. Noções gerais sobre a guarda compartilhada; 5.2. Critérios para o compartilhamento da guarda; 5.3. Guarda compartilhada coativa; 5.4. Separando o joio do trigo: distinções relevantes entre a guarda compartilhada e a guarda alternada e suas possibilidades; 5.5. A possibilidade de compartilhamento da guarda nas demandas litigiosas: da normatividade expressa para além do texto codificado; 5.6. Guarda compartilhada com pais residindo em locais diferentes; 5.7. Guarda compartilhada, pluriparentalidade e fixação entre diferentes parentes; 5.8. Guarda compartilhada como medida de prevenção à alienação parental; 5.9. Guarda compartilhada e risco de violência doméstica ou familiar – 6. A guarda e a possibilidade de mudança de domicílio do guardião – 7. O apadrinhamento de criança e adolescente como mecanismo de inclusão social, prioridade absoluta e proteção integral e a sua distinção com a guarda.

*“Meu filho vai ter nome santo, quero o nome mais bonito;
É preciso amar as pessoas como se não houvesse amanhã,
porque se você parar pra pensar, na verdade não há...
Sou uma gota d’água, sou um grão de areia
Você me diz que seus pais não lhe entendem,
mas você não entende seus pais.
Você culpa seus pais por tudo e isso é absurdo,
São crianças como você, o que você vai ser, quando você crescer?”*

(Legião Urbana, Pais e filhos, de Renato Russo)¹

*“Pra você guardei o amor que aprendi vendo os meus pais
O amor que tive e recebi e hoje posso dar livre e feliz
Céu cheiro e ar na cor que arco-íris risca ao levantar
Vou nascer de novo; lápis, edifício, tevere, ponte
Desenhar no seu quadril; meus lábios beijam signos feito sinos
Trilho a infância, terço o berço do seu lar.”*

(Ana Cañas, Pra você guardei o amor, de Nando Reis)

1. “Uma das canções mais famosas e cantadas da banda *Legião Urbana, Pais e filhos* tem uma letra forte, chamativa e triste. Ao contrário do que muitos pensam, a canção conta a história de uma menina que se suicida após várias discussões e desentendimentos com seus pais. A letra é fabulosa por começar do suicídio e só depois explicar os motivos. Além disso, o refrão é uma lição de vida que diz que devemos amar as pessoas todos os dias, porque o amanhã pode não existir. A letra traz vários fatos e perguntas das relações entre pais e filhos. Desde perguntas simples de ‘Por quê que o céu é azul?’ até exemplos de rebeldia dos filhos como ‘vou fugir de casa’. Renato Russo, letrista da canção, chegou a dizer que a história é fictícia, mas traz fatos parecidos com a realidade”, <http://musicasbrasileiras.wordpress.com/2011/02/15/pais-e-filhos-legiao-urbana/>.

1. A GUARDA DE FILHOS EM VISÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Lamentavelmente, não é incomum perceber uma certa tendência, talvez movida por sentimentos negativos, de que a erosão do afeto nas relações de casamento e de união estável – marcada pelos solavancos naturais da dissolução afetiva – implicaria na necessidade atávica de acertamento também do destino dos filhos incapazes, como se os efeitos dissolutórios atingissem, além dos cônjuges ou companheiros, pais e filhos.

Através da *guarda de filhos* sempre se impôs uma opção (traumática, diga-se *en passant*) para a convivência entre pais e filhos após a dissolução afetiva: um dos genitores se transformando em guarda, o outro em alimentos e visitação. De há muito, porém, lastreado na necessária visão interdisciplinar do fenômeno familiar, o Direito das Famílias contemporâneo vem (re)conhecendo uma nova compreensão da matéria, com o propósito de respeitar a tábua axiológica constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade) e a proteção integral infantojuvenil.

No ponto, convém a lembrança de que, através de Emenda Popular, foi acrescentado na *Lex Legum*, o art. 227, de onde emana a regra da *proteção integral infantojuvenil*:

“Toda criança e todo adolescente tem direito à vida, à saúde, à alimentação, à liberdade e à convivência familiar e comunitária e será posto à salvo de toda forma de negligência, violência, discriminação, crueldade e opressão.” (CF, art. 227)

Segue-se nesse sentido uma firme corrente internacional, emanada da Convenção Internacional de Direitos da Criança, acolhida pelo nosso país, afirmando o propósito de proteção integral e prioritária às crianças e aos adolescentes, independentemente de formalismos processuais ou qualquer outro entrave burocrático ou legal.

Assim, o instituto da guarda precisa estar vocacionado a servir à proteção integral menorista, com o propósito de preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas no âmbito patrimonial ou pessoal pela ausência, omissão, abuso ou negligência dos genitores ou responsáveis.

A guarda, assim, compreendida a partir da normatividade constitucional, deve cumprir uma importante função de ressaltar a prioridade absoluta do interesse menoril, contribuindo para evitar o abandono e o descaso de pais ou responsáveis para com menores e para permitir-lhes um feliz aprimoramento moral, psíquico e social. Aliás, sob o ângulo legislativo, convém destacar que a Lei n. 14.826/2024 instituiu a parentalidade positiva e o direito ao brincar como estratégias intersetoriais de prevenção à violência contra crianças. Considera-se parentalidade positiva o processo desenvolvido pelas famílias na educação das crianças na condição de sujeitos de direitos no desenvolvimento de um relacionamento fundamentado no respeito, no acolhimento e na não violência.

A partir dessa interpretação conforme a Constituição, conclui-se, com segurança, ser chegado o momento de se revisitar o clássico conceito de guarda no sistema jurídico. Até porque, nessa nova ambiência das relações familiares, a expressão guarda de filhos carrega consigo, subjacentemente, um alto grau de dúvidas e incertezas. Isso porque não se sabe, com precisão, qual seria o seu conteúdo. A guarda diria respeito à custódia do filho ou à convivência entre pais e filhos? As dúvidas se ampliam quando se considera que, por expressa disposição legal (CC, art. 1.632), a dissolução da relação afetiva entre os pais (divórcio ou dissolução de união estável) não afeta o exercício do poder familiar. Note-se, inclusive, que essa inconsistência em relação ao conteúdo do instituto da guarda importa em desdobramentos igualmente fluídos no que tange às suas variações, como, por exemplo, em relação à distinção entre guarda alternada, compartilhada e unilateral. Para além disso, a partir do reconhecimento do melhor interesse infantojuvenil (decorrente da máxima *the best interest of the child*), há um inegável processo de autonomia da vontade da criança e adolescente, com reflexos diretos sobre a guarda. Contemporaneamente, filhos menores, por si sós, exigem a convivência recíproca com os genitores como mecanismo de concretização da própria estrutura familiar e parental.

Ademais, o grande número de divórcios e dissoluções de união estável também conspira para uma necessidade de nova compreensão da guarda, uma vez que crianças e adolescentes passam a conviver em novas estruturas familiares.

Do mesmo modo, a capilaridade da concretização de núcleos familiares também está a exigir uma nova visão para a guarda, preocupada, fundamentalmente, com o melhor interesse infantojuvenil; A filiação homoafetiva, a pluriparentalidade, a fertilização medicamente assistida, a facilitação da adoção e a família monoparental (inclusive decorrente de projetos filiatórios unilaterais), dentre outras concretas possibilidades de arranjos familiares, compõem um cenário que explicita uma necessidade de dotar o instituto da guarda a uma vocação efetiva de ser instrumento de proteção integral da criança ou adolescente, em seus aspectos existenciais e materiais.

Nessa ordem de ideias, a guarda de filhos, a partir dessa filtragem constitucional, deve ser compreendida como mecanismo de efetivação da proteção prioritária e integral da criança e adolescente em seus núcleos familiares e parentais, por meio do estabelecimento do modelo de custódia e convivência que se mostrar mais adequado ao caso específico.

2. O REGIME DUALISTA DA GUARDA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Em nosso sistema jurídico a expressão guarda é plurívoca, não unívoca, servindo para uma dualidade de regimes jurídicos distintos: a guarda de filhos e a guarda de terceiros.

Assim, há uma disciplina para a guarda na relação *entre os pais*, mais precisamente quando da dissolução do casamento ou da união estável, e um outro regramento para a matéria como forma de *colocação de uma criança ou um adolescente em família substituta*.

Com vistas a facilitar a compreensão do tema, é possível propor nomenclaturas específicas para os institutos: *guarda de filhos* (reportando-se à proteção da pessoa dos filhos na ruptura de um matrimônio ou de uma união estável) e *guarda como colocação em família substituta* (para definir o instituto quando vocacionado a regulamentar a situação de uma criança ou adolescente que ficará sob a proteção de uma terceira pessoa). A primeira está disciplinada pelo Código Civil, a segunda está submetida à normatividade do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A confusão gerada pela sinonímia de nomenclaturas é evidente. Daí a pertinente crítica de Giselle Câmara Groeninga: “no senso comum, a guarda refere-se mais a objetos; uma herança de quando os filhos eram como posse dos pais, sobretudo do pai, e também um resquício de patrimonialização e mesmo utilitarismo das relações. No presente, por inadequado que possa parecer, o termo guarda embora abolido em outras legislações, é de uso comum em nossa cultura”.²

Com o louvável propósito de evitar confusões terminológicas, o direito espanhol designa a guarda por terceiros através da expressão *acogimiento* (acolhimento, em nossa língua), regulamentada pela Lei nº 21/87, impondo a um terceiro a obrigação de velar pelo menor, tê-lo em sua companhia, alimentá-lo, educá-lo e oferecer uma formação integral.³ A figura pode, ou não, ser utilizada como medida prévia à adoção, exatamente como nos moldes da guarda disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Já a guarda de filhos entre os pais é designada como custódia, disciplinada pelo art. 92 do Código Civil do Reino da Espanha. É medida jurídica destinada à manutenção da convivência entre os pais e os seus filhos após a ruptura do casamento ou união de fato. Entre nós, o vocábulo guarda termina sendo utilizado em diferentes sentidos técnicos.

De qualquer maneira, frise-se pela importância que, em ambas as modalidades de guarda, o que se busca precipuamente é garantir, a título de proteção integral, os interesses especiais de quem precisa de um tratamento adequado, preservando o futuro da própria sociedade brasileira. Bem por isso, merece apoio a advertência feita por Mauro Fiterman: “no plano da verdadeira revisitação do instituto da guarda e de sua plena funcionalização, o que se observa necessário é que se deixe de abordar o tema por meio de duelos semânticos e classificações egocêntricas”,⁴ em especial em tempos de grande complexidade social.

2. GROENINGA, Giselle Câmara. “Guarda compartilhada”, op. cit., p. 103-104.

3. Explica Ramón Herrera Campos, em tradução livre, que o *acogimiento* tem a finalidade de colocação de um menor “em um ambiente familiar substitutivo ou complementar, que assegure a assistência moral e material adequada às suas necessidades”, CAMPOS, Ramón Herrera, “Acogimiento”, op. cit., p. 291.

4. FITERMAN, Mauro. *Direito de Família contemporâneo: temas controversos*, op. cit., p. 100.

A *guarda entre os pais* é a *guarda de filhos menores*. Efetivamente, cessada a relação afetiva entre os pais, ou sequer iniciada a convivência entre eles, impõe-se a disciplina da guarda da prole comum do casal, com vistas a assegurar os interesses dos filhos incapazes. Por isso, a *guarda de filhos* está disciplinada pelo Código Civil como mecanismo de *proteção da pessoa dos filhos* (CC, art. 1.583).

No que concerne à guarda de filho menor, antes do Código Civil de 2002,⁵ havia previsão de que a guarda dos filhos ficaria, na dissolução da sociedade conjugal, com o cônjuge que não tivesse dado causa à ruptura do matrimônio ou com o cônjuge com quem já estivesse convivendo, na hipótese de separação de fato. Ainda que timidamente, porém, já buscava o legislador a proteção integral e primordial dos menores, quando permitiu ao juiz, no at. 13 da Lei do Divórcio, conferir a guarda de modo diverso daquelas hipóteses supracitadas, desde que existissem motivos para tal. Com o advento do art. 1.583 do Código Reale, inclusive com as modificações ulteriores, o sistema proclama, em palavras certas, que a guarda de filhos deve atender, primeiramente, ao *melhor interesse da criança ou adolescente* (*the best interest of the child*). Ou seja, em primeiro lugar o bem-estar do menor, depois as disposições de lei.

A outro giro, a guarda também pode servir como uma modalidade de colocação de criança ou adolescente em família substituta, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 28). Nessa hipótese, afasta-se por completo dos interesses relativos aos pais. Sequer há necessidade de existência de um litígio pela posse de um filho menor de idade. Aliás, não se exige, nem mesmo, que os pais estejam dissolvendo a relação de casamento ou de união estável. A *guarda estatutária*, como é conhecida, é concedida em favor de terceira pessoa, que, juntamente com os pais, prestará assistência moral e material a uma criança ou adolescente. Não é um substitutivo do poder familiar, coexistindo harmonicamente com ele. Trata-se de mecanismo de maximização de proteção infantojuvenil, conferindo a um terceiro a obrigação de prestar assistência moral e material a uma criança ou adolescente.⁶ Por isso, o guardião assume obrigações de manutenção do menor, podendo se opor a terceiros, inclusive aos pais (que continuam a exercer o poder familiar). E, por idêntica fundamentação, os pais continuam a exercer o poder familiar sobre os filhos, inclusive no que tange à visitação. Sobre o tema, é fundamental acompanhar a dicção do art. 33 do Texto Estatutário:

Art. 33, Estatuto da Criança e do Adolescente:

“A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

5. Antes do advento da Codificação de 2002, a matéria estava submetida às Leis nº 5.582/70 e 6.515/77, esta última notadamente em seus arts. 9º a 16.
6. Oportuna é a lição doutrinária, no sentido de que haverá guarda estatutária, com a consequente competência do juízo da infância e juventude, se existente uma “*situação de risco e houver necessidade de lhe aplicar a medida de proteção de colocação em família substituta*” (RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo. *Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente*, op. cit., p. 86).

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.”

A guarda estatutária, portanto, é a *regularização de uma anterior situação de fato*,⁷ quando uma criança ou adolescente já se encontra sob a responsabilidade moral e material de um terceiro. É o comum exemplo do avô que cuida de seu neto, assumindo obrigações morais e materiais. Nesse caso, é possível deferir a ele a guarda do neto, como mecanismo de proteção integral. Para além disso, a guarda estatutária também pode ser vista como um mecanismo, incidental ou preparatório, para a concessão de uma tutela (no caso de criança ou adolescente órfã) ou de uma adoção (quando cessará o poder familiar dos pais).

Sob o ponto de vista processual, inclusive, as diferentes categorias de guarda estão submetidas a procedimentos distintos. A ação de guarda de filhos (materialmente disciplinada pelo Código de 2002) obedece ao procedimento especial das ações de famílias, previsto nos arts. 693 a 699 do Código de Processo Civil de 2015, com uma fase de mediação obrigatória prévia. Lado outro, a ação de guarda de terceiros (com regulamentação material no Estatuto da Criança e do Adolescente) se subordina ao procedimento especial previsto na própria Norma Estatutária (arts. 165 a 170), sem a fase de mediação e com a realização obrigatória de um estudo social do caso e de oitiva do menor, sempre que possível (ECA, art. 168). São procedimentos diferenciados exatamente por servirem a institutos materialmente distintos.

No ponto, inclusive, descortina-se uma relevante questão, também de índole processual: a competência judicial. Com esteio nas ponderações aqui apresentadas, a regra geral é de que ambas as modalidades de guarda tramitem nas varas de família, sejam pedidos de guarda de filhos, sejam pedidos de guarda estatutária. Todavia, quando houver uma situação de risco para a criança ou adolescente, caracterizada na forma do art. 98 da Norma Estatutária,⁸ a competência para processar e julgar

7. Sublinha Caio Mário da Silva Pereira que a guarda regulamentada pelo Estatuto “destina-se a regularizar a posse de fato e pode ser concedida em caráter liminar ou incidental”, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 493.

8. Art. 98, Estatuto da Criança e do Adolescente: “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são

a ação de guarda de terceiros se desloca para o juízo especializado da infância e juventude.⁹ Assim é que em relação aos pedidos de guarda formulados por avós, que já cuidam de seus netos, a competência é da Vara de Família, não da Especializada da Infância e Juventude, por inexistir situação de risco. Mas, a ação de guarda de terceiros proposta por um estabelecimento em que se encontra internada a criança ou adolescente será de competência da vara especializada infantojuvenil, por conta da omissão da família, a caracterizar situação de risco. A ação de guarda de filhos, por sua vez, será sempre de competência da vara de família.

Rafael Madaleno e Rolf Madaleno acrescentam uma outra diferença de ordem processual: “a ausência de custas nas varas da infância e juventude”.¹⁰

Uma e outra modalidade de guarda precisam ser compreendidas como mecanismo de *proteção integral infantojuvenil*, apresentando-se como muito mais do que um *direito* dos pais ou de terceiros. Em verdade, cuida-se de um *dever* imposto justificadamente aos pais, ou a um terceiro, em relação a uma criança ou adolescente.

Por isso, a advertência de Orlando Gomes de que “o *dever de guarda deve ser cumprido sob sanções diversas*”.¹¹

E, bem por isso, qualquer que seja a modalidade de guarda o Ministério Público tem legitimidade ativa para o ajuizamento de ações na defesa dos interesses de criança e de adolescente, concretizando o princípio da intervenção precoce do Estado na defesa infantojuvenil. Isso porque a referida intervenção “precoce significa também ser preventiva a uma situação de vulnerabilidade qualquer”, justificando a atuação ministerial para a preservação da proteção integral e prioritária de criança e adolescente. Aliás, essa legitimidade do Parquet independe, inclusive, da existência, ou não, de situação de risco (ECA, art. 98, sendo possível na vara de família ou da infância e juventude).¹²

Essas obrigações e advertências, como não poderia deixar de ser, reitere-se, são aplicáveis às duas espécies do instituto uniformemente, porque o intuito é proteger a pessoa da criança ou adolescente.

aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta”.

9. Esta, por sinal, é a posição de nossos Tribunais: “Encontrando-se o menor na situação prevista no art. 98, II, da Lei nº 8.069, de 13.7.1990, a competência para processar e julgar o pedido de guarda é da Vara da Infância e da Juventude.” (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp 111.459/MG, rel. Min. Barros Monteiro, j. 7.2.00, DJU 20.5.00).
10. MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*, op. cit., p. 117.
11. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Op. cit., p. 395.
12. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, atendendo a pedido do Ministério Público mineiro, reconheceu essa legitimidade da Instituição, independentemente de situação de risco: “A defesa dos direitos individuais indisponíveis das crianças e dos adolescentes, notadamente à saúde e à convivência familiar, é atribuição conferida constitucionalmente ao Ministério Público, motivo pelo qual é parte legítima para promover medidas que as assegurem, ainda que os menores não estejam em situação de risco”. (TJ/MG, Ac. 6ª Câmara Cível, ApCív. 1.0000.16.020862-5/001 –comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Edilson Fernandes, j. 29.6.16).

3. A GUARDA DE FILHOS E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Em sentido jurídico, o vocábulo *guarda de filhos* exprime a medida imposta a um dos pais, atribuindo autoridade e responsabilidades para a proteção e o amparo de uma criança ou adolescente.¹³

Percebe-se, facilmente, a impropriedade terminológica da expressão *guarda*. Com efeito, o sentido jurídico da expressão *guarda* revela um sentido de ato de vigilância, ligado à ideia dos amplos direitos de um proprietário de fiscalizar a coisa que lhe pertence. A noção, portanto, é amesquinhada por uma perspectiva unilateral de apoderamento, na medida em que insinua que o guardião exerce a fiscalização de uma criança ou adolescente, com responsabilidades e autoridade. Ignora uma necessária perspectiva bilateral do instituto, de efetiva participação infantojuvenil na sua própria formação pessoal, psicológica e intelectual.

Nessa linha de ideias, já se disse, coerentemente, em sede jurisprudencial ser “importante destacar que a guarda representa mais que um direito dos pais em ter os filhos próximos. Revela-se, sobretudo, como um dever de cuidar, de vigiar e de proteger os filhos, em todos os sentidos, enquanto necessária tal proteção” (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.101.324/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 13.10.15, DJe 12.11.15).

De todo modo, o exercício da guarda pode integrar a estrutura do poder familiar, exercido pelos pais (CC, arts. 1.630 e 1.634, II), enquanto os seus filhos forem menores de dezoito anos. Bem por isso, inclusive, não há que se falar em guarda de filhos maiores e capazes.¹⁴ Em outro sentido, é estruturada a guarda de terceiros, a partir do balizamento normativo do Texto Estatutário.

Ressalte-se que a eventual dissolução do casamento, ou da união estável entre os pais, não afeta o exercício do poder familiar, razão pela qual ambos devem conservar o convívio com os filhos menores.

Percorrendo o caminho apontado pela *Lex Fundamentallis* é possível afirmar que a guarda de filhos está parametrizada pelo critério do *melhor interesse da criança ou adolescente* (*the best interest of the child*, em língua inglesa). Com isso, afasta-se o eventual interesse dos pais para reconhecer que a guarda de filhos tem sistemática própria, ligada à prevalência do interesse infantojuvenil.

13. Forte em Sílvio Paulo Brabo Rodrigues, a “guarda é o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional” (*Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente*, op. cit., p. 21).

14. Em razão dessa inadmissibilidade de guarda de pessoa capaz, pelo sistema jurídico do Brasil, impede-se a homologação de decisão judicial estrangeira que contemple previsão de guarda de filho. Nesse sentido, veja-se a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, negando homologação a uma decisão da Corte de Apelações de Aix en Provence, na França por conta desse motivo: STJ, Ac. Corte Especial, SEC 11.686/EX, rel. Min. Og Fernandes, j. 4.11.15, DJe 18.11.15.

Por isso, se preciso há de se sacrificar os interesses dos pais, em prol do melhor interesse da criança ou adolescente. No dizer de Washington de Barros Monteiro, “o critério a orientar o juiz será o do *interesse ou conveniência* do menor, que há de preponderar sobre os direitos ou prerrogativas a que, porventura, se arroguem os pais”.¹⁵

Nessa tocada, a orientação jurisprudencial superior é no sentido de que o juiz deve fixar a guarda em conformidade com o melhor interesse infantojuvenil, pouco interessando a vontade dos pais. Veja-se ilustrativamente:

“(...) 6. Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou a doutrina da proteção integral, foram modificados profundamente os paradigmas orientadores acerca dos fatores a serem considerados quando da prolação de decisões que envolvem temáticas referentes à infância e juventude, adotando-se, a partir de então, o princípio do melhor interesse da criança.

6.1 Dessa forma, referido princípio – do melhor interesse da criança – tornou-se tanto orientador para o legislador, como para o aplicador da norma jurídica, já que estabelece a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica e de elaboração da decisão que venha a solucionar demandas na área alcançada pela temática da infância e juventude.” (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.449.560/RJ, rel. Min. Marco Buzzi, j. 19.8.14, DJe 14.10.14)

Ilustrando com um caso bem dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, já se reconheceu a possibilidade de conferir a guarda de um filho menor à mãe que foi reconhecida como culpada pela dissolução de um casamento.¹⁶ E, de fato, há pertinência na conclusão, uma vez que uma pessoa pode não ser um bom cônjuge, ou companheiro, e ser um excelente e participativo pai ou mãe.

Trilhando os caminhos da dualidade de regimes jurídicos da guarda, é possível, metodologicamente, afirmar que a “guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”, consoante a conhecida definição de Guilherme Gonçalves Strenger.¹⁷

4. A GUARDA DE FILHOS NO CÓDIGO CIVIL: UNILATERAL E COMPARTILHADA

A redação originária do Código Civil de 2002 estabelecia que a guarda de filhos seria *unilateral* ou *exclusiva*, apenas. Ou seja, um dos pais assumia a guarda do filho menor de dezoito anos de idade (o guardião), enquanto o outro se restringia

15. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 226. No mesmo diapasão, Sílvio Rodrigues assevera que nem mesmo o ajuste dos pais, em divórcio amigável, “*prevalece contra o interesse dos menores*” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 257).

16. “O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor.” (STJ, Ac. 3ª T., REsp 37.051/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 17.4.01, DJU 25.6.01, p. 167).

17. STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, op. cit., p. 22.

a prestar alimentos e a exercer o direito de visitação. Como explica Caio Mário da Silva Pereira, unilateral seria a guarda “atribuída a um dos genitores ou a alguém que o substitua devendo ser concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto..., saúde, segurança e educação”.¹⁸

Isto é, historicamente o sistema jurídico se inclinou por entender que a ruptura da relação afetiva traria consigo, a reboque, a redefinição da convivência entre os pais e os filhos: um deles se transformava em guardião e o outro em mantenedor (devedor de alimentos) e visitador.¹⁹ Através do instituto da *guarda de filhos*, portanto, sempre se impôs uma opção (traumática, diga-se *en passant*) para a convivência entre pais e filhos após a dissolução afetiva: um se transformando em guarda, o outro em alimentos e visitação.²⁰

A sistemática da guarda *unilateral* ou *exclusiva* realça que o filho deve ser mantido com um dos pais apenas, restringindo a sua convivência com o outro aos episódicos e pré-determinados momento de visitação. Trata-se de um modelo de convivência limitado para o pai não guardião, que somente exercerá o contato nos pré-fixados momentos de visitação.

O modelo *unilateral* de guarda se mostra recomendável para situações muito específicas, nas quais um dos pais não tem condições de manter uma proximidade e uma convivência mais constante com a prole. É o exemplo do pai/mãe que passou a ter domicílio em cidade diversa ou que não consegue uma presença constante em razão de compromissos ou fatores profissionais. Em casos tais, a guarda unilateral pode se mostrar mais recomendável à regulamentação da convivência.

Registre-se, por oportuno, que, mesmo em se tratando de guarda unilateral, o *poder familiar permanece pleno e íntegro para ambos os pais* (CC, art. 1.632), não havendo qualquer limitação à autoridade sobre o menor. Assim, mesmo que a guarda seja unilateral, a decisão sobre a escola em que estudará o filho, o esporte que praticará ou sobre a frequência a cultos religiosos dependerá do ajuste de vontade de ambos os genitores. Havendo, eventualmente, um conflito ou desajuste entre eles, o juiz decidirá, ouvido o Ministério Público.

De todo modo, não se olvide que o modelo unilateral de guarda reduz sobremaneira a convivência entre o pai-não guardião e a prole. Por isso, deve se restringir

18. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 299.

19. “Se o desquite for litigioso, a sentença que o julgar mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a quota com que o culpado concorrerá para a educação deles”, BEVLÁQUA, Clóvis, cf. *Direito da Família*, cit., p. 287.

20. “A guarda compartilhada desfaz a grande desigualdade que vinha acontecendo com o modelo tradicional de guarda única (geralmente indicada somente à mãe): considerando-se um mês de trinta dias (em média), o pai (até, então, o não guardião) não se limita a apenas quatro dias no mês, e o convívio passa a ser mais amplo, porque preserva os laços afetivos e constrói a intimidade entre pai-filhos e mãe-filhos, a partir do princípio fundamental de que pai e mãe *não são visitas*”, SILVA, Denise Maria Perissini, cf. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*, cit., p. 99.

a hipóteses muito específicas em que se mostrarem pertinente ao interesse infantojuvenil.

Em tempos mais recentes, porém, lastreado na necessária visão interdisciplinar do fenômeno familiar, o Direito das Famílias contemporâneo vem (re)conhecendo uma nova compreensão da matéria, com o propósito de respeitar a tábua axiológica constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade) e a proteção integral infantojuvenil, garantida constitucionalmente.

É nessa arquitetura que alvoreceu a *guarda compartilhada* ou *guarda conjunta* – já recomendada pela Psicologia²¹ – como mecanismo para resguardar os interesses dos filhos menores nas dissoluções afetivas.

Entre nós, incorporando a orientação da melhor doutrina brasileira – não apenas no âmbito do Direito,²² mas, também, no campo da Psicologia²³ – a Lei nº 11.698/08, alterando a redação dos arts. 1.584 e 1.584 da Codificação de 2002, priorizou a fixação da guarda de maneira compartilhada.

Rezam os aludidos dispositivos legais:

Art. 1.583, Código Civil:

“ A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) 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...”

Art. 1.584, Código Civil:

“A guarda, *unilateral ou compartilhada*, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

21. Sílvio Neves Baptista, endossando o raciocínio, preleciona que “do ponto vista psicológico, a guarda compartilhada oferece a grande vantagem ao filho de suavizar a ruptura decorrente da separação dos pais, conservando os laços existentes entre eles e os filhos, na medida em que os genitores continuam a participar em conjunto da vida deles, tal como faziam antes da dissolução da sociedade conjugal, estável ou concubinária”, cf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 36-37.
22. Escrito em 1999, faça-se a justa referência ao texto de GRISARD FILHO, Waldyr, cf. “Guarda compartilhada”, cit., p. 213-224.
23. Publicado em 1997, merece alusão o artigo de NICK, Sérgio Eduardo, cf. “Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados”, cit., p.127-167. Afirmava-se pioneiramente naquela sede: “o que creio ser fundamental no meu ponto de vista é a busca de se tentar minorar as repercussões negativas nos filhos quando da separação ou divórcio de seus pais. Qualquer norma que veicule a ideia do *shared parenting* teria, na minha opinião, a perspectiva de dar aos pais essa visão que privilegia as crianças e o relacionamento com elas. *Pode ser pueril imaginar que essa é uma forma de estimular a relação pais-filhos, mas não é*” (p. 149).

II – decretada pelo juiz, 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.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º 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 da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. (Redação dada pela Lei nº 14.713, de 2023)

§ 3º 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.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º 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.”

De fato, o art. 1.584 do Código Civil, com a redação atualizada após sucessivas mudanças normativas, estabeleceu a guarda compartilhada como o modelo preferencial do sistema jurídico brasileiro, sendo fixada pelo juiz a partir de um requerimento consensual das partes ou de decisão direta impositiva (coativa). Isso porque mais importante do que o interesse das partes é a proteção integral infantojuvenil.

Nesse sentido, pois, o juiz deverá aplicar, prioritariamente, a guarda compartilhada, sempre que possível, examinadas previamente as condições fáticas de viabilidade.

Seguindo pelas trilhas do comando legal, a jurisprudência superior afirma que o modelo preferencial de guarda é, de fato, a *compartilhada*, somente não sendo decretada nos casos contemplados expressamente no texto normativo (a orientação a seguir citada continua válida, apenas lembrando que atualmente temos outra hipótese que pode afastar a guarda compartilhada, quando houver violência):

“A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo ‘será’ não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - *juris tantum* - de que

se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarara o magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do Código Civil). Aguarda compartilhada somente deixará de ser aplicada, quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do Poder Familiar.” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.629.994/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.12.16, DJe 15.12.16)

Daí o comentário pertinente do eminente jurista pernambucano Sílvio Neves Baptista: “a guarda conjunta que os pais exerciam enquanto viviam sob o mesmo teto, deve figurar como a primeira opção do julgador, sempre que se discutir a guarda de menor na dissolução de vida em comum”.²⁴

Em verdade, o referido diploma legal é declaratório, não constitutivo.

Isso porque a guarda compartilhada não foi criada pela lei, mas, tão só, admitida de modo expresse, com o escopo de evitar distorções ou negativas indevidas. A própria redação anterior do art. 1.584 do Código Civil já preconizava que o juiz, não havendo ajuste entre as partes, deveria atribuir a guarda ao genitor que apresentasse “*melhores condições*”, deixando subentendida a possibilidade de que, se apresentando ambos os genitores com condições adequadas, defluiria como conseqüência lógica, a guarda conjunta, respeitando, no ponto, o melhor interesse da criança (CF/88, art. 227).²⁵

Com isso, modificando o sistema originário adotado pela Codificação de 2002, a guarda dos filhos somente será unilateral quando o casal não tiver interesse no compartilhamento da convivência ou quando assim indicar o melhor interesse da criança. De fato, existem hipóteses nas quais o casal pode não ter interesse na guarda conjunta por conta de circunstâncias de ordem pessoal ou que não recomendem o compartilhamento, como no exemplo de um deles residir em localidade distinta, de considerável distância.

24. BAPTISTA, Sílvio Neves, *cf. Guarda compartilhada*, cit., p. 47.

25. Já havia precedente em nossas Cortes de Justiça, corroborando desse pensar: “Apelação cível. Família. Relações de parentesco. Guarda de filha com onze anos de idade. Permanência com a genitora. Atendimento do princípio da preponderância do interesse da criança. Preservação da situação que ocasiona bem-estar e maior estabilidade emocional e afetiva. Ausência de demonstração de que a criança se encontra sob risco. Inexistência de razão relevante que ateste a necessidade de alteração da situação existente. Animosidade entre os genitores. Não se mostra razoável a alteração da guarda de filho se inexistente situação de risco ou razão relevante para que não mais permaneça sob os cuidados de quem detém o encargo. Levando-se em consideração o estabelecido nos art. 1.584 do Código Civil, que recomenda que a guarda deve ser concedida àquele cônjuge que tiver melhores condições para criar o filho, há de buscar-se, sempre, o melhor atendimento dos interesses da criança, ostentando-se irrazoável que se altere a guarda anteriormente concedida a um dos genitores tão-somente em virtude de o outro não concordar com a forma como conduzida a vida cotidiana do filho. Impossível o deferimento da guarda compartilhada quando os pais não mostram o mínimo interesse de, abstraindo as diferenças pessoais que levaram à separação, manter conduta razoável com o bom senso que deve permear os relacionamentos interpessoais, mormente quando em jogo o desenvolvimento saudável da prole.” (TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., ApCív. 70029650033 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 14.10.09, DJRS 23.10.09, p. 38).

É preciso realçar, todavia, que, independentemente do modelo de guarda (exclusiva ou compartilhada) *ambos os pais permanecem no pleno exercício do poder familiar e da autoridade parental sobre a sua prole* (CC, art. 1.632). Com isso, é de se afirmar que a outorga de um modelo de guarda não confere maior, ou menor, extensão de poderes sobre a criança dos filhos. Exemplificando: mesmo que a guarda seja unilateral, a deliberação sobre a escola em que o filho estudará, o esporte que praticará, a religião que vai acompanhar... é mantida com *ambos os pais*, sem qualquer privilégio daquele que detiver a guarda unilateral. Havendo conflito ou divergência entre eles, o juiz decidirá a questão, ouvido o Promotor de Justiça e a equipe interdisciplinar.

Isso porque a escolha de qualquer dos tipos de guarda não importará em perda ou diminuição da autoridade parental sobre os filhos, o que somente decorrerá de uma medida judicial, respeitado o devido processo legal.

Dessa maneira, o que se compartilha na guarda conjunta não é o poder familiar sobre a prole (diferentemente do que ocorre em alguns países europeus), que sem manterá com ambos os pais. Também não é a responsabilidade civil pelos danos causados pelos filhos menores, que também recai sobre ambos os pais, solidariamente (CC, arts. 932, I, e 942, Parágrafo Único). O que se compartilha, portanto, é a convivência entre ambos os pais e a sua prole, preservando a intimidade e cumplicidade, evitando que a ruptura da conjugalidade comprometa a cogestão da vida interna e externa da criança ou adolescente.

Por força disso, em se tratando de guarda compartilhada, ordinariamente, não haverá necessidade de regulamentação de visitas, na medida em que a convivência entre pais e filhos está mantida, não havendo necessidade de visitação. A outro giro, na guarda unilateral há imperiosa necessidade de regulamentação das visitas, com vistas a que se mantenha o convívio entre pais e filhos. A ultrapassada fórmula de que um genitor somente manterá contato com o filho de quinze em quinze dias, alternadamente, é francamente pernicioso para a formação infantojuvenil, devendo ser afastada, como regra geral prioritária.

Ademais, fixada a guarda unilateral, em atenção ao *the best interest of the child*, o genitor que não detiver a guarda há de cumprir o regime de visitação na forma estabelecida pelo juiz. Qualquer abuso no exercício do poder familiar, embaraçado ou comprometendo o interesse infanto-juvenil, pode justificar uma medida de busca e apreensão de menor, promovida pelo genitor-guardião, além de uma eventual alteração do regime de guarda e/ou visitação.

Sobre o cabimento da ação de busca e apreensão de menor é preciso frisar, inclusive, a possibilidade de sua decretação a título de tutela antecipada antecedente, conforme permissivo do art. 303 do Código Adjetivo de 2015. De acordo com o texto aludido, medidas de urgência, mesmo que satisfativas, podem ser requeridas autonomamente. É dizer: a parte interessada não está obrigada a promover uma demanda superveniente, após a deliberação do juiz. Se o juiz conceder a medida emergencial