

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER  
CURSO DE DIREITO

**PATRÍCIA ARAÚJO FERREIRA**

**GUARDA COMPARTILHADA**

**RUBIATABA - GO**

**FACER - FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO**

**PATRÍCIA ARAÚJO FERREIRA**

**GUARDA COMPARTILHADA**

Monografia apresentada a FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Cláudia Pimenta mestre em Ciências Penais.

**RUBIATABA - GO**

**2008**

# FOLHA DE APROVAÇÃO

**PATRÍCIA ARAÚJO FERREIRA**

**GUARDA COMPARTILHADA**

**COMISSÃO JULGADORA  
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

**RESULTADO** \_\_\_\_\_

**Orientador** \_\_\_\_\_

**Cláudia Pimenta  
Mestre em Ciências Penais**

**Co-orientador** \_\_\_\_\_

**2º Examinador** \_\_\_\_\_

**Gerusa Silva de Oliveira  
Mestre em Sociologia**

**3º Examinador** \_\_\_\_\_

**Rubiataba, 2008**

A minha mãe Ruth, exemplo de coragem, que enfrenta a vida de frente, a quem devo minha vida, minha longa jornada e que sempre esteve/está e estará ao meu lado.

Ao meu companheiro, amigo e amor, Euler Marcos, que além de me acompanhar e apoiar nesses cinco anos, subtraiu de seu labor, sem contestar as árduas mensalidades.

A minha madrinha Maria Aparecida, que me guiou nos primeiros passos, rumo ao conhecimento, ao estudo, à vida escolar.

A todos os meus colegas de curso, mas em especial, Nalva e Wesley que lutaram ao meu lado e que em vários momentos me ajudaram a levantar.

A Deus, ser supremo, sem o qual nada é possível.

“Pense

A gente pode morar numa casa mais ou menos,  
Numa rua mais ou menos,  
Numa cidade mais ou menos,  
E até ter um governo mais ou menos.  
A gente pode dormir numa cama mais ou menos,  
Comer um feijão mais ou menos,  
Ter um transporte mais ou menos,  
E até ser obrigado a acreditar mais ou menos no futuro.  
A gente pode olhar em volta e sentir que tudo está mais ou menos.  
Tudo bem!

O que a gente não pode mesmo, nunca, de jeito nenhum,  
É amar mais ou menos,  
É sonhar mais ou menos,  
É ser amigo mais ou menos,  
É namorar mais ou menos,  
**É ser pai e mãe mais ou menos,**  
É ter fé mais ou menos,  
É acreditar mais ou menos,  
Senão a gente corre o risco de se tornar  
Uma pessoa mais ou menos”.

(autor desconhecido)

**RESUMO:** O instituto da guarda compartilhada originou-se no Direito Inglês, porém foi adotado por vários países baseando-se na autoridade parental conjunta que busca manter os laços de afeto e a convivência de ambos os pais com seus filhos, apesar da ruptura da relação conjugal. Recentemente, o Brasil aderiu a esta modalidade de guarda, mediante a Lei 11.698 que propõe a divisão entre os pais, das responsabilidades nas decisões sobre a vida dos filhos mesmo modo como era na constância da vida comum.

**Palavras-chaves:** Autoridade parental. Convivência. Pais. Filhos. Guarda unilateral. Guarda compartilhada.

**ABSTRACT:** The Office of shared custody originated in the English law, but was adopted by several countries based on joint parental authority that seeks to maintain the bonds of affection and coexistence of both parents with their children, despite the collapse of the conjugal relationship . Recently, Brazil has acceded to this mode of custody by Law 11,698 which proposes the division between parents, the responsibility for decisions on the lives of children in the same manner as was common constancy of life.

**Key words:** parental authority. Coexistence. Parents. Children. Guard unilaterally. Shared custody.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	10
1.1 Origem.....	10
1.2 Direito Inglês.....	11
1.3 Direito Francês.....	12
1.4 Direito Canadense.....	12
1.5 Direito Americano.....	13
1.6 Direito Argentino.....	15
1.7 Direito Brasileiro.....	15
2 GUARDA.....	17
2.1 Conceito.....	17
2.2 O instituto da Guarda no Direito Pátrio.....	20
2.3 Modalidades de Guarda.....	21
3 GUARDA COMPARTILHADA.....	25
3.1 A importância da Guarda Compartilhada.....	25
3.1.1 O Convívio.....	26
3.1.2 O Princípio da Igualdade.....	28
3.1.3 O Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	30
3.2 Vantagens e Desvantagens da Guarda compartilhada.....	33
4 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	37
4.1 Inovações da lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008.....	37
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44
ANEXOS.....	47

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa estruturou-se em quatro capítulos e tendo como finalidade principal conhecer mais profundamente os aspectos gerais com destaque para as vantagens do instituto guarda compartilhada, e desta forma proporcionar as pessoas, em especial os futuros aplicadores do direito e os pais, uma visão mais ampla e ao mesmo tempo mais incisiva sobre o referido assunto,

A guarda compartilhada foi o tema escolhido devido a sua complexidade, pois envolve um dos maiores valores da humanidade, o bem mais precioso: o ser humano em sua formação, atingindo a criança e o adolescente, cujos direitos tem prioridade no plano constitucional.

Inicialmente, este trabalho embasava-se em doutrinas e decisões jurisprudenciais, pois o instituto guarda compartilhada encontra-se em discussão mediante Projeto de Lei pelo Poder Legislativo, o que dificultava de certa forma a argumentação quanto a aplicação deste instituto em relação à fundamentação jurídica.

Porém, no dia 13 de junho de 2008, foi sancionada a Lei 11.698 que modificou as disposições do Código Civil Brasileiro, admitindo duas modalidades distintas de guarda, ou seja, guarda unilateral e a guarda compartilhada.

O primeiro capítulo relatou historicamente a origem e como desenvolveu-se a guarda compartilhada em outros países, ressaltando que a realidade familiar é diferente de país a país, no tocante aos costumes e práticas.

Já, no segundo capítulo visando uma melhor compreensão do que venha ser guarda compartilhada tornou-se necessário conceituar-se o instituto guarda e distinguir algumas de suas modalidades.

Quanto, ao terceiro capítulo abordagem teve com enfoque principal a importância da guarda compartilhada, observando sua vantagens e desvantagens.

O quarto capítulo examinou através de comentários de doutrinadores e juristas a fundamentação jurídica, ou seja, a lei 11.698 recentemente aprovada que institui a guarda compartilhada.

A metodologia utilizada embasou-se na pesquisa bibliográfica, que segundo Marcantonio, Lehfde e Santos (1993, p. 24) é o levantamento, a seleção, o fichamento e o arquivamento de informações sobre documentos de interesse para estudo de determinado assunto.

Sendo assim, a pesquisa bibliográfica contribui muito na confecção deste trabalho, pois ela busca entender e explicar o problema formulado a partir de referências e teóricas publicadas em artigos, dissertações, teses, livros, etc., o método de abordagem adotado é o dedutivo, pelo qual se analisa fatos gerais visando conclusões a respeito de casos específicos.

No presente trabalho vislumbra a aplicação da guarda compartilhada, minimizando o sofrimento dos filhos acarretado pela separação dos pais, porém torna-se uma verdadeira tortura quando os mesmos se vêem divididos diante de um doloroso processo de guarda que estipulará por decisão judicial quem será o seu guardião, sendo que o desejo dos filhos na maioria das vezes é de permanecer com ambos os pais.

# **1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA**

Neste capítulo veremos que apesar de ser um instituto novo a guarda compartilhada, que vem ganhando força devido à necessidade dos pais de garantir uma participação mais ativa em relação à vida dos filhos, sendo utilizado em diversos países da Europa, América do Norte e América do Sul é, fundamental constar que as experiências vivenciadas na realidade familiar são distintas de país a país, principalmente em relação aos costumes e práticas.

A origem da expressão guarda compartilhada é inglesa, surgiu há pouco mais de 20 anos, desenvolveu-se inicialmente na França, atravessou o Atlântico chegando ao Canadá e aos Estados Unidos da América, atualmente é aplicada em países como a Argentina e no Brasil.

## **1.1 Origem**

As últimas décadas foram marcadas por profundas mudanças e novas marcas no âmbito do direito de família.

Com a ruptura nos relacionamentos, acarretou-se o surgimento de conflitos nos laços familiares e, conseqüentemente, problemas em relação à guarda dos filhos de pais que não conviviam sob o mesmo teto.

A expressão guarda compartilhada refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os genitores, ou seja, os pais exercem simultaneamente seus direitos e deveres.

## 1.2 Direito Inglês

No Direito inglês, o genitor varão deveria ser sempre o guardião da prole, principalmente quando houvesse a dissolução do matrimônio, pois era considerado o proprietário dos filhos, sistema denominado *common law*.<sup>1</sup>

A partir da Revolução Industrial, houve a migração dos homens do campo para as fábricas e com isso as mulheres ficaram encarregadas da criação e educação dos filhos, sendo atribuída à guarda em casos de conflitos, também a mãe.

Se anteriormente era injusta a atribuição da guarda única e exclusivamente ao pai, os tribunais ingleses também passaram a reconhecer a injustiça em se atribuir a guarda somente à mãe.

Desta forma, os Tribunais passaram a buscar a proteção aos interesses do menor, atribuindo aos pais, de forma igualitária a autoridade parental, e a partir da década de 70, a justiça inglesa adotou a guarda conjunta, denominada de *joint custody*.<sup>2</sup>

As decisões inglesas estipulando a guarda conjunta tiveram grande valor histórico e jurídico, pois revelaram a cisão de uma tradição secular e o resguardo do interesse da criança, com a noção de guarda compartilhada e a sua inserção na prática judiciária cotidiana, a justiça inglesa pode melhor equilibrar os direitos da mãe e do pai.

Este modelo de guarda difundiu-se na literatura inglesa e utilizado preferencialmente por seus tribunais, ganhando adeptos, na França e em outros países europeus, também no Canadá e alcançado os Estados Unidos da América, onde a guarda compartilhada é aplicada na maioria de seus Estados.

---

<sup>1</sup> *Common law* – sistema inglês em que o pai é o considerado o proprietário da prole, cabendo-lhe, necessariamente a atribuição da guarda em caso de conflito. Ana Maria Milano Silva. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2008, p. 81.

<sup>2</sup> *Joint custody* – denominação dada pelo direito inglês, que significa guarda conjunta, direitos iguais entre os genitores. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2008, p. 81.

### 1.3 Direito Francês

Em 1976, a guarda compartilhada foi adotada pelo direito francês, com objetivo de atenuar as injustiças que a guarda unilateral provocava. A jurisprudência, aos poucos tornou-se mais abundante, visando diminuir as conseqüências maléficas que o monopólio da autoridade parental ocasionava na vida prole.

Com a promulgação da Lei nº 87.570, de 22 de Julho de 1987, denominada Lei Malhuret<sup>3</sup>, que fez modificações nos textos do Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental, harmonizando-o com o entendimento jurisprudencial.

Atualmente, predomina-se no Direito francês que, na constância da vida conjugal, o casal compartilha a guarda dos filhos menores, entretanto, havendo separação, o exercício da guarda deverá ser exercido conjuntamente pelos pais, ou será atribuído, exclusivamente, a um dos genitores.

Sendo assim, no direito francês a guarda compartilhada é a regra, a prioridade, enquanto a guarda unilateral é a exceção.

### 1.4 Direito Canadense

A fixação da guarda após o divórcio, no Canadá, via de regra é a atribuição da guarda exclusiva a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visitas, denominada *sole custody*.<sup>4</sup> A justiça canadense entende ser difícil obrigar um dos pais a cooperar quando ele não deseja o compartilhamento, assim, a guarda compartilhada pode ser conferida quando houver acordo entre os genitores, buscando atender os interesses dos filhos, pois, a guarda

---

<sup>3</sup> *Lei Malhuret* – é a lei que modificou os textos do Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental, recebeu essa denominação em homenagem ao então secretário de Estado de Direitos Humanos. Ana Maria Milano Silva. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2008.

<sup>4</sup> *Sole custody* – significa guarda unilateral, em que um dos genitores tem a guarda exclusiva, e ao outro cabe-lhe o direito de visitas. Ana Carolina Silveira Akel. **Guarda Compartilhada – Um avanço para a família**. 2008, p. 117.

compartilhada só é deferida se os pais optam por ela, entretanto há orientação que essa é a forma mais benéfica aos filhos e a eles próprios.

No Canadá há atualmente, decisões em que é aplicável o direito de guarda através da guarda compartilhada, nos casos de pais separados, haja vista que tal instituto traz benefícios psicológicos para todos os envolvidos, já que nenhum dos genitores sente que perdeu a criança em geral o relacionamento entre pais e o relacionamento entre pais – filhos tornaram-se os melhores.

Para que seja aplicada a guarda compartilhada, os Tribunais canadenses indagam acerca melhor interesse do menor, levando em consideração muito fatores relativos ao bem estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor.

## **1.5 Direito Americano**

O Direito Americano acatou a nova tendência aplicando na maioria de seus Estados a guarda compartilhada, sendo assim as Cortes Americanas vêm decidindo pela fixação da custódia a ambos os pais que poderá ser exercida, pelo menos, por uma das três formas: a guarda física em que a criança passa uma parte do tempo com cada pai; a guarda legal consiste na divisão feita pelos pais de quem tomará as decisões relacionadas à educação, médicos, religião e demais questões que envolvam os filhos; e ainda a guarda física e a legal juntas.

As Cortes Americanas, em todos os seus Estados estão determinando a guarda legal e cerca de metade dos Estados está relutante em fixar a guarda física, a não ser que ambos os pais concordem e apresentem capacidade de efetiva comunicação e cooperação entre eles.

Cada vez mais as relações intrafamiliares tornaram-se complexas, dificultando a atividade dos juízes, dos advogados e de todos os que lidam na área do Direito de família,

essa situação levou *American Bar Association – ABA*<sup>5</sup>, a criar um comitê especial para o desenvolvimento de estudo sobre a guarda de menores, com objetivo de auxiliar os profissionais que atuam nessa área.

Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência estaduais, pois cada Estado americano dita sua própria lei civil, buscou-se então uniformizar a legislação a respeito, criando-se *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*<sup>6</sup>, adotada por um crescente número de Estados americanos.

Desta feita, a lei uniforme busca evitar os conflitos de competência entre os Estados e ampliar a cooperação entre os tribunais, intervindo o que esteja em melhores condições de decidir sobre a questão da guarda, em que primordial é o interesse do menor, pois com a uniformização do regime adotado, facilita-se o cumprimento da sentença.

O povo americano conscientizou-se da importância de garantir ao menor um contato freqüente com ambos os genitores após a dissolução conjugal, incentivando assim, o compartilhamento, ou melhor, o exercício conjunto da autoridade parental que, na maioria dos casos atenderá o melhor interesse da criança.

Nos Estados Unidos da América, atualmente somente sete estados não autorizam a guarda compartilhada, já na maioria dos estados norte-americanos a presunção legal é pela preferência à guarda conjunta, independentemente de acordo entre os genitores. Mas não existe uma regra para definir qual o modelo de guarda deve ser adotado, ocorre que o casal submete-se a um estudo, passando por uma espécie de órgão mediador, para se verificar o que é melhor para a criança.

De acordo com o resultado dessa pesquisa se conclui que o genitor que incentiva a convivência do filho com o outro genitor está de acordo com o melhor interesse da criança; e aquele que não incentiva essa convivência não é apto para exercer a guarda. Sendo assim, os ex-cônjuges temendo perderem a guarda permitem harmoniosamente que o filho tenha

---

<sup>5</sup> *American Bar Association – ABA* – órgão similar a Ordem dos Advogados do Brasil. Shaiennen Mattar Gobi. **Plausibilidade da Guarda Compartilhada Face ao Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

<sup>6</sup> *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* – Legislação uniformizada sobre a guarda de menores. Ana Carolina Silveira Akel. **Guarda Compartilhada – Um Avanço para a Família**. 2008, p. 119.

contato com ambos, motivo pelo qual, aumenta-se o deferimento da guarda compartilhada nos Estados Unidos da América.

## **1.6 Direito Argentino**

No Direito argentino, combina-se os sistemas de exercício conjunto e indistinto, correspondendo o exercício da guarda ao pai e à mãe conjuntamente, presumindo-se que os atos realizados por um deles conta com o consentimento do outro, a não ser em determinados casos, em que será requerido o consentimento expresso dos genitores como autorizar os filhos a contrair matrimônio, ingressar nas forças armadas ou entidades religiosa, etc.

## **1.7 Direito Brasileiro**

A existência do instituto guarda compartilhada nas legislações alienígenas <sup>7</sup>serviu de amparo e guarida para o início de aplicação no direito pátrio que evolui no sentido de demonstrar que compartilhar a guarda entre os pais que não mais convivem é a melhor forma de exercê-la e, conseqüentemente, de agir em proveito da prole.

Segundo Akel (2008, p. 01) “a normatização da guarda compartilhada constitui um grande passo no direito familiarista, visto que nesse modelo já utilizado em várias legislações alienígenas evidencia-se definitivamente a proteção e tutela do menor”.

É interessante salientar que para fixação do exercício da guarda, seria conveniente um acordo entre os genitores para sua conseqüente homologação judicial, sem necessidade de contenda. Porém, ocorrendo conflito, há necessidade de analisar profundamente o caso concreto para melhor adequar o exercício da guarda, apurando as vantagens e desvantagens da forma de exercê-la, sempre em privilégio dos filhos menores.

---

<sup>7</sup> Legislações alienígenas – legislações estrangeiras, leis que pertencem a países diferentes. Ana Carolina Silveira Akel. **Guarda Compartilhada - Um Avanço para a Família**. Atlas: São Paulo, 2008, p.01.

Em 13 de junho de 2008, foi sancionada a lei 11.698, lei esta que alterou o Código Civil Brasileiro de 2002, estabelecendo uma nova redação aos arts. 1.583 e 1.584.

Com a guarda compartilhada, o pai e a mães passam a dividir direitos e deveres relativos aos filhos e as decisões sobre a rotina da criança ou do adolescente.

Desta forma, a nova lei determina aos juízes que dêem prioridade a este tipo de convivência, que permite ao pai e a mãe dividir decisões envolvendo a vida material, educacional, social e o bem-estar dos filhos.

Segundo a relatora do projeto que concretizou-se na Lei 11.698, a deputada Diogo(2008):

A guarda compartilhada prevê que o pai e a mãe decidam juntos a melhor escola para o filho, que os dois acompanhem as notas da criança e que as visitas não fiquem presas a datas e horários preestabelecidos, mas que aconteçam de forma natural, de acordo com a saúde que o filho tem dos pais e vice-versa.

A guarda compartilhada, prevista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro será assunto específico do capítulo de encerramento da referida pesquisa.

Entretanto, faz se necessário abordar o que venha ser o instituto denominado guarda e algumas de suas modalidades que será objeto de estudo do capítulo seguinte.

## 2 GUARDA

Abordaremos neste capítulo o que venha ser o instituto da guarda e algumas de suas modalidades.

### 2.1 Conceito

O tema guarda de filhos envolve-se por discussões, seja na doutrina, como na jurisprudência, especialmente por conta das diversas questões advindas da separação ou do divórcio dos pais e no âmbito das quais muitas vezes, acaba a criança por se tornar alvo ou razão utilizada pelos genitores, como um meio de punir o outro, deste modo afasta-se quem deveria ser o motivo maior de preocupação dos mesmos, que é justamente a prole.

Com o desligamento do casal, seja por separação judicial, divórcio, dissolução da união estável ou em caso que não houve vida comum, mas apenas o nascimento de um filho, a autoridade parental não se extingue, seu exercício conjunto pelos pais sofre alterações práticas, pois geralmente é a partir da ruptura da sociedade conjugal que surge a situação da guarda.

Segundo Silva (1990, p. 365-365 *apud* Akel 2008, p. 73) <sup>8</sup> a palavra guarda deriva do alemão *Wargen* que significa guarda, espera de que proveio o inglês *Warden* (guarda) e do francês *garde*, entende-se sentido, vigilância, proteção, observância ou administração.

O instituto da guarda relaciona-se diretamente com o poder familiar, conforme se vê pelos artigos 1.634, II do Código Civil Brasileiro e 21 e 22 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Silva (2008, p. 40) observa a relação do instituto guarda e o poder familiar da seguinte forma:

---

<sup>8</sup> De Plácido e Silva, 1990, p. 365-366 *In*: Ana Carolina Silveira Akel, **Guarda compartilhada Um avanço para a família**, 2008, p. 73.

a guarda é da natureza do poder familiar, não da sua essência, pois, se transferida a terceiros, não implica a transferência desse. Por ser a guarda atributo do poder familiar e tendo possibilidade de se separar dele, não se exaurindo nem se confundindo o mesmo, pode existir sem ele.

Já o artigo 33 da Lei 8.069/90, nos transmite uma idéia de posse do menor, definindo a guarda como aquela atividade que *in verbis*, obriga à prestação material moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a sua detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

O conceito de guarda surge de um valor mais protegido, que é o bem-estar, a preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado e sustentado, para atingir a maioridade com completa saúde física e mental. Capacitação educacional e entendimento social, de forma a atender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna.

O posicionamento de Viana (1993, p. 38, *apud* Akel 2008, p. 75)<sup>9</sup> entende que:

a guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio familiar, podendo ser confiada a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável sendo possível que convivam pátrio poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro.

Entretanto, entendemos em sentido contrário, pois a guarda é sim um dos atributos do poder familiar, referindo-se à custódia natural, sendo a proteção que é devida aos filhos, por um ou ambos os pais, constituindo um conjunto de deveres e obrigações que se estabelece entre um menor e seu guardião, visando seu desenvolvimento pessoal e sua integração social.

Existe uma ligação entre o poder familiar e a guarda, porém ambos se confundem devido o primeiro ter natureza própria, advindo da necessidade de proteção ao filhos, e

---

<sup>9</sup> Marco Aurélio & Viana, 1993, p. 38 *In*: Ana Carolina Silveira Akel, **Guarda compartilhada um avanço para a família**, 2008, p. 75.

caracteriza-se em um *múnus público*<sup>10</sup>, já o segundo é dele decorrente ou ainda, é um dos elementos que o compõem.

Como um *múnus*, a guarda assume maior importância quando obriga os pais assistirem, criar, e educarem os filhos menores, como assinala o artigo 229 da Constituição Federal Brasileira.

De acordo com a definição de Diniz (1990, p. 444 *apud* Akel 2008, p. 75)<sup>11</sup>:

a guarda constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os juntos a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniência aos interesses dos menores.

Desta forma, completando o conceito citado, guarda é um conjunto de direitos e deveres exercido por algumas pessoas, seja por determinação legal ou judicial de cuidado pessoal que envolve a educação do menor.

Podemos afirmar que a guarda é aquela situação complementar do poder familiar, decidida no âmbito jurídico, por sentença judicial em procedimento regular perante a autoridade judiciária competente.

A guarda define os poderes do guardião e previne a interferência maléfica de terceiros, em relação à criança e ao adolescente, inclusive dos próprios pais. Este instituto vem sofrendo diversas modificações ao longo do tempo, sendo motivo de grandes discussões no direito pátrio, como veremos.

---

<sup>10</sup> *Múnus Público* – uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo. Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, 2006, p. 529.

<sup>11</sup> Maria Helena Diniz 1990, p. 444 *In*: Ana Carolina Silveira Akel **Guarda compartilhada um avanço para a família** 2008, p. 75.

## **2.2 O Instituto da Guarda no Direito Pátrio**

Inicialmente este instituto se fez presente no Decreto nº 181, de 1890, artigo 90, que disciplinam o destino dos filhos de pais que não conviviam, sendo que a prole deveria ficar com cônjuge inocente, restando ao cônjuge culpado concorrer para a educação da mesma.

No Código Civil Brasileiro de 1916, observava-se que em caso de separação amigável a guarda dos menores dependerá do acordo entre os cônjuges, porém, na separação litigiosa, seria levada em conta a culpa de um ou de ambos os cônjuges, pela dissolução da sociedade conjugal, pelo sexo e pela idade do menor.

Entretanto, o Decreto-lei nº 3.200 de 1941, artigo 16, estipulava que o menor ficaria com o genitor reconhecente e, se ambos o fossem, ficaria sob o poder do pai, exceto se o juiz entendesse de forma distinta, considerando o interesse do menor.

A Lei nº 4.121 de 1962 – Estatuto da Mulher Casada determinava que na separação litigiosa, a guarda seria exercida pelo cônjuge inocente, se ambos fossem culpados, esta então seria confiada à mãe, exceto entendimento contrário do juiz, caso a guarda não pudesse ser deferida a nenhum dos genitores, o juiz poderia conferi-la a uma pessoa idônea da família de qualquer dos genitores, assegurando a estes o direito de visitas.

Em 1977, a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515) estabelecia que nas separações consensuais observaria se acordo entre os cônjuges em relação a guarda, porém nas litigiosas, o destino dos filhos menores obedeceria às peculiaridades de cada uma das dissoluções existentes.

Diante das diversas modificações legislativas sobre guarda, a Constituição Federal de 1988, demonstrou a relevância do instituto, no artigo 227, que refere-se ao direito de convivência familiar.

Com promulgação da Lei n° 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltou-se a prioridade da família biológica de ter o menor consigo, devendo somente ser colocado em família substituta se impossível e inviável a permanência com seus genitores.

O atual Código Civil Brasileiro, Lei n ° 10.406 de 2002, destaca a guarda como uma composição de direitos e deveres advindos do casamento ou união estável, que impõe respeito pelos cônjuges ou companheiros ao interesse da prole, sendo, o instituto ligado ao poder familiar.

Sendo assim, as modificações no direito pátrio, não finalizou as controvérsias entre os genitores, pois a regulamentação da guarda e visitas dos filhos, ainda é uma das questões mais delicadas e debatidas nas Varas de Família, exigindo do envolvidos uma certa cautela, prudência e maturidade pessoal.

O instituto da guarda pode apresentar-se em modalidades distintas, conforme será analisado destacando-se a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

## **2.3 Modalidades de Guarda**

Com o vínculo matrimonial ou não, mas em decorrência da maternidade e paternidade surge o primeiro modelo de guarda, denominado guarda comum ou originária, o qual não é judicial e sim natural, sendo que ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes e deveres inerentes ao poder familiar.

Segundo Simão (2005, p. 39) “A leitura atual conferida ao poder familiar representa, doravante, um poder-dever, um respeito à dignidade e aos direitos da personalidade dos filhos e deve ser exercido regularmente por ambos os pais”.

Porém, com ruptura do vínculo seja conjugal ou não em que não haja consenso sobre o destino dos filhos, isto é, a guarda da prole, surge então, a guarda judicial que será deferida pelo juiz, visando sempre atender os interesses dos menores.

Diante do processo de guarda, ou seja, a disputa pela guarda do menor o juiz antes de decidir o mérito da ação, determinará a guarda provisória para um dos genitores, sendo uma situação temporária, a guarda definitiva ocorrerá quando for julgado o mérito da ação.

Desta forma, a guarda definitiva adotará uma modalidade, dentre as quais se pode destacar a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada.

Na guarda exclusiva, um dos genitores será nomeado guardião, tendo constantemente o filho em sua companhia, restando ao outro o direito de visitas e o dever de assistência.

A guarda unilateral é adotada frequentemente nos tribunais, tornando em muitos casos, a regra, sendo que geralmente, a guarda dos filhos é concedida à mãe, entendendo que ela teria mais tempo disponível para se dedicar aos filhos e condição de criá-los com muito mais afeto e carinho devido ao seu instinto maternal. Cabendo ao pai, o papel de fiscalização, visitação e prestação de alimentos, afastando-o, assim da convivência e criação diária dos filhos.

Sobre esta modalidade, Nazareth (2005, p. 93) faz a seguinte observação.

Elegendo somente um dos genitores como aquele que deve ter o direito-dever de desfrutar maior proximidade com as crianças, atribuindo-lhe a guarda, é onerar e sobrecarregar o guardião com toda a responsabilidade que a maternidade, ou a paternidade requer, e é penalizar o não-guardião com a perda da intimidade com seus filhos. Em relação aos filhos, há diminuição drástica, dramática e injusta da convivência com o não-guardião.

Sendo assim, havendo o desmembramento do casal, a tendência da família é desunir-se a cada dia, pois, normalmente, fixa-se a guarda unilateral que acaba afastando os menores do genitor que detém o direito de visitas.

Porém, quando o juiz adota a modalidade de guarda alternada, está possibilitando a cada um dos genitores a guarda dos filhos de forma alternada, ou seja, será determinado um período em que o menor ficará em cada domicílio, período este que pode ser de uma semana, um mês, um ano, etc., sendo que os direitos-deveres inerentes da guarda permanecerá com o

genitor que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não-guardião de forma alternada.

Ocorre que, cada um dos pais será guardião dos filhos durante o prazo acordado, restando ao outro, o direito de visitá-los, esta forma de guarda proporciona a descontinuidade na relação entre pais e filhos.

A guarda alternada atende apenas aos interesses dos genitores que pretendem ter o filho sob sua companhia, e não às reais necessidades da prole, não parece saudável criar uma situação que impede que as crianças criem laços afetivos e emocionais com seus pais, sendo que quando se adaptam à convivência com um dos genitores, a guarda é transferida ao outro.

Conforme Akel (2005, p. 94) a guarda alternada não promove o bem estar nos filhos.

A alternativa promove total quebra da rotina e dos hábitos educativos da criança, não sendo fixado um lar para o menor que terá que se dividir em duas casas, ou seja, em dois lares, propiciando assim uma instabilidade emocional que será consolidada com as constantes idas e vindas, chegadas e despedidas de um e outro genitor.

Percebe-se que a guarda alternada prejudica o menor na formação de sua personalidade, valores e padrões, pois impede a consolidação dos hábitos diários, da própria rotina existente nos ambientes familiares, comprometendo a vida e o desenvolvimento da prole.

A jurisprudência critica essa modalidade de guarda considerando prejudicial à formação da personalidade dos filhos. Segundo Liberati (2006, p. 33):

Menor – guarda – Pais separados – Custódia alternada semanalmente – Inconveniência – Permanência sob a guarda da mãe – Direito de visita do pai. Ementa oficial: É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais separados, durante a semana, alternadamente; se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos principalmente durante a infância devem ficar com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as despesas dentro do princípio

necessidade-possibilidade, o direito de visita. (TJ-MG – 5º Câmara Civil – AC nº 48.974-0 relator e desembargador Campos Oliveira).

O estabelecimento da guarda alternada cria uma relação incerta tanto em relação aos filhos, como para os próprios pais, que poderá acarretar em inúmeros desacordos, o que é minimizado no exercício da guarda compartilhada, na qual existe uma efetiva participação de ambos os pais, que opinam igualmente na educação e orientação dos filhos.

A guarda compartilhada tem como escopo a manutenção e a reorganização das relações entre os pais e os filhos na ocorrência da separação, quando momentos difíceis são vivenciados entre todos.

Essa modalidade em que ambos os genitores exercem simultaneamente seus direitos e deveres, será objeto de estudo mais aprofundado no próximo capítulo destacando a importância da guarda compartilhada, observando suas vantagens e desvantagens.

### **3 GUARDA COMPARTILHADA**

A guarda compartilhada reforça a importância da participação dos pais na vida de seus filhos. Desta feita, neste capítulo trataremos da importância da guarda compartilhada, ressaltando suas vantagens e desvantagens.

A moderna visão da autoridade parental aos pais mais deveres do que poderes, exigindo que ambos os genitores se façam presentes na vida conjugal de seus filhos após a ruptura conjugal.

Como observa Ramos (2005, p. 103) que:

não é suficiente pagar a pensão alimentícia e fiscalizar, ao longe, a criação e educação dada ao filho pelo outro genitor, se faz necessário o convívio, interação, troca de experiências, atenção e responsabilidade por ter trazido ao mundo um ser humano que não pediu para nascer. Os pais são responsáveis pela formação de seus filhos, e até mesmo por seus atos ilícitos, sendo assim, não basta à educação formal, é preciso que o filho seja educado para viver em sociedade aprendendo a respeitar o próximo, sendo repreendido quando necessário.

Os filhos não nascem educados é imprescindível, a participação dos pais neste processo, cabendo-lhes a formação do caráter, a transmissão de bons princípios, pois o exemplo dos pais desempenha um papel importante na formação psíquica da prole.

#### **3.1 A Importância da Guarda Compartilhada**

A atribuição da guarda após a separação é um ato de valor incalculável na vida dos filhos, que devem ser considerados como sujeitos de Direito, tanto quanto os pais, pois o interesse da prole deve ser primordialmente considerado em uma decisão legal que a envolva.

Assim, o convívio, a igualdade e o melhor interesse da criança são as notas essenciais do instituto guarda compartilhada.

### **3.1.1 O Convívio**

É árdua a tarefa de estipular com certeza quem é a pessoa mais indicada para deter a guarda, sabemos que os filhos necessitam da mãe e do pai para ter um desenvolvimento sadio, porém, fazem-se ainda constantemente atribuições de guarda uni parental, em geral à mulher e estipulam visitas ao pai impossibilitando a convivência adequada e suficiente para o desempenho das funções paternas.

A atribuição da guarda exclusiva, em geral a mulher transforma a figura dos pais: o pai pouco presente, com raro ou nenhum envolvimento com a vida dos filhos, e a mãe sobrecarregada com tarefas de complementar o orçamento familiar e cuidar da casa e das crianças, torna-se menos disponível para estar com elas.

Segundo Ramos (2005, p. 109) percebe-se que:

a dor pelo distanciamento dos filhos é sentida pelo não guardião, independentemente de ser ele o pai ou mãe, percebe-se que compartilhar a guarda significa partilhar em conjunto a educação e criação da prole, sob os aspectos de assistência material, moral e de convivência desta forma é uma co-responsabilidade e co-participação real na vida dos filhos.

Acreditamos que não existem mães e pais perfeitos, mas mães e pais presentes e ausentes e, certamente, sempre é melhor que estejam presentes na vida de seus filhos.

Sendo assim, os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, o fato de viverem estes separados não podem retirar da criança esse direito, causando-lhes traumas, sofrimentos e angústias pela espera e pela incerteza da companhia daquele que é o responsável por sua existência em um certo fim de semana.

A esse respeito, destacamos as palavras de Akel (2008, p. 105):

independentemente da situação existente entre os progenitores, a relação entre pais e filhos deverá ser contínua e perpétua, não se admitindo qualquer tipo de limitação em virtude de problemas puramente conjugais.

A guarda compartilhada revela um poder de conseguir que os pais sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, valorizando o papel parental de ambos com igualdade, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável para o bem estar dos filhos.

É de suma importância para crianças e adolescentes o amor e o carinho de seus pais e a presença destes no seu crescimento. Como salienta Ramos (2005, p. 98) que é:

através do convívio os laços de afeto são sedimentados. O amor parental não aflora dos puros laços biológicos, mas é um fenômeno espiritual, social e cultural, que se constrói no afeto cultivado dia-a-dia pelos cuidados inerentes à maternidade e paternidade.

Desta feita, a nova modalidade de guarda permite que a prole vivam e convivam em estreita relação com seus genitores, havendo a co-participação em igualdade de direitos e deveres, sendo uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem-estar dos filhos.

### 3.1.2 O Princípio da Igualdade

A família precede à própria organização jurídica da vida em sociedade, é considerada a célula *mater*<sup>12</sup> de uma nação, possui regras do direito natural, resultante do instituto de preservação e perpetuação da espécie humana.

Com o desenvolvimento da sociedade, houve modificações em relação à família, pois o modelo tradicional da entidade familiar, aquela que atribuía a chefia à figura do homem, foi superado pela concepção contemporânea das relações familiares, extinguindo o individualismo masculino que promovia a desigualdade entre os membros da família.

A situação da mulher era de total dependência em relação ao seu pai enquanto solteira e, ao casar-se, ao marido. No decorrer dos anos, os movimentos feministas ganharam força, fazendo com que o legislador vencesse as barreiras, concedendo à mulher um papel relevante na sociedade, com maior influência na relação conjugal.

Sendo assim, a mulher teve sua primeira conquista com o advento da Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, denominada de Estatuto da Mulher Casada, a mulher passou a deter direitos sobre os bens reservados, ou seja, aqueles adquiridos com fruto de seu exclusivo trabalho, bem como não mais perdia o pátrio poder<sup>13</sup> do leito anterior em relação aos filhos se, separada, voltasse a casar-se.

O grande marco legislativo da alteração da concepção da família foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, que estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, em seu artigo 5º, inciso I, e reconheceu em seu artigo 225 § 5º que os direitos e deveres referentes à sociedade familiar são exercidos por ambos, de forma conjunta e igualitária.

---

<sup>12</sup> *Mater* – referente a maternidade, mãe, principal In: Rodrigues Nunes. **Dicionário Jurídico RG – Fênix**. 2000, p. 330.

<sup>13</sup> *Pátrio Poder* – expressão utilizada no Código Civil Brasileiro de 1916, que significa, conjunto de deveres e direitos dos pais com relação aos filhos. Sérgio Sérulo da Cunha. **Dicionário Compacto do Direito**. 2003, p. 183.

Contudo, ficou estabelecido no texto constitucional e confirmado pela legislação infraconstitucional posterior como preceitua artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente que *in verbis*: o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judicial competente para a solução de divergência.

A legislação civil em vigor também tem, como tônica principal, a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, como previsto no artigo 1567 do Código Civil Brasileiro, estabelecendo que compete a ambos a direção da sociedade conjugal, em mútua colaboração e, sempre, no interesse do casal e dos filhos.

Optou o legislador pela responsabilidade compartilhada do casal, uma vez que ambos os cônjuges devem contribuir para o destino da família, dotados de idêntica importância na condução do lar conjugal.

Assim, o exercício da autoridade parental é igualitária e conjunta dos pais, sejam estes um casal ou não, se têm bom relacionamento, isto não pode prejudicar, nem minimizar os direitos dos filhos para com seus pais, nem tão pouco restringir a relação de convivência e afeto entre os mesmos.

De acordo com Ramos (2005, p. 106) entende-se que:

Não é, nenhum absurdo jurídico que o novo direito de família tenha estabelecido, em matéria de exercício da autoridade parental, uma direção diárquica do poder familiar, de modo que ambos os pais, casados ou não, juntos ou separados, devam somar-se e tolerar-se para a educação do filho, respeitando-se e concentrando os seus esforços para proporcionar bem estar à criança.

A autoridade parental como poder-sujeição torna-se inadmissível na visão humanista da família, no qual os aspectos de afetividade, solidariedade, compreensão mútua e participação entre todos os membros da sociedade familiar.

Desta forma, os filhos não podem ser vistos como objetos ou sujeitos passivos, mas como destinatários principais da relação, da qual também participam e interagem, inclusive emitindo opinião, observando a maturidade dos mesmos.

Por outro lado, os genitores, dado o princípio da igualdade, estão em posições equivalentes para o exercício da autoridade parental, e devem somar-se para a realização do filho.

De fato, para que haja o efetivo exercício da parentalidade em igual condição, bem como minimizar a angústia daqueles que sofrem com o desenlace da união, conscientizando os pais de que o importante é que prevaleçam os interesses dos filhos sobre os conflitos conjugais.

### **3.1.3 O Princípio do Melhor Interesse da Criança**

A família é consagrada à primeira comunidade educativa, conferindo aos pais o dever de educação e responsabilidade em relação aos filhos.

Os pais devem proporcionar a realização de todas as necessidades dos menores, tornando-os aptos para conviver individualmente em sociedade, de forma construtiva e saudável.

Nesse intuito, os filhos enquanto dependentes devem permanecer submetidos ao controle dos pais que, por sua vez, têm a obrigação de agir de acordo com os interesses dos menores.

O artigo 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988 preceitua que *in verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O princípio do melhor interesse da criança apresentou-se de forma expressa na Declaração de Genebra em 1924, que proclamou à criança uma proteção especial.

Já na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948 destacou-se o direito a cuidados e assistência especiais.

E na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959 determinou-se que a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade.

Porém, este princípio só foi confirmado através da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil através do Decreto n° 99.710/90, que dispõe, em seu artigo 31 *in verbis*<sup>14</sup>: “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

Ao promulgar leis com esta finalidade, a consideração fundamental a que se atenderá será sempre o interesse superior da criança.

Diante, do divórcio, da separação ou da dissolução de união estável deve-se buscar a conscientização que isto é apenas uma forma de resolver um conflito conjugal, e de que o direito de visitas guarda e alimentos são interesses dos menores.

No escopo de prevalecer sempre os interesses dos menores, ou seja, ser bem estar físico e emocional, os genitores devem saber respeitar seus direitos, quais sejam: as visitas e os alimentos.

---

<sup>14</sup> Decreto n° 99.710/90 de 21 de novembro de 1990 – **Ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccvil.03/decreto/1990/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil.03/decreto/1990/D99710.htm). Acesso em 10 de setembro de 2008.

Os pais apesar de não viverem mais juntos, devem continuar e demonstrar que estão unidos no que diz respeito aos interesses e bem estar dos filhos.

O princípio do melhor interesse da criança, como principal fundamento das decisões envolvendo guarda ou adoção de menores, exige a análise do comportamento dos pais pelos operadores do direito. A transmissão de bons valores, o estímulo do convívio familiar com os pais, avós, irmãos e demais parentes, no respeito à figura parental do outro genitor, no cuidado e disponibilidade afetiva, são elementos a serem considerados para a definição da guarda.

Assim destaca Akel (2008, p. 67) que:

É importante que os genitores tenham consciência do seu papel de educadores, de exemplo para o filho e da necessidade de estar presente e ainda respeitar a convivência familiar do filho com seus demais parentes como estímulo para o afeto entre eles. Com base nessas diretrizes é que se deve desenvolver o estudo da relação de guarda entre pais e filhos, de forma a adequar sua fixação aos superiores interesses das crianças.

Essa nova modalidade de guarda, a guarda compartilhada, promove uma inédita conotação ao instituto do poder familiar, anteriormente relacionada à idéia de poder, veiculando a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do próprio convívio familiar.

A partir desse conceito de custódia, retira-se do instituto guarda a pejorativa conotação de posse, privilegiando a realidade de compartilhar de dividir, sempre voltada, para supremacia do interesse do menor.

O exercício compartilhado da guarda aponta entre outras vantagens, a preservação dos vínculos afetivos, pois o que se rompe é a conjugalidade, e nunca a parentalidade.

### **3.2 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada**

Quando se fala em guarda compartilhada, muitos são os que questionam, geralmente, como os filhos podem ser criados por ambos os pais quando estes não são mais casados.

Tal modalidade de guarda tem sido considerada como uma opção que acarreta menos desgaste ao relacionamento entre pais e filhos do que a guarda exclusiva. Busca-se, pois, na guarda compartilhada, uma divisão mais equilibrada do tempo que cada genitor passa com o filho, garantindo-se também a participação dos dois genitores na educação da prole.

O ponto principal da guarda compartilhada se deve o fato de que este modelo estabelece uma relação continuada entre os genitores e a prole que, na maioria das vezes, se finda de forma considerável com a separação, o divórcio ou dissolução da união estável.

Sendo assim, a guarda compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que normalmente causa muita angústia e desgaste emocional em virtude do receio de magoar o genitor não escolhido, possibilitando o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e à união estável, a saber, a guarda, o sustento e a educação dos filhos.

De fato, mediante este modelo, os sentimentos de culpa e fracasso do genitor não-guardião, pela ausência de cuidados em relação aos filhos, soa amenizados de forma significativa.

A adoção do exercício conjunto da guarda facilita a solução de diversos problemas decorrentes da responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores, pois em razão do dever de educação e vigilância em relação aos filhos menores, presume-se que os danos por eles causados sejam atribuídos aos pais, os responsáveis e representantes dos menores, contudo, a guarda jurídica é o elemento definidor da responsabilidade, isto é, aquele que detém a guarda, o genitor guardião responderá pelos atos ilícitos da prole.

A esse respeito Akel (2008, p. 107) esclarece que:

quando os genitores, compartilham a guarda, tornam-se responsáveis solidários pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos menores, mesmo que a guarda material permaneça apenas com um dos genitores, dessa forma, evita o conflito que a guarda alternada pode estabelecer entre eles, devido que neste modelo, o responsável é o genitor que exercia a guarda no momento da infração.

Esse novo exercício de guarda tem outra vantagem é o conseqüente respeito que se estabelece entre os pais, que apesar de não mais conviverem juntos, devem conviver de forma harmônica, para que melhor desempenhem o poder familiar, com a finalidade de tomar as melhores decisões sobre a vida dos filhos.

Segundo o posicionamento de Akel (2008, p. 108), a guarda compartilhada transforma a posição do genitor e estimula a convivência dos pais com a prole, pois,

o compartilhamento da guarda modifica a posição do genitor frente à prole, porque, o mero visitante volta a ser efetivamente um dos pais, situação de grande relevância para o desenvolvimento dos vínculos afetivos na relação paterno-filial, a convivência com ambos os pais é essencial para o bom desempenho dos filhos menores, beneficia as crianças na medida em que estas reconhecem que os pais estão envolvidos realmente em sua criação.

Estabelecida a cooperação entre os genitores após a dissolução do vínculo conjugal cria-se uma esfera de segurança e proteção em torno da prole, que só tem a contribuir para seu saudável desenvolvimento.

Observa-se, ainda, que o menor não fica privado da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores, convivência esta que, além de necessária para o bom desenvolvimento do menor, é saudável.

Para se estabelecer a guarda compartilhada é fundamental que, além de haver respeito recíproco entre os genitores, estes devem residir próximos a seus filhos, caso contrário, não será possível efetiva convivência.

Nesse sentido, a jurisprudência posiciona-se da seguinte forma<sup>15</sup>:

Civil. Direito de Família. Guarda Compartilhada. Genitor residente de outro país. Interesses do menor. 1. Inviabilizada a guarda compartilhada na hipótese do genitor residir em outro país, eis que não ocorreria efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento do filho. 2. Encontrando-se o menor perfeitamente ajustado em seu modo de vida, mantendo bom relacionamento com a genitora e recebendo educação adequada, incabível a transferência da guarda para outro genitor.

A fixação da guarda compartilhada apresenta inúmeras vantagens aos filhos, entretanto, há opiniões divergentes, o que é compreensível, pois todo plano de cuidado parental acompanha problemas sensíveis.

Para a concretização da guarda compartilhada se faz necessário que entre os genitores haja cooperação, não sendo viável esta modalidade, quando os pais vivem em constantes discussões, pois tais comportamentos contaminam a educação dos filhos, e nesta hipótese, o compartilhamento da guarda pode ser desastroso, conforme orientação jurisprudencial<sup>16</sup>:

Guarda Compartilhada. Só é recomendada a adoção deste modelo quando os pais convivem em perfeita harmonia e livre é a movimentação do filho entre as duas residências. O estado de beligerância entre os genitores não permite a imposição judicial de que seja adotada a guarda compartilhada. Apelo do autor improvido e acolhido o recurso da ré.

Desta feita, nas famílias que há desavenças e desrespeito, que inviabilizar a convivência entre os genitores, deve-se optar pela guarda exclusiva.

---

<sup>15</sup> Ana Carolina Silveira Akel. **Um avanço para a família**, 2008, p. 109 *In*: Apelação Civil nº 20000110948395 APC, TJDFT, 1ª T. Civ. Relator. Des. Valter Xavier, DJU 13-11-2002.

<sup>16</sup> Ana Carolina Silveira Akel. **Um avanço para a família**, 2008, p. 110 *In*: Apelação Civil nº 70001021534, TJRS, 7ª T. Civ. Relator. Des. Maria Berenice Dias, j. 21-06-2000.

Desaconselha-se a guarda compartilhada, de acordo com a faixa etária da prole, devido este ser fator determinante para a fixação da guarda, exemplo disso, é que até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto 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.

De fato, para o exercício da guarda conjunta é necessário pressuposto de uma residência fixa, única e não alternada, ou seja, o menor reside num lar determinado, que lhe gera estabilidade, a qual é estabelecida, desde logo, pelos genitores, a residência habitual da prole, que será o ponto de referência para os filhos cumprirem suas obrigações e receberem o que lhes é de direito.

Quando os pais privilegiam a continuidade de suas relações com as crianças e as protegem de seus conflitos conjugais, há enormes vantagens em atribuir efeitos jurídicos a essa cooperação parental, como estímulo ao entusiasmo de compartilhar direitos e responsabilidades na proteção e educação dos menores.

Desta forma, o próximo capítulo abordará a fundamentação legal, dessa nova modalidade de guarda adotada, recentemente pelo Código Civil Brasileiro.

## **4 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA**

Neste último capítulo esclarecemos as alterações ocorridas no Código Civil Brasileiro de 2002, em seus arts. 1583 e 1584, modificações introduzidas pela Lei nº 11.689, de 13 de junho de 2008.

A dissolução dos vínculos afetivos não leva à cessação nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. A ruptura acontece em relação aos laços conjugais e, não entre os vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada deve se afetar pela separação dos genitores.

O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar, pois garante-lhes pais igualmente engajados no atendimento de seus deveres.

A nova normatização legal veio regulamentar o instituto que, já há algum tempo, fazia parte do cenário jurídico nacional, com alguma aceitação por nossos Tribunais.

Entretanto, admite-se que ainda havia acentuada resistência de juízes e de alguns tribunais na sua concretização, devido tratar-se de tema sensível e sendo a lei lacunosa, predominava a insegurança, motivando a não aplicação da guarda compartilhada.

### **4.1 Inovações da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**

A Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 modifica as disposições do Código Civil de 2002 que, cuidando da proteção dos filhos, indicava que se deveria, por ocasião da extinção do vínculo entre os cônjuges, respeitar o que houvessem acordado sobre a guarda da prole e, na falta deste acordo, atribuí-la a quem revelasse melhores condições para exercê-la.

Nesse sentido passou a admitir, de forma expressa, duas distintas modalidades de guarda inovando a sistemática até então regulada quando se refere à guarda unilateral e à guarda compartilhada.

Com o objetivo de tornar claro o conteúdo de cada uma das espécies de guarda, o legislador as definiu de forma bem distinta, sendo que como guarda unilateral aquela atribuída a um só dos genitores a alguém que o substitua, já quanto à guarda compartilhada conceitua-se como a que possibilita 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.

De forma oportuna, destacamos as palavras de Silva (2008, p. 98):

a lei define a guarda compartilhada como um sistema de co-responsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.

A alteração legislativa não admite que se empreste à guarda compartilhada equivocada interpretação quanto o seu conteúdo e à sua finalidade.

Nessa modalidade busca-se preservar, em favor dos filhos a manutenção de uma vida normal e regular com o cultivo de atividades cotidianas, bem como com a formação de um círculo de amigos e vizinhos, dentre outros aspectos relevantes à manutenção de uma rotina que se mostre a eles favorável e que venha a contribuir para o desenvolvimento de sua personalidade.

De acordo com Nóbrega (2008, p. 28) compreende-se que, “a guarda compartilhada não se destina a permitir a alternância da guarda de filhos entre os pais, mas tem como objetivo precípua assegurar aos genitores o exercício conjunto da autoridade parental, como se juntos estivessem”.

Já em relação à guarda unilateral, a nova lei preconiza que caso o juiz ao constatar que, por fundado motivo, o filho não deve permanecer sob a guarda de um dos genitores fica

autorizado o magistrado a conceder a guarda a pessoa que revele condição para tanto, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, como prescreve o art. 1.584, § 5º, do Código Civil Brasileiro de 2002.

Há ainda, a orientação sobre a escolha do genitor a quem se confiará a guarda unilateral e o dever de quem não detenha a guarda, de supervisionar os interesses do menor.

Outra inovação refere-se que tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada poderá ser deferida a partir de requerimento com esse fim deduzido consensualmente pelos genitores, ou quanto se tenha, de qualquer deles, postulação nesse sentido, deduzida em ações de separação, divórcio, dissolução de união estável, ou mesmo em feitos de natureza cautelar.

Há possibilidade das referidas modalidades de guarda serem decididas e decretadas de ofício pelo juiz, mediante escolha que tenha em consideração necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Desta forma, embora não satisfaça o que pretendiam os genitores, leva-se em conta o interesse do filho, que não deve ser colocado em segundo plano. É preciso que se tenha cuidado para não acarretar dano à formação do menor, através de uma avaliação equivocada ou distorcida da realidade induzida por elementos ofertados insatisfatoriamente pelos pais.

A lei traz ao juiz a necessidade de que ele evidencie às partes as vantagens da guarda compartilhada, como a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos pais e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, tais esclarecimentos deverão ser feitos na audiência de conciliação, o que não impede que sejam informados por seus advogados.

Se as partes não chegarem a um acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.

Atenta-se para esta alteração no Código Civil Brasileiro, pois o juiz deverá estabelecer sempre o regime da guarda compartilhada, quando não houver consenso entre as partes quanto à guarda dos filhos.

Entretanto, a ressalva é clara: sempre que possível, pois o juiz será cauteloso de não determiná-la se perceber que as partes ainda estão sob o estigma do litígio. Somente os genitores que dispõem de diálogo poderão executá-la a contento, vez que seu requisito essencial é decidirem, de comum acordo, sobre todas as questões que envolvem a vida dos filhos, pois sem diálogo não há como compartilhar a guarda dos filhos.

Conforme salienta Comel (2008)<sup>17</sup>:

A guarda compartilhada não é solução para os casos de incompatibilidade e dissenso intransponível entre os pais. Ela pressupõe, necessariamente, como condição de viabilidade, a existência de pais que preservem algum nível de relacionamento e de entendimento, mesmo não vivendo sob o mesmo teto. Os pais devem, de alguma maneira comungar valores, princípios e conseguir, independentemente da falência da relação pessoal, administrar juntos, com amor, responsabilidade e inteligência, a tarefa de criar e educar os filhos comuns.

Quanto a estipulação de atribuições a serem cumpridas por ambos os pais, assim como a fixação dos períodos de convivência no regime de guarda compartilhada, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, com respaldo de uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogos e assistentes sociais.

Desta feita, o que se pretende é orientar a regulamentação de momentos em que um e outro dos pais terão o filho consigo, porquanto a um deles se deferirá a responsabilidade pela manutenção do menor em sua residência.

Acrescentou-se ainda, a aplicação de sanções no caso de alterações ou descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, sendo que a penalidade prevista é a redução de prerrogativas atribuídas àquele que detém a guarda, com a possibilidade de redução do tempo de convivência com o filho.

Nesse sentido, Groeninga (2008, p. 32) faz a seguinte observação:

---

<sup>17</sup> Denise Damo Comel. **Guarda Compartilhada não é Solução Salomônica**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?revTextoId=633518656>, acesso em março/2008.

A sanção contida na Lei, com relação à diminuição do tempo de convívio com os filhos, não está em sintonia com a atualidade do instituto, uma vez que reacende a competição e representa um retrocesso, por colocar os filhos como prêmio ou alvo indevido de instrumento de punição.

Enfim, a Lei aí está pronta para se integrar ao mundo jurídico e a guarda compartilhada pode ser eleita pelos pais como a preferida para a continuidade das relações parentais, após a ruptura do casal.

Sendo assim, a Lei aponta a igualdade no exercício dos deveres de pai e de mãe, reconhecendo suas diferenças e complementariedade, atende ao direito à convivência que enseja o afeto e o desenvolvimento saudável da personalidade. Atende-se, ainda, para a tutela que o instituto prima, dos direitos da personalidade não só dos filhos, como também dos pais, na liberdade em exercer a parentalidade, ou seja, um recurso e direito da personalidade decorrente do estado de genitor.

Contudo, não mais poderá substituir o argumento judicial da recusa de deferimento da guarda compartilhada, com fundamento na inexistência de lei a respeito, como ocorria anteriormente.

## CONCLUSÃO

O Direito não é algo inerte, muito pelo contrário, é uma ciência que está intimamente ligada às relações humanas, especificamente o Direito de Família, devido as transformações que alteraram a construção, a composição e a conceituação da entidade família.

Atualmente, na família contemporânea busca-se a igualdade entre o homem e a mulher, não há mais lugar para rigidez formal nem para hábitos retrógrados, que maqueiam a igualdade e liberdade dos cônjuges, referentes à sociedade conjugal, mesmo após seu término, dificultando a continuidade das relações entre pais e filhos, pois a conjugalidade deve ser encarada de forma distinta da parentalidade pelos cônjuges.

Após o rompimento das relações conjugais, não há mais a figura do marido e da esposa, porém permanece o pai e a mãe, pessoas insubstituíveis na vida e no desenvolvimento dos filhos.

A aplicabilidade da guarda compartilhada demonstra que apesar do fim da relação conjugal, é possível a continuidade da relação entre filhos e genitores, pois a essência da construção do ser humano está na convivência com outros seres humanos, principalmente com seus genitores.

Recentemente, com aprovação da Lei 11.689 que altera os arts. 1583 e 1584 ambos do Código Civil Brasileiro, institui-se a guarda compartilhada, um modelo de guarda que proclama a igualdade dos genitores em face da formação da prole, que impõe obrigações comuns em relação à educação, desenvolvimento e sustento dos filhos, possibilitando aos mesmos que sejam criados por ambos os pais.

Com a legalização da guarda compartilhada busca-se romper com a visão de muitos operadores do direito, que fundamentava sua resistência a este instituto, afirmando que não havia embasamento legal para tal feito.

Entretanto, tudo que é novo causa suspeita quanto a sua eficiência, sendo compreensível uma certa cautela judicial na aplicabilidade da guarda conjunta, fazendo-se necessário o estudo de cada caso concreto.

A guarda compartilhada busca privilegiar os filhos, e não os pais, tendo como finalidade o melhor desenvolvimento físico e mental da prole, mas valoriza também tanto o papel materno, quanto o paterno, diminuindo a disputa entre os pais que, geralmente causam danos, desgastes físicos e mentais para todos os membros da família, sendo mais prejudicial aos filhos, pois causam-lhes feridas que cicatrizarão, porém jamais serão esquecidas pela prole.

A relação entre pais e filhos mantêm-se de forma mais equilibrada, quando afasta-se o binômio guarda materna/visita paterna, pois a convivência com os pais mediante a guarda conjunta, possibilita uma estabilidade emocional e psicológica dos filhos.

Portanto, acreditamos que a guarda compartilhada, não é modelo ideal de guarda, pois cada caso merece uma análise.

Contudo, é uma modalidade de guarda mais completa, pois privilegia os interesses da prole, ao mesmo tempo que se enquadra nos ditames constitucionais da igualdade entre os pais para a criação e educação dos filhos, bem como atende algo imprescindível nas relações familiares que é a convivência da prole com seus genitores e familiares.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros

APASE – Associação de Pais e Mães Separados (org.). **Guarda Compartilhada – Aspectos psicológicos e Jurídicos**. 1. ed. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005;

AKel, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada – Um Avanço para a Família**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008;

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 5. v. 19. São Paulo: Saraiva, 2004;

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. **Normas da ABNT: Comentadas para Trabalhos Científicos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008;

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 1. ed. São Paulo: Rideed, 2006;

MARCANTONIO, Antônia Terezinha; SANTOS, Martha Maria dos; LEHFELDE, Neide Aparecida de Souza. **Elaboração e Divulgação do Trabalho Científico**. São Paulo: Atlas, 1993;

NAZARTEH, Eliana Riberti. **Guarda Compartilhada e Mediação Familiar**. 1. ed. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005;

NUNES, Rodrigues. **Dicionário Jurídico RG – FÊNIX**. 7. ed. São Paulo: RG Editores, 2000;

RAMOS, Patrícia Pimentel de O. Chambers. **A Moderna Visão da Autoridade Parental**. 1. ed. Porto Alegre Equilíbrio, 2005;

SILVA, Ana Carolina Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2008;

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário Ediouro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999;

### Legislações

EQUIPE ATLAS (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2003;

MORAES, Alexandre de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24. ed. São Paulo:Atlas, 2005;

OLIVEIRA, Juarez de (Org.). **Código Civil Brasileiro de 1916**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos. Publicação da CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço**. 6º ed. Outubro de 2003.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Cristina Vaz dos Santos, CÉSPEDES, Livia (Org.). **Código Civil Brasileiro de 2002**. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

## **Endereços Eletrônicos**

AMARAL, Silvia Maria Mendonça. **Guarda Compartilhada Reafirma a Responsabilidade dos Pais**. Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso em: 03 de março de 2008;

BARRUFFINI, Frederico Liserre. **A Lei nº 11.698/2008 e a Guarda Compartilhada. Primeiras considerações sobre Acertos e Desacertos**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

COMEL, Denize Damo. **Guarda Compartilhada não é Solução Salomônica**. Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso em 08 de março de 2008;

Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1889 - **Tratado que visa à proteção dos menores em todo mundo**. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

Declaração de Genebra de 1924 – **Buscou assegurar os direitos das crianças e adolescentes, sendo o foco principal de discussão entre as nações**. Disponível em <http://www.jus2.uol.com.br>. Acesso em: 20 de setembro de 2008;

Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. **No dia 20 de novembro de 1959 aprovou-se de forma unânime a Declaração dos Direitos da Criança pela Assembléia Geral das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.undime.org.br>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890 – **Dispõe sobre o casamento civil e da outras providências**. Disponível em: <http://www.gf.jus.br>. Acesso em: 25 de novembro de 2008;

Decreto nº 3.200 de 19 abril de 1941 – **Dispõe sobre a Organização e Proteção da Família**. Disponível em: <http://www.geocities.com.br>. Acesso em: 25 de novembro de 2008;

DECRETO 99.710 de 21 de novembro de 1990 – **Dispõe sobre a Ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

DIOGO, Cida. **Entenda o Projeto sobre Guarda Compartilhada aprovado na Câmara**. Disponível em: <http://g1.globo.com/noticias/Brasil>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

GOBI, Shaunem Mattar. **Plausibilidade da Guarda Compartilhada Face ao Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso em: 12 de maio de 2008;

GOMES, Daniela de Mendonça Tapajós. **Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso em: 10 de maio de 2008;

Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 – **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Disponível em: <http://www.dji.com.br>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008 – Altera os arts. 1583 e 1584 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – **Código Civil Brasileiro, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 10 de setembro de 2008;

PEREIRA, Clovis Brasil. **A Guarda Compartilhada um ato de amor**. Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso em: 08 de março de 2008;

## Revistas

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada – Uma solução para os novos Tempos**. **Revista Jurídica Consulex. Guarda compartilhada**. Inovações da Lei nº 11.689/08. Ano XII, n. 275, p. 26-27, jun. 2008;

NOBREGA, Airton Rocha. **Da Guarda de Filhos Unilateral e Compartilhada – Inovações da Lei nº 11.698/08**. **Revista Jurídica consulex. Guarda Compartilhada – Inovações da Lei nº 11.698/08**. Ano XII, n. 275, p. 28-30, jun. 2008;

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada - Considerações Interdisciplinares**. **Revista Jurídica Consulex. Guarda Compartilhada – Inovações da lei nº 11.698/08**. Ano XII, n. 275, p. 31-33, jun. 2008.

