

Ludimila Silva Gondim<sup>1</sup>Vânia Vaz Barbosa Cela<sup>2</sup>

## **GUARDA COMPARTILHADA: UM INSTRUMENTO EFETIVADOR DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

### **RESUMO**

O presente trabalho visa analisar o instituto da guarda compartilhada, explorando seus aspectos jurídicos e sociais, bem como suas consequências para o infante e sua família, tema este que merece atenção, tendo em vista as discussões que giram em torno da situação dos filhos do casal, quando do rompimento do vínculo conjugal. Consiste tal instituto em dar aos pais a possibilidade de guarda conjunta, participando ambos, de maneira ativa, na vida de seus filhos, visando sempre atingir o melhor interesse da criança e do adolescente. Com o escopo de esclarecer e demonstrar que nos casos de separação a aplicação da guarda compartilhada apresenta-se como solução mais coerente e capaz de dar eficiência aos direitos das crianças e dos adolescentes, norteados constitucionalmente pelo princípio da prioridade absoluta, será realizada uma análise dialógica acerca das mudanças sociais e sua influência na nova concepção jurídica sobre o poder familiar. Abordar-se-á também as várias modalidades de guarda e seus efeitos. O estudo se desenvolverá a partir da análise do posicionamento jurisprudencial e doutrinário referentes ao tema, à luz do ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Direitos da Criança e do Adolescente. Poder Familiar.

### **ABSTRACT**

The present study aims to analyze the institute of shared custody, exploring its legal and social aspects, as well as its consequences to the infant and his family, issue that deserves attention, in view of the discussions that refer to the situation of the couple's children, when there's the marital breakup. The institute refers to give the parents the possibility of joint custody, participating both, in an active way, of their children's lives, in order to always reach

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.  
E-mail: [mila\\_667@hotmail.com](mailto:mila_667@hotmail.com)

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.  
E-mail: [vaniavaz@unirn.edu.br](mailto:vaniavaz@unirn.edu.br)

the best interest of the kid e the adolescent. With the purpose of clarify and demonstrate that in cases of divorce the application of shared custody becomes the most coherent solution and capable to be efficient to the children and adolescents, constitutionally guided by the principle of absolute priority, it will be accomplished a dialogical analysis concerning to social changes and its influence in the new legal conception about the family power. It will be approached, still, the many types of custody and its effects. The study will be developed from the analysis of the pronunciation of jurisprudence and doctrine related to the theme, in light of the present legal.

Keywords: Shared custody. Rights of Children and adolescents. Family power.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, um dos primeiros questionamentos é: com quem ficará os filhos?

A guarda dos filhos menores é assunto bastante delicado, que deve ser tratado com bastante cautela, visando causar o menor impacto possível na criança e no adolescente, os quais já sofrem deveras com a separação dos pais.

A guarda é elemento do poder familiar, o qual, por muito tempo foi denominado de pátrio poder, pregando a ideia de que somente o pai exercia poder sobre o filho, não existindo a figura materna, não se falando em pai e mãe. No entanto, com as mudanças operadas na sociedade, tais como a inserção da mulher no mercado de trabalho, alcançando cada vez mais sua independência, bem como a igualdade conferida aos gêneros pela Constituição Federal de 1988, a responsabilidade sobre os filhos passou a recair sobre ambos.

Além disso, a atenção que passou a ser dada ao infante, dada a sua condição de ser frágil, imaturo, em desenvolvimento, o elevando a condição de sujeito de direitos, mostrou que nem sempre a determinação da guarda em favor da mãe era o melhor a atingir os interesses da criança, além de a experiência ter mostrado que a presença de ambos os genitores na vida do infante é de extrema importância para seu desenvolvimento pleno.

Todas essas mudanças acabaram por trazer ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de guarda: a guarda compartilhada, a qual será objeto do presente trabalho.

A primeira seção será dedica ao estudo do poder familiar, importante para a ideal compreensão do tema debatido, haja vista possuir relação direta; momento em que será exposto seu conceito, bem como a sua evolução desde seu surgimento até os dias atuais.

Na segunda seção, por sua vez, será analisado o instituto da guarda dos filhos quando da dissolução da sociedade conjugal, desde o surgimento da primeira regulamentação até o atual disciplinamento dado pelo Código Civil/02, além de expor e conceituar as várias modalidades de guarda existentes.

Por fim, será dedicada a seção final a análise da guarda compartilhada, explorando seus aspectos jurídicos e sociais, suas consequências para o infante e sua família, bem como a exposição do atual entendimento dos tribunais pátrios a respeito da aplicação do instituto.

A partir do presente trabalho, se visa demonstrar a importância do instituto da guarda compartilhada como instrumento efetivador dos direitos da criança e do adolescente, o que será realizado com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. DO PODER FAMILIAR**

Antes de adentrarmos na análise do instituto da guarda compartilhada sob a luz ordenamento jurídico vigente, mister se faz expor alguns pontos importantes a respeito do poder familiar, o qual possui estreita relação com o tema proposto.

Dispõe o Código Civil de 2002 em seu art. 1.630: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”.

Conforme o disciplinamento do dispositivo acima colacionado, tem-se que todos os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, ou seja, não existe distinção, não importando se havidos no casamento ou fora dele, adotados ou não, em consagração ao princípio da igualdade entre os filhos, salvaguardado pela Constituição Federal em seu art. 227, § 6º, bem como pelo art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em relação aos filhos, do poder familiar decorre o dever de obediência e respeito aos seus genitores, enquanto em relação a estes um conjunto de direitos e deveres em relação àqueles, nos termos do art. 1.634 do CC.

Importante ressaltar que o poder familiar decorre da filiação, não do vínculo matrimonial, ou seja, mesmo ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, pai e mãe deverão continuar exercendo seus direitos e deveres em relação a prole, valendo tal disciplinamento para os casos de dissolução da união estável, conforme preconiza o art. 1632 do CC/02.

Mas o que viria a ser poder familiar? A professora Diniz (2008, p. 537) conceitua o instituto nos seguintes termos:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Com propriedade, Pereira, citado por Grisard Filho (2009, p. 33) expõe sua ideia sobre o poder familiar:

No decurso da menoridade fallece ao ente humano a capacidade indispensável para prover às suas necessidades e reger sua pessoa e bens. É mister que alguém tome o infante sob sua proteção, que o alimente, que cultive os germens que lhe no espírito; que em uma palavra, o eduque, e zele e defenda seus interesses. Esta nobre missão a natureza confiou-a ao pai e à mãe. Pressupõe elle tanto em um como em outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama *pátrio poder*. (sic) (grifo do autor)

Da análise dos conceitos expostos temos que poder familiar é um instituto natural a figura dos genitores, a eles inerente, o qual concede aqueles, em igualdade de condições, o poder-dever de ter sob sua responsabilidade e cuidado a pessoa e os bens de seus filhos, já que estes, na qualidade de indivíduos em desenvolvimento, não possuem capacidade de reger suas vidas sozinhos.

Ocorre que a ideia que se tem hodiernamente de poder familiar, como sendo um conjunto de direitos e deveres concedidos aos pais, em igualdade, para prover o desenvolvimento físico, psicológico, social e cultural de sua prole, não é a mesma que se tinha em tempos passados, é sim, resultado da evolução do termo pátrio poder, em razão do surgimento de novos conceitos jurídicos, bem como das modificações operadas na sociedade, o que veio a refletir no ordenamento jurídico, como forma de se adequar a nova conjuntura social, característica inerente ao caráter dinâmico do direito.

Cumprе observar primeiramente a nomenclatura que era dada ao instituto em comento, antes denominado *pátrio poder*. Tal denominação se originou no direito antigo e estava relacionada com a figura do *pater*, o chefe da família, a quem todos estavam submetidos e deviam obediência, o qual regia as relações familiares sob o princípio da autoridade,

autoridade essa que não tinha limites, tendo o pai direito, inclusive, sobre a vida e a morte de seus filhos. (GRISARD FILHO, 2009)

Durante a Idade Média o conceito de pátrio poder tomou nova forma, tornando-se mais brando, caminhando até a Idade Moderna. ( VENOSA, 2005)

Nas palavras de Venosa (2005, p. 335):

De qualquer modo, noção romana, ainda que mitigada, chega a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito Português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história.

Como podemos perceber, no Brasil, a influência da sociedade rural foi muito marcante, o que estimulou a conservação do poder patriarcal, onde a figura paterna era o gestor das vidas de todos os componentes do seio familiar, enquanto a mãe era posta em segundo plano, cabendo somente àquele as decisões concernentes a prole.

Tal ideia influenciou sobremaneira a redação do Código Civil de 1916, conforme podemos verificar em seu art. 380, o qual concedia somente ao pai, chefe do núcleo familiar, o exercício do pátrio poder, cabendo à figura materna o seu exercício somente na ausência ou impedimento daquele, *in litteris*: “380. Durante o casamento, **exerce o pátrio poder o marido**, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”. (grifos nossos)

Paulatinamente essa ideia foi sendo modificada, aumentando assim a participação da figura materna nas relações jurídicas decorrentes da filiação, tendo a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da mulher casada) conferido à mãe condição de colaboradora do pai no exercício do pátrio poder ao alterar a redação do art. 380 do Código Civil de 1916, ficando assim redigido:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Apesar da mudança operada, a figurada do pai ainda era a que se destacava, uma vez que, quando da existência de divergência no exercício do pátrio poder, a vontade do pai

prevaleceria, sendo ressalvado a mãe o direito de recorrer ao juiz, para solucionar a divergência.

Ainda segundo Venosa (2005, p. 335):

Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

Lôbo ( 2011, p. 295) afirma que “a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse dos filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento.”

Como resultado, a Constituição de 1988 sepultou definitivamente o papel subalterno que possuía a mãe nas relações entre pais e filhos, consagrando em seu texto a condição de igualdade entre os entes do núcleo familiar. Agora, cabe ao pai e a mãe, de forma igualitária, o exercício do poder familiar, conforme dispõe o art. 226, § 5º CF: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Em consonância com a Carta Magna vigente, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.631 veio reafirmar a co-titularidade do poder familiar, assim como o fez o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 21, vejamos:

Art. 1.631, CC - Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 21, Lei 8.069/90 (ECA) - O poder familiar 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 judiciária competente para a solução da divergência.

Conforme demonstra o texto dos dispositivos acima expostos, percebe-se a mudança do termo utilizado, o antes chamado pátrio poder passou a poder familiar, apagando assim, a ideia de que os direitos e obrigações do instituto estariam ligados somente a figura paterna.

Do exposto, depreende-se que, hoje, o poder familiar já não é mais um “poder” e sim um dever, cabendo ser exercido conjuntamente pelos progenitores sempre no interesse da prole.

Do poder familiar decorre, como já mencionado, diversos direitos e deveres aos genitores em relação a prole, dentre os quais o dever de dirigir-lhes a criação e educação, de tê-los em sua guarda, que, segundo Venosa (2005, p. 342), “trata-se de complemento indispensável do dever de criação e educação”; conceder-lhes ou negar-lhes sentimento para casar, o dever de representar os filhos menores de 16 anos e de assisti-los após essa idade em juízo, dentre outros listados no art. 1.634 do CC/02.

A legislação estatutária apresenta, de maneira geral, em seu art. 22 esses direitos e deveres decorrentes do poder familiar, expondo-os da seguinte maneira: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”.

Feita as devidas considerações a respeito do poder familiar, partimos agora para um estudo mais profundo da guarda, um dos elementos decorrentes do poder familiar e a respeito do qual se funda o presente tema proposto.

### **3. DA GUARDA**

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina duas situações que envolvem o instituto da guarda, a saber: quando da dissolução da sociedade conjugal, bem como da união estável (fazendo-se uma interpretação analógica), situação disciplinada do art. 1.583 ao 1.590 do CC/02; e quando se pretende colocar o infante em uma família substituta, sendo este caso disciplinado do art. 33 ao 35 do ECA.

Apesar de se falar em guarda nas duas situações distintas expostas acima, ambas são regidas pelo mesmo conceito, que nos ensinamentos de Lôbo (2011, p. 190), consiste “(...) na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho”.

Ainda na busca do conceito, Grisard Filho (2009, p. 70) afirma que “a guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto,

assistindo-o material, moral e psiquicamente”, nesse mesmo sentido o art. 33 da Lei Estatutária expõe que “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (...)”.

Para enriquecer, Grisard Filho (2009, p. 58) ainda assevera que:

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, § 1º dessa mesma Lei especial, surge como um direito- dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com os seus filhos e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

Tendo por base os conceitos acima expostos, partimos para a análise do instituto da guarda na situação da ruptura dos laços matrimoniais, objeto do tema em debate.

Quando da ruptura da sociedade conjugal, o que vem a mente é a discussão acerca da situação dos filhos, com qual dos pais ficará a criança ou o adolescente, assunto bastante delicado, para o qual deve ser despendida uma maior atenção, haja vista que os personagens principais, os filhos, são os mais atingidos na ocasião do desfazimento dos laços matrimônios.

Por muito tempo foi utilizado os critérios da culpa de um dos cônjuges, bem como o sexo e a idade dos filhos como norte para se definir com qual dos genitores iria ficar a prole em caso de separação, é o que podemos verificar na redação do art. 90 do Dec. 191, de 1890, primeiro diploma responsável por disciplinar a situação dos filhos quando da ocorrência da separação, o qual determinava que a guarda dos filhos comuns e menores seria dada ao cônjuge inocente, devendo ser fixado na sentença que a estabeleceu a cota com que o culpado deveria contribuir para educação daqueles, bem como sua contribuição para sustentar a mulher, se esta fosse inocente e pobre. (FILHO, 2009)

O código Civil de 1916 manteve a mesma linha ao estabelecer que a guarda dos filhos seria concedida ao cônjuge inocente, em caso de separação judicial; caso os dois fossem culpados, à mãe caberia a guarda das filhas, enquanto menores, e dos filhos até os seis anos de idade, ficando os maiores desse idade sob a guarda do pai, conforme disciplinamento dos arts. 326, § 1º e § 2º do diploma em comento.

Nas palavras de Dias (2007, p. 391), “o filho era entregue como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo o culpado pela separação com a pena da guarda da prole”.

Em relação ao uso desses critérios, Grisard Filho (2009, p. 68) também se posiciona, afirmando que:

Até meados do século passado, a jurisprudência proclamava o caráter quase absoluto do “direito de guarda” sobre os filhos, na moldura do pátrio poder de feição romana, sem nenhuma, ou quase nenhuma consideração ao melhor interesse do menor. O direito, regulador das condutas humanas, apresenta um suporte fático que resulta imprescindivelmente tomar em consideração o tempo de seu tratamento normativo, daí o poder familiar, nele incondicionado, com vistas à melhor formação do menor, perdendo sua característica de intangibilidade- agora sob o controle do Estado- e subordinado à nova ordem social. As exigências do bem comum atribuíram aos pais novas funções na regência da pessoa dos filhos menores.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) veio alterar um pouco essa visão, modificando o disciplinamento da guarda no CC/16, mantendo, no entanto, o critério da culpa. Com a referida lei, em caso de desquite judicial, os filhos menores permaneceriam com o cônjuge inocente; caso ambos tivessem culpa, a guarda da prole seria concedida a mãe, independentemente do sexo e da idade, a menos que o magistrado entendesse de maneira diversa.

Aqui, verifica-se a ideia de que ao pai, autoridade do seio familiar, cabia o dever de sustento, ficando para a mãe o dever de cuidar e educar a prole, o que levava, quando ocorria a separação do casal, a primazia da determinação da guarda à genitora, em caso de culpa de ambos os cônjuges.

Com o advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, responsável por regulamentar os casos de divórcio, a situação foi mantida, no entanto com sensíveis mudanças. Foi mantida a linha que se vinha adotando até então, com o acréscimo da possibilidade do magistrado, em verificando motivos graves, decidir de maneira diferente ao estabelecido na legislação, visando com isso o bem dos filhos. Além disso, trouxe a inovação de possibilitar ao genitor não-detentor da guarda, o direito de visita.

É possível notar que, com a edição dessa Lei, o legislador passou a dar uma maior atenção a criança, dando ao juiz, quando da análise do caso concreto, a oportunidade de decidir de maneira a atingir o bem-estar do infante, o que não ocorria anteriormente quando

somente eram utilizados critérios objetivos para definição da guarda (culpa do cônjuge, idade e sexo da criança).

Essa mudança é decorrente da influência das conquistas relativas aos direitos humanos no plano internacional, que acabou por definir os parâmetros a serem observados na elaboração da legislação pátria, principalmente em se tratando das crianças e dos adolescentes, as quais passaram a receber proteção especial, por serem considerados seres imaturos, frágeis, em estágio de desenvolvimento. (DALLARI, 2010)

Com a ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a ideia de valoração da criança se tornou mais forte, tendo a Constituição de 1988 trazido em seu texto, embora não expressamente, o princípio do melhor interesse da criança, e de maneira expressa, no art. 227, o princípio da prioridade absoluta de seus direitos, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Hoje, com a introdução desses princípios em nosso ordenamento jurídico, o infante passou a ser visto como sujeito de direitos, em condição especial, visto que encontra-se em desenvolvimento, devendo, assim, estar sempre em primeiro plano em relação aos outros indivíduos envolvidos na relação, o que não é diferente quando o assunto é guarda.

Para dar mais força e tornar mais precisa a ideia de proteção especial que deve ser dada a criança e ao adolescente, foi editada a Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente- que veio disciplinar a respeito da proteção integral, reforçando o já exposto na Constituição Federal de 1988, conforme depreende-se da leitura da referida legislação estatutária.

Em razão disso, e para fazer valer o Texto Maior, o Código Civil/02 veio disciplinar o instituto da guarda de maneira diferente, agora com atenção voltada ao infante, a atingir o melhor interesse deste, não mais no comportamento dos cônjuges durante a sociedade conjugal, sepultando de vez o critério da culpa como determinante na definição da guarda.

Além de ter sido esquecido o critério da culpa, o Código Civil/02 também deixou para trás a primazia de concessão da guarda à mãe, e isso se deu pela influência da crescente inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como da igualdade conferida ao homem e a

mulher pela CF/88. Nesse novo cenário, a mulher, assim como o homem, não detém tanto tempo como antes, para se dedicar exclusivamente a cuidar da prole, razão pela qual era preferida para deter a guarda dos filhos. Agora, homem e mulher dividem os afazeres domésticos, inclusive a criação e educação dos filhos, cabendo àquele não só o dever de sustento da família, como se pregava, mais também cooperar com a gerência do lar e da prole.

Dessarte, foi afastada a ideia de que a guarda deveria ser deferida a mãe em caso de dissolução da sociedade conjugal, por ser considerada esta a mais apta a seguir com a administração da vida da prole, o que nem sempre se mostra ser a melhor solução.

Além disso, devemos ter em mente que, com o fim da sociedade conjugal, o poder familiar não cessa, apenas a forma de seu exercício é modificado, devendo, portanto continuar sendo exercido por ambos os pais.

Hoje, em regra, aos pais fica o encargo de decidir a respeito da guarda, quando possível se chegar a um acordo, confiando o legislador no bom senso dos genitores, presumindo ser as escolhas destes as melhores para a prole, conforme dispõe o art. 1.584,I, do CC/02.

Apesar da possibilidade dada aos pais de definir na companhia de quem irá ficar os filhos, cabe ao magistrado verificar se a escolha realizada está de acordo com o melhor interesse do menor, podendo decidir de forma diferente, caso o que fora decidido pelos pais esteja indo de encontro aos interesses daquele, é o que disciplina o art. 1.586 do CC/02.

Waldyr Grisard Filho (2009, p. 72) vem expor o papel do magistrado quando diante da problemática da fixação da guarda, dispondo da seguinte maneira:

Agora o juiz não se limitará a dirimir a controvérsia entre os genitores, mas deverá priorizar o bem estar dos filhos menores, de modo que os seus interesses se sobreponham aos de seus pais, como eixo central de todo o problema da guarda. O novo dispositivo adequou a lei civil ao primado constitucional já acolhido no ECA, sepultando o tema de culpa e o da preferência materna na atribuição da guarda.

Como o que é visado é o melhor interesse da criança, não existe mais, como foi dito anteriormente, a preferência em relação a mãe para a concessão da guarda, a qual deve ser concedida àquele genitor capaz de oferecer melhores condições para o desenvolvimento dos filhos, podendo ser deferida tanto em favor da mãe quanto em favor do pai, nos termos do Art. 1.583 § 2º, CC/02.

Conforme o exposto na legislação, a máxima do melhor interesse da criança e do adolescente é que norteará as decisões do magistrado, definindo este a guarda ao genitor capaz de garantir o desenvolvimento saudável da prole.

Nesse sentido se posiciona Rodrigues ( 2004, p. 243):

Aliás, as regras que inspiram o legislador nesse ensejo da proteção à pessoa dos filhos, são válidas para todas as situações de conflitos que envolvam a prole. De resto, e em rigor, o princípio, conforme se verá, é um só, a saber: em todos os litígios em que se disputa a guarda dos filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse do menor.

### 3.1 DOS VÁRIOS TIPOS DE GUARDA

Em se tratando do instituto da guarda, cabe mencionar a existência de diversas modalidades, as quais passarão a ser exposta a seguir com base na classificação proposta por Waldyr Grisard Filho.

Inicialmente devemos diferenciar **guarda jurídica** da **guarda material**. A primeira está relacionada ao dever de administrar a vida dos filhos, educá-los, participando ativamente de seu cotidiano, decidindo questões de seu interesse; a segunda, por sua vez, diz respeito ao fato de ter em sua companhia o infante, convivendo sob o mesmo teto.

Quando da vigência da sociedade conjugal, estas duas modalidades de guarda se fazem presentes e cabem aos pais, em conjunto, exercê-las em igualdade de condições. Ocorrendo a dissolução dos laços matrimoniais, essas modalidades de guarda se dissociam, visto que, geralmente, a um dos pais é atribuída a guarda dos filhos, enquanto ao outro é concedido o direito de visitas, de maneira que ao genitor guardião caberá a guarda jurídica e material, ao passo que ao genitor não-guardião somente a guarda jurídica, a qual será exercida a distância, fiscalizando as decisões tomadas pelo guardião.

Como já mencionado superficialmente, existe a chamada **guarda unilateral**, talvez a mais conhecida entre a população por ser a mais comumente utilizada. Trata-se do modelo em que, na ocasião do rompimento da sociedade conjugal, a guarda dos filhos é concedida a apenas um dos genitores, àquele que se mostrar mais apto a exercê-la, restando ao genitor não-guardião o direito de visitas, bem como de fiscalizar as decisões tomados pelo genitor detentor da guarda.

Dando continuidade a classificação das espécies de guarda, tem-se também a chamada **guarda comum**, aquela exercida pelos pais conjuntamente, na constância do casamento, como consequência do exercício do poder familiar, estando sua origem relacionada a maternidade e a paternidade, não decorrente da lei. Tal modalidade de guarda consiste na convivência diária entre pais e filhos, elemento de suma importância na formação da prole.

Temos ainda a **guarda originária**, que mantém relação com a anteriormente conceituada, e como o próprio nome nos revela, tem ligação direta com a figura dos genitores, ou seja, aquela guarda derivada do poder familiar, consistente no poder-dever dos pais em gerir a vida dos filhos enquanto não atingirem a maioridade.

Diferente da guarda originária, que é natural aos pais, a **guarda derivada** é decorrente de determinação legal, que segundo Grisard Filho (2009, p. 85), “corresponde a quem exerce a tutela do menor (arts. 1.729 a 1.734), seja particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme art. 30 do ECA.”.

Existe também a **guarda de fato**, aquela em que pessoa alheia a figura dos pais toma para si a responsabilidade de assistência e educação do infante, sem nenhum respaldo legal ou jurídico. É o caso quando outros familiares, sem ser os pais, passam a criar o infante, dando-lhe toda a assistência que necessita, o que concretiza muitas vezes de maneira informal.

Há de se falar também em **guarda provisória e definitiva**. Aquela é determinada a um dos genitores no curso do processo de divórcio, permanecendo com o mesmo até homologação da sentença que declarar a dissolução da sociedade conjugal, momento em que se transformará em guarda definitiva.

A **guarda peculiar**, por seu turno, se presta a sanar eventual ausência dos pais, permitindo àquele que a detém representar a criança ou o adolescente em determinada situação, tal modalidade encontra previsão no art. 33, § 2º do ECA.

Em caso de se verificar que a criança ou o adolescente não tem condições de permanecer ou com o pai ou com a mãe, em virtude destes não oferecerem as condições necessárias para seu pleno desenvolvimento, o magistrado determinará a guarda a outro parente ou ainda a um estranho, que ficarão obrigados a prestar assistência material, moral e educacional ao infante, a então denominada **guarda por terceiros**.

Quando não existir familiares ou mesmo um estranho capaz de oferecer melhores condições ao infante ou de aceitar o encargo, este será colocado em uma **instituição** governamental, devendo ser esta a última opção de guarda da criança e do adolescente, haja

vista dever-se sempre buscar atingir seus direitos fundamentais salvaguardados no art. 227 da nossa Constituição Federal.

O art. 33, § 3º do ECA assevera que “a guarda confere à criança ou o adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive, previdenciários”, a **guarda para fins previdenciários**, tem como uma de suas consequência, garantir ao infante desfrutar do benefício previdenciário de seu guardião, não sendo isso a finalidade única da guarda.

Outra espécie de guarda que deve ser mencionada é a **guarda alternada**, caracterizada, como o próprio nome diz, pela alternância de seu exercício. Nesse modelo, o infante ora reside com a mãe, ora com o pai, os quais possuem tanto a guarda jurídica, quanto a material, exercendo-as em sua plenitude no período que o infante encontrar-se sob seu “poder”.

Outro modelo de guarda, parecido até com o antes exposto, é o **aninhamento**, também chamado de **nidação**. Nessa modalidade, são os pais que se revezam na casa da criança ou do adolescente, de maneira alternada, ora o genitor permanece com a prole, ora a genitora. Ocorre que, quando este modelo de guarda é o escolhido, acaba por não ser mantido por muito tempo, haja vista ser muito oneroso ter que manter três casas, a saber: a do genitor, a da genitora e a que residem os filhos.

Por fim, temos a **guarda compartilhada**, que como o próprio nome sugere, consiste em um compartilhamento entre os genitores das responsabilidades, bem como o tempo com os filhos. Nesse modelo, pai e mãe possuem os mesmos direitos e obrigações para com a prole, os quais, mesmo após a separação, continuarão a participar efetivamente da vida dos filhos, estando presentes em todas as decisões que envolvam a criança, visando sempre o seu bem-estar.

Expostas as diferentes modalidades de guarda existentes, partimos agora para o estudo mais aprofundado da guarda compartilhada, objeto do tema em debate.

#### **4.0 DA GUARDA COMPARTILHADA**

Das modalidades de guarda expostas anteriormente, a guarda compartilhada é considerada um modelo relativamente novo, que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da edição da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, responsável por

alterar o art. 1.583, acrescentando ao mesmo a referida espécie de guarda ao lado da já prevista guarda unilateral.

A inserção de tal instituto no direito pátrio é decorrente das inúmeras modificações que ocorreram na sociedade e que acabaram por exigir um novo modelo de guarda capaz de se adequar a atual conjuntura social.

De início, o direito consuetudinário (common Law) concedia a guarda exclusivamente a pessoa do pai, o qual era o único encarregado pela criação e educação da prole, considerado aquele capaz de oferecer melhores condições de sustento. (GRISARD FILHO, 2009)

Com a Revolução Industrial, a figura paterna migra para os centros urbanos para trabalhar nas fábricas e acaba por deixar a cargo da mulher o cuidado com os filhos, já que passou aquela a permanecer maior parte do tempo com a prole. Assim, a genitora passou a ficar responsável com a criação dos filhos, enquanto o genitor somente pelo sustento da família, não tendo participação na educação dos filhos. Com isso, ocorrendo separação, à mãe, em primazia, era deferida a guarda exclusiva da prole. (GRISARD FILHO, 2009, p. 130)

Essa ideia perdurou até o início da inserção da mulher no mercado de trabalho, momento em que os homens voltaram a despertar o interesse em participar da gerência do lar, bem como da vida dos filhos, já que a mulher não dispunha de tempo suficiente para cuidar daqueles sozinha. As atividades passaram a ser divididas, tendo sido esquecida a projeção que era feita na figura feminina de mera administradora do lar e das crianças, bem como a que era feita à figura masculina de mero provedor do sustento da família. Agora, ambos contribuem, na medida de suas condições, para sustentar os filhos e a casa. (GRISARD FILHO, 2009, p. 130)

Em razão disso, e da igualdade conferida ao homem e a mulher pelo art. 5º, I, da CF/88, quando diante da dissolução da sociedade conjugal e, por consequência, da discussão a respeito da guarda dos filhos menores, não há de se falar mais na prevalência da determinação da guarda à figura materna sob o fundamento de ser esta naturalmente a pessoa mais apta a educar. Tanto a mãe quanto o pai, demonstrando condições de oferecer aos filhos um ambiente saudável para seu pleno desenvolvimento, podem ser agraciados com a sua guarda.

A análise de qual genitor oferece melhores condições para seguir com a administração da vida da prole, é decorrência da Doutrina da Proteção Integral pregada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual foi promulgada pelo Brasil, através do Dec.

99.710 de 21.11.1990<sup>3</sup>. A Doutrina da Proteção Integral orienta atendimento à criança e ao adolescente, visando a efetivação de seus direitos, para garantir-lhes um pleno desenvolvimento. (ISHIDA, 2010)

A Convenção dispõe em seu art. 3º, parágrafo primeiro, que todas as ações que estejam relacionadas a criança devem considerar primordialmente o melhor interesse daquela, visando com isso assegurar seu integral desenvolvimento, logo cabe analisar cada situação de maneira particular, o contexto em que cada criança está inserida, para, então, se verificar qual solução melhor atende seus interesses.

Nossa Carta Magna, como reflexo dos avanços alcançados no campo humanista, prevê a Doutrina da Proteção Integral, através da prioridade absoluta dos direitos das crianças e dos adolescentes, trazendo em seu art. 227, além de outros direitos fundamentais, também o direito a convivência, estabelecendo ser dever da família, sociedade e do Estado assegurá-lo, com absoluta prioridade, à população infanto-juvenil.

Especificamente em relação a guarda dos filhos, em caso de separação dos pais, o art. 9º, parágrafo terceiro, da mesma Convenção, veio reforçar o direito de a criança conviver com ambos, direito esse fundamental, capaz de garantir o desenvolvimento equilibrado do infante.

Com amparo na Lei Maior, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio disciplinar de maneira mais específica e detalhada a Doutrina da Proteção Integral, que em seu texto, mais especificamente no art.4º, reafirmou a então máxima da prioridade absoluta dos direitos das crianças e dos adolescentes já exposto na Constituição Federal.

Mais adiante, a legislação estatutária trata de forma específica cada direito fundamental, dentre os quais o direito a convivência familiar, afirmando em seu art. 19 ser direito de toda criança e adolescente ser criado e educado no seio de sua família.

Diante desse cenário, surgiu a necessidade de implementar no ordenamento jurídico brasileiro um modelo de guarda que melhor se adequasse a atual conjuntura social, já que a guarda unilateral, aquela deferida a somente um dos genitores e a mais comumente aplicada quando da dissolução da sociedade conjugal, se tornou insuficiente para atender os direitos dos filhos, bem como o dos pais, visto que, a estes não está sendo garantido a igualdade entre os gêneros pregada pela Constituição; nem àqueles esta sendo assegurado, dentre outros direitos, o direito a convivência familiar, direito fundamental consagrado também pela Constituição e que deve, portanto, ser observado.

---

<sup>3</sup> Diário Oficial da União, Brasília, 1990, citado por Waldyr Grisard Filho, pág. 133.

Em razão de todas essas mudanças, como já dito inicialmente, foi inserido em nosso ordenamento jurídico como opção de guarda, a guarda compartilhada, modelo de origem inglesa, surgido há mais de 20 anos, que acabou por se expandir em países como França, Canadá, Estados Unidos, Argentina e Uruguai. (GRISARD FILHO, 2009)

Sobre o assunto, afirma Grisard Filho (2009, p. 132):

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da pernicioso guarda unilateral concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais.

Essa necessidade de reequilibrar os papéis entre pai e mãe é decorrente da igualdade conferida constitucionalmente entre o homem e a mulher, bem como da ideia pregada pelo art. 1.632 do CC/02 de que a separação em nada modifica as relações entre pais e filhos, cabendo àqueles, mesmo não morando mais sob o mesmo teto, os direitos e obrigações concedidos pelo poder familiar.

Segundo Beliváqua, citado por Grisard Filho (2009, p. 171) “o desquite dissolve a sociedade conjugal, porém, não a parental, entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados.”.

O art. 1583, § 1º do CC/02 define a guarda compartilhada como sendo “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.”.

A respeito da implementação da guarda compartilhada pela Lei 11.698/08 no ordenamento jurídico pátrio, Dias, citada por Gonçalves (2009, p. 268), afirma que o modelo proporciona:

(...) a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita ao não-guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC, art. 1.589/0. Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA, art. 249).

Como se depreende do conceito acima colacionado, o referido modelo de guarda possibilita aos pais continuar exercendo o poder familiar em sua plenitude, em igualdade de

condições, como antes era exercido durante a constância do casamento. Nada mais natural, visto que o poder familiar é decorrente da filiação e não do vínculo conjugal.

Além disso, segundo disciplina do art. 229 da CF/88, aos pais cabe o dever de assistir, criar e educar os filhos, independentemente da constância ou não do casamento. Sendo isso não só um dever dos pais, mais também um direito dos filhos de poder ser assistido, educado e criado por ambos os genitores.

Nesse modelo, a um dos genitores é conferida a guarda física, com quem a criança irá estabelecer residência fixa, que será acordado pelos pais ou determinada pelo magistrado, sendo a guarda jurídica concedida aos dois genitores, guarda essa relacionada a participação na criação e educação da prole.

Para ser possível o exercício do poder familiar pleno, necessário se faz uma presença maior na vida do filho do genitor que não possui a guarda física, para isso, na guarda compartilhada, não se tem horários rígidos e inflexíveis de visitas como se tem no modelo unilateral. Melhor! Não há de se falar em visitas, esse termo acaba por restringir bastante o contato da criança com o genitor, limitando os contatos entre ambos aos finais de semana, 15 em 15 dias, ou espaços de tempo ainda maiores, a depender do caso.

O direito de visita que cabe ao genitor não- guardião na guarda unilateral, acaba por refletir neste somente a ideia de sustento, de participação financeira na criação dos filhos, distanciando filhos e pais, enfraquecendo os laços de afeto, gerando na criança a sensação de abandono e a prejudicando sobremaneira em seu desenvolvimento em razão da ausência de um dos genitores.

Na guarda compartilhada se fala em direito de convívio, tendo o genitor que não possui a guarda física, o livre acesso a sua prole, bem como esta tem o livre acesso àquele, o que permite um maior acompanhamento e participação dos pais no crescimento dos filhos, o que não é garantido pelos simples contatos que o regime de visitação confere.

O livre convívio que a guarda conjunta propicia, permitindo a presença ativa do pai e da mãe na vida da criança e do adolescente, garante-lhes a efetivação do direito fundamental a convivência familiar, de ser criado e educado no seio de uma família.

É a concretização do direito a convivência familiar que irá possibilitar a efetivação dos demais direitos fundamentais consagrados no art. 227 da CF/88 e do art. 4º do ECA. Nessa linha afirma Cintra (2010, p. 109): “Realmente, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste.”.

Ora, a família é considerada pelo texto constitucional a base da sociedade<sup>4</sup>, é o primeiro ambiente em que a criança se socializa e pode tomar como referência, não existiria outro ambiente ideal para seu pleno desenvolvimento, cabendo ser retirado do convívio familiar somente em casos excepcionais e como medida extrema.

Com propriedade Cintra (2010, p. 110) revela a importância da formação do indivíduo no seio de uma família:

Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com ambiência, o aconchego, o carinho, e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna eficaz.

Para o desenvolvimento saudável do infante, importante a presença da figura materna e paterna em sua vida, oferecendo-lhes referenciais tanto femininos quanto masculinos, além de ambos poderem contribuir para sua formação com os valores culturais, religiosos, morais característicos de cada um, o que é permitido através do compartilhamento da guarda.

Assim ensina Dolto, citado por Lôbo (2011, p. 189):

Na perspectiva da psicologia, diz-se que a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe; é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de ter ambos os pais e não ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o outro genitor.

Não é desconhecido de ninguém que a ruptura da sociedade conjugal traz transtornos tanto para os pais quanto para os filhos, sendo estes os que mais sofrem com a separação, haja vista gerar a sensação de perda em relação a um dos genitores, já que não irão mais morar sob o mesmo teto.

A guarda compartilhada, na medida em que permite a ambos os genitores participarem efetivamente da vida dos filhos, tomando decisões seja a respeito da educação, religião ou até

---

<sup>4</sup> Art. 226, CF: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

mesmo a respeito de situações comuns do dia a dia, incentiva o convívio entre eles, amenizando os danos advindos da separação, afastando da criança a ideia de abandono.

Além do direito a convivência familiar, a guarda compartilhada assegura às crianças e aos adolescentes o direito de serem criadas, educadas e assistidas por ambos os genitores, haja vista que, o convívio contínuo faz manter a proximidade entre pais e filhos, fazendo com que o genitor que não possui a guarda física, cumpra naturalmente suas obrigações decorrentes do exercício da parentalidade.

O compartilhamento da guarda propicia a cooperação entre os genitores na criação dos filhos, divide as responsabilidades trazidas por esse encargo, evitando que um dos genitores fique sobrecarregado, enquanto o outro faça o papel apenas de fiscalizador das decisões do guardião, como ocorre na guarda unilateral.

A guarda conjunta pode ser requerida por ambos os genitores em comum acordo, por apenas um deles através de ação autônoma, podendo ainda ser determinado, de ofício, pelo juiz, em atenção a atender os melhores interesses dos filhos, nos termos do art. 1.584, I e II do CC/02.

O Código Civil ainda prevê em seu art. 1.584, § 2º do CC/02, a possibilidade de o juiz aplicar, sempre que possível, a guarda compartilhada, quando entre os pais não existir acordo, o que mostra a preferência que o legislador quis dar a esse modelo, ficando a guarda unilateral como exceção, quando o compartilhamento da guarda se mostrar incompatível com o melhor interesse da criança.

Note-se que a guarda compartilhada é bastante incentivada pelo legislador, cabendo ao juiz, na audiência de conciliação, apresentar o instituto às partes, mostrando seus benefícios para o desenvolvimento da criança, conforme disciplina do art. 1.584, § 1º, do CC/02. No entanto deve ser sempre analisado o que venha a ser melhor para a criança, pois não são em todos os casos que esse modelo irá provocar os melhores resultados no infante, e isso será definido com base em cada caso concreto apresentado ao magistrado.

De todo o exposto, verifica-se que a guarda compartilhada é o modelo de guarda ideal, que mais se adéqua ao cenário social atual, onde se busca a igualdade parental entre os genitores, além de se buscar a máxima proteção da criança, através da efetivação de seus direitos, tendo por base sempre seu melhor interesse.

#### 4.1 GUARDA COMPARTILHADA X GUARDA ALTERNADA

Apesar de ter sido inserida no ordenamento jurídico pátrio em 2008, e ter sido recebida com alto grau de aceitação, a guarda compartilhada ainda provoca aversão naqueles que acabam por confundi-la com a guarda alternada.

Ainda que parecidos, os dois institutos não devem ser confundidos, tendo eles conceituações distintas, além de produzirem resultados diversos quando na prática.

A guarda conjunta, como já exposto, consiste na cooperação, na responsabilidade conjunta dos pais na criação dos filhos, exercendo cada genitor o poder familiar em sua plenitude, em razão do amplo convívio que esse modelo propicia.

A criança possui residência fixa, ou seja, a mesmo do genitor que possui a guarda física, cabendo, tanto a este quanto ao não-guardião, a guarda jurídica, o que possibilita a ampla e efetiva participação dos dois genitores na criação e educação da prole.

A guarda alternada, por sua vez, caracteriza-se, como o próprio nome diz, pela alternância da guarda, ora com a mãe, ora com o pai, obedecendo um espaço de tempo pré-determinado, possuindo o genitor que detém a guarda o total e exclusivo exercício do poder familiar, cabendo ao outro o direito de visita. Findo período com aquele, a criança passará para as responsabilidades deste, e assim por diante.

Esse modelo é bastante criticado e repudiado pelos estudiosos, haja vista que causa muita instabilidade na criança, fazendo desta verdadeiro iô-iô, como muitos assim expressam, tendo em vista que o infante não possui residência fixa, um referencial, não possuindo, por conseguinte, uma rotina, o que acaba por causar confusão emocional e psíquica.

A respeito da guarda alternada, Grisard Filho (2009, p. 125) afirmar: “Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e ideias na mente do menor e à formação de sua personalidade. Por isso a jurisprudência a desabona, quando a criança passa de mão em mão.”.

Ainda sobre o tema, Grisard Filho (2009, p. 172) faz a seguinte observação:

Durante a infância e a juventude, deve-se evitar grandes alterações na rotina de vida do menor, permanecendo inalterado e, conseqüentemente, em segurança tudo o que for imprescindível. Assim, o menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e centro de apoio para suas atividades no mundo externo, enfim, de uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais,

com o qual sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida.

Para ilustrar o entendimento dos tribunais a respeito do tema, segue decisão proferida pelo TJ/MG:

Acórdão: Inteiro Teor  
 Número do processo: 1.0324.07.057434-2/001(1) Numeração  
 Única: 0574342-42.2007.8.13.0324  
 Acórdão Indexado! Precisão: 100  
 Relator: Des.(a) DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA  
 Data do Julgamento: 16/04/2009  
 Data da Publicação: 26/06/2009  
 Ementa:  
 FAMÍLIA - APELAÇÃO - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL  
 LITIGIOSA - GUARDA COMPARTILHADA - PERMANÊNCIA  
 ALTERNADA DO MENOR COM SEUS GENITORES -  
 COMPARTILHAMENTO DA GUARDA FÍSICA - INVIABILIDADE -  
 VÍNCULO AFETIVO INTENSO COM O PAI - PROVIMENTO DO  
 RECURSO - A alternância da posse física do menor entre os genitores,  
 sendo aquele submetido ora aos cuidados do pai, ora da mãe, configura  
**guarda alternada, repudiada pela doutrina e pela jurisprudência**, e não  
 guarda compartilhada, na qual os pais regem, em conjunto, a vida da prole,  
 tomando as decisões necessárias à sua educação e criação. - Apurando-se  
 através dos estudos sociais realizados nos autos que a criança tem maior  
 vínculo afetivo com seu pai, deve ser fixada sua residência naquela do  
 genitor. (grifos nossos)

Como podemos observar, diferentemente da guarda alternada, a guarda compartilhada oferece total estabilidade ao infante, por mais que a criança ou o adolescente conviva com ambos os genitores; posto que aquele possui residência fixa, o que lhe garante uma rotina capaz de lhe propiciar uma continuidade espacial, afetiva e social.

Diante disso, percebemos a distinção entre os institutos e a importância de os operadores do direito saberem distingui-los, uma vez que, por vezes, a guarda conjunta deixa de ser aplicada pelo simples motivo de ser confundida com a guarda alternada.

Feita as devidas considerações a respeito da guarda, vejamos como se posiciona a doutrina e a jurisprudência pátria a respeito da aplicação do instituto.

#### 4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO A RESPEITO DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.

Embora a guarda compartilhada se mostre como um dos modelos que mais garante os direitos da criança e do adolescente, cada caso em que se discuta a guarda deve ser analisado de maneira individualizada, uma vez que nem sempre o compartilhamento da guarda irá se mostrar o ideal a garantir o melhor interesse do menor.

O que se discute a respeito de sua aplicação é a sua possibilidade ou não em caso de existência de conflitos entre os pais, mesmo após findo casamento ou da união estável.

Tende parte dos juristas a dar preferência a aplicação da guarda compartilhada mesmo nos casos em que exista conflito entre os pais. Para aqueles que adotam essa linha de pensamento, tais como Waldyr Grisard Filho, o argumento utilizado é de que, quando se existe conflito, litígio entre os ex-cônjuges, não será determinado modelo de guarda que irá por fim aos conflitos. Reforça ainda que: “(...) a nova regra deverá ser adotada, sobretudo, quando as separações acabem em litígio (...), sob pena de se tornar um instituto vazio de efetividade.” (GRISARD FILHO, 2009)

Desse mesmo pensamento compartilha a ministra do STJ Nancy Andrigui:<sup>5</sup>

Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

Todavia não é esse o entendimento da doutrina majoritária, nem o que vem sendo adotado pelos tribunais pátrios.

Para os que são contra a definição da guarda compartilhada quando não há um bom relacionamento entre os genitores, o modelo não irá beneficiar os filhos, visto que estes estarão frequentemente expostos a um ambiente de conflitos, o que irá resultar em consequências negativas para seu desenvolvimento.

---

<sup>5</sup> REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

Nesse sentido Teyber, citado por Grisard Filho (2009. Pág. 224), assevera:

A guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos. Esse sistema tem sido frequentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente.

No mesmo sentido os ensinamentos de Akel ( 2009.pag. 110): “Pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para os cuidados dos filhos contaminam a educação dos descendentes, impossibilitando qualquer tipo de diálogo e, nesta hipótese, os arranjos da guarda compartilhada podem ser desastrosos.”

Os tribunais pátrios vem negando a concessão da guarda conjunta em caso de existência de conflitos entre os progenitores, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Caso concreto em que os elementos de prova constante dos autos demonstram a **inexistência de um perfeito entendimento entre os genitores da infante, o que é de rigor para o compartilhamento de guarda postulado**, de modo que seu deferimento não atenderá ao melhor interesse da criança. Manutenção da sentença de improcedência. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70043394758, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 29/09/2011) (grifos nossos)

TJ/MG

Número do processo: 1.0024.08.277865-5/001(1)

Numeração

Única: 2778655-21.2008.8.13.0024

Acórdão Indexado! Precisão: 100

Relator: Des.(a) TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Data do Julgamento: 12/05/2011

Data da Publicação: 27/06/2011

Ementa:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE ALIMENTOS C/C PEDIDO DE GUARDA - FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS - OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DO 'QUANTUM' FIXADO EM PRIMEIRO GRAU. **Não se mostra recomendável a fixação da guarda compartilhada quando existente conflito entre os pais, sendo, consoante a orientação jurisprudencial, imprescindível para o seu deferimento a existência de uma relação**

**harmoniosa e amistosa.** Deve ser mantido o valor fixado em primeiro grau a título de alimentos, no caso da condenação de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, deixando o recorrente de comprovar a possibilidade do recorrido de arcar com quantia superior, observando-se, ademais, que o dever de alimentos é tanto do pai como da mãe. (grifos nossos)

Conforme se depreende, para que a guarda compartilhada traga bons frutos ao infante, necessário que os pais tenham um relacionamento amistoso, amigável, senão o mínimo possível, que possibilite o diálogo, para que ambos discutam e resolvam as problemáticas que envolvem os filhos da melhor maneira possível, sempre almejando o melhor para o seu desenvolvimento físico, psíquico, social, moral e intelectual.

Estabelecer a guarda compartilhada mesmo diante de um cenário de conflitos entre os pais, não é medida coerente a atingir os melhores interesses da criança ou do adolescente, os quais necessitam de um ambiente saudável para um desenvolvimento completo e benéfico.

## 5.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com todo o exposto, é possível concluir que as mudanças ocorridas na sociedade, fazem surgir novas ideias e conceitos jurídicos, que acabam por exigir a adequação do direito a nova conjuntura social, para que este possa cumprir seu papel de maneira eficiente.

Como todos os temas do campo do direito, o disciplinamento da guarda também passou por mudanças no decorrer do tempo, resultado da nova ideia que se passou a ter sobre o poder familiar, o que é reflexo da igualdade entre homem e mulher alcançada pelo ordenamento jurídico brasileiro; bem como da elevação da criança e do adolescente a sujeito de direitos, exigindo-se agora maior atenção a estes indivíduos em estágio de desenvolvimento, almejando-se dar efetivação a seus direitos, tendo, para tanto, como norte, o princípio do melhor interesse da criança.

Com isso, percebemos que a atual conjuntura social exigiu o disciplinamento de uma nova modalidade de guarda que a ela se adequasse, capaz de fazer valer a igualdade entre os gêneros pregada pela Constituição, bem como de garantir a criança e ao adolescente um de seus direitos fundamentais, qual seja, o direito a convivência familiar, direito esse necessário para a efetivação de todos os outros garantidos constitucionalmente, tais como, educação, saúde, cultura, dentre tantos outros, o que a guarda unilateral não satisfaz em sua plenitude.

Nesse contexto, foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio a guarda compartilhada, que propõe, como o próprio nome aduz, o compartilhamento da guarda, através da responsabilidade conjunta dos progenitores pela educação e criação dos filhos, permitindo assim o pleno exercício do poder familiar por ambos e a manutenção da convivência mesmo após a separação.

Percebemos que esse modelo, ao permitir a manutenção da convivência entre pais e filhos, acaba por minimizar os efeitos negativos trazidos pela separação, garantindo assim um desenvolvimento mais saudável para a criança e o adolescente.

Apesar de todas as benesses verificadas, cada caso em que se discute a guarda deve ser analisado de maneira individual, posto que esse modelo de guarda, de acordo com o entendimento da maior parte dos juristas, somente deve ser aplicado quando os ex-cônjuges possuírem um bom relacionamento, pelo menos uma convivência amistosa, que permita diálogo entre ambos, possibilitando assim, a tomada de decisões em comum acordo para melhor atender o interesse da criança.

De todo o exposto, verifica-se que a guarda compartilhada é o modelo ideal a ser aplicado nos casos de separação, de fundamental importância para efetivação dos direitos da criança e do adolescente, posto que garante a continuidade da convivência destes com ambos os genitores, mantendo estreito os laços de afeto, capaz de promover o pleno e saudável desenvolvimento desses pequenos cidadãos, mas que somente deve ser aplicado quando o magistrado averiguar que os pais possuem maturidade suficiente para separar seus conflitos dos relacionamento com a prole, caso contrário, a guarda unilateral se mostrará a mais adequada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília: 16 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília: 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) >

BRASIL. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília: 5 de janeiro de 1916. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>

BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União. Brasília: 3 de setembro de 1962. Disponível em: <

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4121.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm)>

BRASIL. Lei 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. Diário Oficial da União. Brasília: 27 de dezembro de 1977. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>

CINTRA, Maria do Rosário Leite. In: CURY, Munir (Coor.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2010. p. 109- 112.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir (Coor.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2010. p. 39- 48.

DIAS, Maria Berenice: **Manual de direito de família**. 4. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 5 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 6 v.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.