

**CRISTIANE SALES ARRUDA**

**GUARDA COMPARTILHADA E MEDIAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcelo Barreto

**BRASÍLIA**

2009

Dedico o presente trabalho aos meus pais e às minhas irmãs, pelo imenso carinho, amor e apoio demonstrados em todos os momentos da minha vida e que deram grande motivação para a conclusão do curso de graduação em Direito.

Agradeço primeiramente a Deus por me iluminar em todos os momentos de minha vida. Ao meu orientador Professor Marcelo Barreto pela paciência e dedicação. Ao meu namorado, Rodrigo Bruno Ramos, pelo imensurável apoio para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

O estudo que ora se apresenta tem por finalidade o instituto da guarda, com prioridade ao modelo compartilhado. Objetiva-se, também, examinar a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil, alterado pela Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008. Além disso, explorar os fundamentos constitucionais legitimadores da guarda compartilhada, particularmente os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Mostrar a guarda compartilhada como um meio de atenuar os efeitos negativos produzidos pela ruptura conjugal, pois mantém o casal parental unido e no pleno exercício do poder familiar após a separação. O estudo reflete sobre os limites e contradições deste padrão, apresentando a guarda compartilhada como alternativa emancipatória, viabilizadora da parentalidade em bases mais igualitárias, sendo contornável com o processo da mediação.

**Palavras-chave:** Civil. Direito de Família. Guarda Compartilhada. Mediação.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 6  |
| <b>1. DO PODER FAMILIAR E QUESTÕES GERAIS SOBRE GUARDA</b> .....                       | 8  |
| <b>1.1 Tipos de Guarda</b> .....   | 15 |
| 1.1.1 <i>Guarda Única</i> .....  | 16 |
| 1.1.2 <i>Guarda Alternada</i> .....  | 18 |
| 1.1.3 <i>Guarda Compartilhada: uma perspectiva introdutória</i> .....                  | 20 |
| <b>2. GUARDA COMPARTILHADA</b> .....   | 22 |
| <b>2.1 Histórico da Guarda Compartilhada</b> .....                                     | 22 |
| <b>2.2 Conceito</b> .....  | 24 |
| <b>2.3 A Guarda Compartilhada no Direito Comparado</b> .....                           | 25 |
| <b>2.4 Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro</b> .....                            | 31 |
| <b>3. A EFETIVAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA</b> .....                                   | 37 |
| <b>3.1 Princípios Norteadores da Guarda Compartilhada</b> .....                        | 37 |
| 3.1.1 <i>Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente</i> .....           | 37 |
| 3.1.2 <i>Princípio da Convivência Familiar</i> .....                                   | 40 |
| <b>3.2 A Mediação como instrumento para a Efetivação da Guarda Compartilhada</b> ..... | 43 |
| 3.2.1 <i>Do acordo entre as partes</i> .....   | 43 |
| 3.2.2 <i>Imposição judicial</i> .....  | 46 |
| <b>3.3 Vantagens e desvantagens da Guarda Compartilhada</b> .....                      | 49 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....   | 55 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | 57 |

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo demonstrar o conhecimento sobre a nova modalidade de guarda de filhos, denominada guarda compartilhada ou conjunta.

Com a evolução do Direito de Família, serão tratados, inicialmente, sobre aspectos gerais do poder familiar, demonstrando suas características, conceito, natureza jurídica, a fim de instruir o estudo do instituto da guarda compartilhada.

Todo e qualquer estudo sobre formas de definição da guarda de crianças em casos de dissolução (ou da não-existência) do laço conjugal de seus genitores assume grande significado na sociedade contemporânea, na qual cada vez mais se diversificam as formas de organização familiar.

Entretanto, o estudo tem o intuito de manifestar o anseio de um grande número de cidadãos que se vêem em desvantagem na relação *paterno/materno-filial* e que se declaram a favor de uma revisão do instituto da guarda pós-ruptura conjugal, uma vez que este não acompanhou a evolução da sociedade.

Contudo, passa ao estudo da guarda dos filhos, sendo necessário o aprofundamento do estudo dos tipos de guarda e as respectivas diferenças entre elas, dando ênfase à guarda conjunta, principalmente no que tange a sua definição, bem como analisar as experiências vivenciadas na realidade familiar no Direito Comparado, bem como os costumes e as práticas que serviram de amparo para o início de aplicação no direito brasileiro, até a chegada

da Lei n. ° 11.698, de 13 de junho de 2008, que passou a instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

Por fim, discorrer sobre a sua viabilidade no ordenamento jurídico, com especial atenção aos princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo abordada a possibilidade de utilização da técnica da mediação familiar, mostrar suas vantagens no processo de atribuição da guarda compartilhada, ressalvadas as exceções. Além disso, expor as vantagens e desvantagens dessa nova modalidade de guarda.

O estudo não pretende acabar com a aplicação das demais guardas, mas colocar a guarda compartilhada como prioridade, como mais um instrumento de garantia dos vínculos paterno-filiais.

## **1 PODER FAMILIAR E QUESTÕES GERAIS SOBRE A GUARDA**

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, a família foi uma das principais organizações que apresentou inúmeras e profundas modificações, no desenvolvimento da história do ser humano. Sua origem foi marcada pelas relações de poder, sendo que o homem tinha a posição superior entre os indivíduos da estrutura familiar, possuindo um poder absoluto e sem limites.

Com o passar do tempo, a figura do pai vai se amainando, enquanto a da mãe vai a ela se igualando, conforme o que estabelece o art. 226 da Constituição Federal de 1988, que expressa a igualdade entre o homem e a mulher.

Entretanto, o instituto do pátrio poder surgiu da feição romana, onde somente o pai exercia este poder, considerado um ser dotado de personalidade jurídica e patrimônio próprio.

Assim, tendo como ponto referencial a família, reconhecida como a base da sociedade, é que vale a pena analisar o instituto do poder familiar.

Antes de se conceituar de maneira mais completa e adequada o instituto do poder familiar, é de grande importância analisar as definições adotadas por renomados doutrinadores do assunto.

Antes mesmo da chegada do Código Civil de 2002, Eduardo de Oliveira Leite utilizava o termo autoridade parental:

O termo autoridade parental ao termo pátrio poder, de conotação romana e que privilegia a *potestas* masculina, inadmissível no atual estágio de evolução do direito brasileiro. Na realidade, hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só pátrio, na ótica do constituinte de 1988, mas sim parental, isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguais em direitos e deveres, pelo art. 226, § 5.º da Constituição Federal.<sup>1</sup>

Segundo Aluísio Santiago Júnior, “pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.<sup>2</sup>

Lafayette Rodrigues Pereira conceitua pátrio poder da seguinte forma: “é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias”.<sup>3</sup>

Waldyr Grisard Filho conceitua como sendo “o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”.<sup>4</sup>

Observa-se nesses conceitos dos três últimos doutrinadores a não consagração da figura materna, que, hoje, desfruta da mais ampla e absoluta igualdade em direitos e deveres com a figura paterna mediante à sociedade conjugal de acordo com a Constituição Federal de 1988. E com o advento da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) confiou a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos menores e no interesse destes.

---

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.194.

<sup>2</sup> SANTIAGO JÚNIOR, Aluísio. **Direito de Família**. Belo Horizonte: Inédita, 1998, p. 317.

<sup>3</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910, p. 234.

<sup>4</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.33.

A expressão pátrio poder existente no Código Civil de 1916 foi substituída por poder familiar atendendo aos princípios constitucionais da igualdade entre os cônjuges e no interesse dos filhos menores.<sup>5</sup> Embora a questão terminológica não seja pacífica, a adaptação de seu significado foi necessária na nova legislação civil, apesar das críticas, pois é compatibilizada com o avanço marcante e profundo da sociedade mundial.

Sendo assim, Silvio Rodrigues o define da seguinte forma:

Poder Familiar é, ao mesmo tempo, uma autorização e um dever legal para que uma pessoa exerça as atividades de administração dos bens e de asseguração do desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho incapaz, pouco importando a origem da filiação.<sup>6</sup>

A justificativa para a referida alteração da nomenclatura pátrio poder se deu porque havia a prevalência do cônjuge varão sobre os filhos, reconhecendo-se, dessa forma, a desconfiguração da mulher para exercer esta função, com a mudança não haveria dúvidas que ambos exerceriam a direção da sociedade conjugal.<sup>7</sup>

Evidencia, assim, a igualdade de sexos existente na sociedade em geral como também na própria sociedade conjugal, estabelecendo aos pais o exercício simultâneo e conjunto da incumbência legal imposta pelo próprio Estado.

Entretanto, vários juristas discutem a expressão e a criticam, sustentando-se que a expressão adequada seria nomear esse poder/dever de “autoridade parental”. Uma vez que a palavra autoridade traduz de forma clara o sentido do exercício, da função e do dever exercido

---

<sup>5</sup> CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 43.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.356.

<sup>7</sup> COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

pelos genitores, e o termo parental se adequa melhor a relação entre os pais e os filhos, destinatários desse poder/dever.<sup>8</sup>

O Estado impõe aos pais a obrigação de atender ao filho, assegurando todos os direitos que lhe são reconhecidos e a autoridade dos pais prevalece em razão de melhor alcançar os fins necessários à formação dos filhos. Significa que o fato de se caracterizar um poder, trata-se de autoridade e dever, ou seja, os pais têm obrigação de exercer o poder familiar a benefício exclusivo dos filhos, em razão da sua experiência e maturidade em face destes.<sup>9</sup>

O poder familiar, em suma, é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.<sup>10</sup>

No que se refere à natureza jurídica do poder familiar tem enfoque quando é vista em face do Estado e terceiros e nas relações pai-filho. Com relação ao Estado e a terceiros, o poder familiar é conferido aos pais como um dever dirigido pelo Estado, sendo considerado um direito subjetivo dos pais, um atributo pessoal, para que possam levar a cabo o ofício que lhes é encomendado, a fim de que, no exercício, seja evitado o uso excessivo diante da função a eles atribuída.<sup>11</sup> Por outro lado, nas relações pai-filho o poder familiar é um conjunto de poderes-deveres sendo que os pais são titulares do poder e os filhos, do interesse, assim o interesse será alcançado através do exercício do poder dos genitores, os quais almejam o total desenvolvimento

---

<sup>8</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

<sup>9</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.356.

<sup>11</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.37.

da prole. O descumprimento dessas obrigações acarretará em limitação, suspensão ou extinção desse encargo, por meio de decisão judicial.<sup>12</sup>

Embora existam divergências com relação à natureza jurídica do poder familiar, na prática se torna relevante o seu exercício conjunto entre os genitores em prol dos interesses dos filhos menores.

Todavia, o instituto do poder familiar possui características importantes que valem a pena serem mencionadas: irrenunciável, ou seja, os pais não podem abrir mão dele segundo conveniência ou em proveito próprio, pois se cuida de condição existencial entre pais e filhos; intransmissível, pois somente pode ser atribuído àqueles que têm a qualidade de mãe e pai, sendo personalíssimo; inalienável, não podendo ser transferido pelos pais a outrem, a título oneroso ou gratuito; imprescritível, não se extingue com o não-exercício.<sup>13</sup>

Como bem definido, o poder familiar é um *munus* público, sujeito à fiscalização e controle do Estado. Diante disso, quando houver a impossibilidade do exercício deste poder por parte de quaisquer dos genitores, aponta-se a possibilidade de o magistrado obstar seu exercício, a fim de preservar o bem-estar e interesses dos filhos menores, afastando-os do genitor que violar os deveres do poder familiar.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.18.

<sup>13</sup> CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.49.

<sup>14</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.43.

Assim, estabelece o Código Civil, no art. 1637<sup>15</sup>, as causas ensejadoras da suspensão que ocorre em virtude de má conduta ou por fatos involuntários.

Já a perda ou destituição do poder familiar é a mais grave medida imposta em virtude da falta aos deveres dos pais para com o filho, ou falha em relação à condição paterna ou materna.<sup>16</sup> De acordo com os ditames constantes do art. 1638 do Código Civil.<sup>17</sup>

A extinção poderia ocorrer pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial, ocorrendo quando os pais assumirem indevidamente os deveres quanto ao tratamento do filho.<sup>18</sup>

A convivência familiar é um dos direitos prioritários da criança e do adolescente e figura com destaque nos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, conseqüentemente as relações paterno-filiais não devem sofrer alterações se determinadas vicissitudes vierem abalar tal convivência, conforme vem expressamente na legislação, no art. 1632 do Código Civil.<sup>19</sup>

No entanto, com a ruptura do casal os problemas pessoais atingem a estrutura psicológica de todos os membros da família e dificulta, a cada dia, a solução pacífica das

---

<sup>15</sup> Art. 1637, do Código Civil: “Art. 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.”

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 299.

<sup>17</sup> Art. 1638, do Código Civil: “Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 399.

<sup>19</sup> Art. 1632, do Código Civil: “Art. 1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

dificuldades. Com efeito, o principal foco é a busca da fixação da guarda, a fim de assegurar aos pais desunidos o efetivo exercício das obrigações em igual condição, prevalecendo sempre os interesses dos filhos sobre os conflitos conjugais.

Dessa forma, o poder familiar não se extingue com a dissolução da sociedade conjugal, já que o seu exercício conjunto pelos pais é que sofre alterações práticas, no sentido de que normalmente os menores são confiados à guarda de um dos genitores. Ao cônjuge que não detém a guarda, fica difícil participar de forma plena no desenvolvimento da prole, subsistindo-lhe o direito de visitas e a função de prestar alimentos.

Com isso, todo nosso ordenamento jurídico que trata das relações familiares, seja na consonância do casamento ou da união estável, seja após o rompimento do vínculo familiar enfatiza o exercício conjunto do poder familiar.

Destacam-se algumas definições a respeito do que é a guarda, segundo Guilherme Gonçalves Srenger:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.<sup>20</sup>

Por sua vez, Silvana Maria Carbonera conceitua como:

Um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e

---

<sup>20</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 31.

prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.<sup>21</sup>

Conclui-se com essas definições que mesmo com a separação do casal, o poder familiar prepondera e a guarda pode ser estabelecida a um dos genitores, unilateralmente, porém não impede a autoridade do não-guardião. Verificam-se, assim, no Código Civil brasileiro nos artigos 1579, 1583 e 1584, os direitos e deveres relativos à guarda dos filhos.<sup>22</sup>

É devido a essas constatações referentes à guarda única, em detrimento e discriminação à figura do não-guardião, que entendemos necessário o aprofundamento do estudo dos tipos de guarda e as respectivas diferenças entre elas.

---

<sup>21</sup> PIMENTEL, Patrícia. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob enfoque do direito de família**. São Paulo: Lumen Júris, 2005, p. 53.

<sup>22</sup> Art. 1579 do Código Civil: “Art. 1579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos; Art. 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação. § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. Art. 1584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. - § 1 Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. - § 2 Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. - § 3 Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação, técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.”- § 4 A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. - § 5 Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

## 1.1 TIPOS DE GUARDA

Durante a vigência do casamento e da união estável, há presunção do exercício comum da guarda entre os pais, visto que quando ocorre a ruptura desse laço conjugal, a guarda passa a ser exercida de maneira diferente, para atender à nova realidade familiar que surge.

Primeiramente, “é preciso diferenciar os modelos de guarda, para evitar-se confusões na deliberação daquele que será o mais adequado num determinado e específico caso de família, que terá de se adaptar ao processo de transformação devido à desunião do casal”.<sup>23</sup>

### 1.1.1 *Guarda única*

A guarda única, também conhecida como unilateral, exclusiva, uniparental, dividida ou material é a que predomina no Brasil. Em nossa sociedade ainda é conferida às mães, que sempre foram vistas mais aptas para a criação dos filhos. Muito embora difundida, não é e não pode mais ser aceita, dada a concepção de igualdade entre os genitores e, principalmente, o melhor interesse da criança, podendo a guarda inclusive ser deferida a terceiro (não genitor).

Neste caso, um dos progenitores detém a guarda física, ou seja, tem o contato diário e a guarda jurídica que é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor.<sup>24</sup> Nas palavras de Waldyr Grisard Filho significa “que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação”.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 61.

<sup>24</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 61.

<sup>25</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.107.

Como observa Orlando Gomes, que aquele a quem é atribuída a guarda, tem além da guarda material, também a guarda jurídica, isto é:

Que tenha o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.<sup>26</sup>

Contudo, na maioria dos casos são as mães que ficam com a guarda dos filhos, principalmente os de tenra idade, ficando para o outro, que não é o guardião, o direito de visitas e vigilância, que não deverá transformar-se num direito de ingerência. Por isso, o seu titular não dispõe de um direito de ação nem de um direito de veto em relação às decisões tomadas pelo guardião, ou seja, o detentor da guarda.

O questionamento que ocorre com esta guarda, conhecida como monoparental, é a de que com a dissolução da sociedade conjugal há, evidentemente, o afastamento emocional entre os filhos e o genitor que não tem a guarda, pois a criança passa a não ter a presença todos os dias e com o distanciamento, acaba perdendo a familiaridade, e acima de tudo, a afinidade, provocando um bloqueio emocional e afetivo. Acabando, assim, as características da verdadeira relação pai (mãe)-filho.<sup>27</sup> Assim o Código Civil brasileiro, enuncia os direitos previstos ao não-guardião, nos artigos 1589 e 1631.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 286.

<sup>27</sup> CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 220.

<sup>28</sup> Art. 1589 do Código Civil: “Art. 1589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação; Art. 1631, § único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Diante das mudanças ocorridas no Direito de Família, principalmente com relação à guarda dos filhos, surgem novas modalidades. Trata-se dos regimes da guarda alternada e da guarda compartilhada, merecendo dar ênfase nesta última, pela crescente utilização nas famílias brasileiras.<sup>29</sup>

### *1.1.2 Guarda Alternada*

Em se tratando desta guarda, podemos dizer que é raramente concedida, sendo escolhida quando acordado pelas partes.

Neste modelo, tanto a jurídica como a material concentram-se na pessoa daquele com quem o menor está residindo, enquanto o não-guardião se beneficiará do direito de visitas e de fiscalizar a sua educação, sustento, administração legal, embora à distância, nos mesmos padrões da guarda única, e assim, sucessivamente. Sem nenhuma interferência judicial, pois já foi objeto de acordo, ao final de cada período, o menor passa das mãos do atual detentor da guarda para o genitor que só exercia a visita e a fiscalização.<sup>30</sup>

Jorge Augusto Pais de Amaral caracteriza a guarda alternada da seguinte forma:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No término do período, os papéis invertem-se.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 180.

<sup>30</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.259.

<sup>31</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997, p.168.

Há, entretanto, maneiras diferentes na aplicação dessa guarda, para garantir um tempo igual de convivência dos genitores com as crianças. De um lado, pode ocorrer a alternância da criança entre as casas dos pais, podendo ser dias, semanas, meses e anos, conforme acordado entre os pais. Por outro lado, pode acontecer de os menores permanecerem na mesma residência de seus pais que ali moram por períodos iguais, referindo-se nesse caso à alternância dos domicílios dos mesmos.<sup>32</sup>

Diante disso, vislumbramos um aspecto positivo que é permitir aos filhos manter relações com a mãe e o pai, de modo a impedir que desate o laço com o genitor que não tem a guarda. Em contrapartida, traz aspectos negativos, uma vez que pode gerar uma forte inconstância no menor, devido à mudança sistemática de ambientes por períodos prolongados. Na visão de Waldyr Grisard Filho: “as desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica”.<sup>33</sup>

Outro problema surge no tocante à responsabilidade civil, pois pelos atos ilícitos praticados pelo menor incumbirá, em cada momento, a um dos genitores, ou seja, quando o menor praticar uma infração, será responsável aquele genitor que detiver a guarda naquele momento.<sup>34</sup>

Devido a esses aspectos negativos que fizeram com que o legislador entendesse inconveniente a aplicação desta modalidade, e que optou por substituí-la pelo instituto da visita,

---

<sup>32</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.111.

<sup>33</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.111.

<sup>34</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.95.

pelo que determina o art. 1.589 do Código Civil: o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.<sup>35</sup>

No intuito de proporcionar aos menores as vantagens que decorrem do exercício da autoridade parental por ambos os genitores, o ideal seria que ambos os pais detivessem a guarda jurídica dos menores, de modo contínuo, a fim de contribuir para o desenvolvimento da formação, como ocorre com a guarda compartilhada, que estudaremos com detalhes adiante. Os pais participam de maneira igual no processo da formação da prole, sem que haja restrição ao exercício da autoridade parental.

### *1.1.3 Guarda Compartilhada: uma perspectiva introdutória*

Com relação a guarda compartilhada limitaremos a introduzir o seu conceito, permitindo a compreensão de seus fundamentos jurídicos, pois trataremos com maior detalhes posteriormente.

Com a evolução constante no Direito de Família, as famílias assumem novas formas, valores e princípios. No tocante aos membros da família, merecem destaque as crianças e os adolescentes, que com a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, passam por experiências que modificam a estrutura originária da família, principalmente no lado emocional.

Com o passar do tempo, para melhor atender o interesse dos menores, bem como preservar a convivência familiar, a guarda única, tradicionalmente aplicada no

---

<sup>35</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.2

ordenamento jurídico brasileiro, abriu espaço para o surgimento de outras modalidades. A cada dia ocorre o entrosamento entre pais e filhos, com a presença paterna no cotidiano dos menores.

Diante das colocações extraímos a nova forma de guarda, a guarda compartilhada, inserindo o desejo dos genitores de compartilharem na criação e na educação dos filhos e estes mantendo a adequada relação com seus pais.<sup>36</sup>

As lições de Paulo Luiz Netto Lobo, enfatizam esse instituto:

A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pais e de mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer e do sustento material e moral.<sup>37</sup>

Assim sendo, surge a necessidade de criação de mecanismos adequados para amoldar o ordenamento a uma nova realidade. A introdução da guarda compartilhada busca o principal foco, o desejo de permanecer uma família unida, oferecendo ao menor um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em sua vida.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.114.

<sup>37</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003. p.122-123.

<sup>38</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.117.

## 2 GUARDA COMPARTILHADA

Antes de adentrar neste tipo de guarda, vale lembrar que o instituto do poder familiar, ora estudado nesta pesquisa, tem grande relevância no estudo da guarda compartilhada, pois há a necessidade de se conceituar um dos elementos marcantes na referida modalidade de guarda: a coexistência do exercício do poder familiar dos genitores mesmo após a separação conjugal.

### 2.1 Breve histórico da Guarda Compartilhada

Para melhor compreender o assunto do qual passar-se-á a tratar, é importante analisar como surgiu este instituto, a fim de perceber a evolução com a relação à entidade familiar, onde havia desigualdades de papéis entre o homem e a mulher e que, atualmente, há uma simetria de direitos e obrigações quando o ocorre uma separação que não pode ser evitada.

No início no século XIX, no sistema do *common law*, era atribuído ao pai deter a guarda exclusiva dos filhos, como também exercer o poder familiar entre estes, a mulher e quem estivesse sob sua proteção, ou seja, todos se submetiam às determinações do pai. Entretanto, a mulher era considerada uma figura que não tinha capacidade para exercer os atos da vida civil e assim, não participava das responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 72.

Com a Revolução Industrial, o pai passava a sair para trabalhar e ficava um maior tempo fora da residência, fazendo com que afastasse o vínculo com os filhos. Diante disso, a mulher passou a ser considerada apta à guarda dos filhos, além dos encargos domésticos, e ao pai, restou a incumbência de prover as necessidades materiais da família.<sup>40</sup>

Contudo, com a revolução sexual, a mulher se inseria cada vez mais no mercado de trabalho, passando as tarefas a serem divididas igualmente, tanto na educação da prole quanto nas responsabilidades dentro do lar. Isso ocasionou uma mudança na estrutura familiar e no entendimento que confere à figura materna a detentora primordial da guarda, quando acontece a ruptura conjugal.<sup>41</sup>

A mudança social ocorrida abriu um leque para o surgimento de novas teorias sobre a guarda, buscando uma relação entre pais e filhos mais equilibrada, com a possibilidade de maior convivência no desenvolvimento da formação destes, dando continuidade ao poder familiar, mesmo com o rompimento.

Conclui-se que, na família contemporânea, nem sempre o exercício da guarda atribuída à mãe atende ao melhor interesse do menor. Neste contexto, houve a necessidade do estudo conjunto nos campos da Psicologia e Sociologia, surgindo a guarda compartilhada para melhor ser aplicada no estudo de cada caso e concebida como a melhor forma de manter mais completo o laço decorrente da relação paterna.

---

40 BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 03 agos. 2009.

<sup>41</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 72.

## 2.2 Conceito

Quando se refere à guarda compartilhada, entende-se que trata do compartilhamento das prerrogativas da autoridade parental, e não no compartilhamento da guarda, como bem respalda Eduardo de Oliveira Leite:

Na guarda conjunta, não é a guarda, mas os outros atributos da autoridade parental que são exercidos em comum. A guarda conjunta consiste no exercício em comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas relativas à pessoa da criança.<sup>42</sup>

Nesse contexto, a guarda compartilhada, também conhecida como guarda conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, quando fragmentada a família. Neste caso, os pais desejam dar continuidade ao poder familiar mesmo com a dissolução, vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao bem-estar, educação e criação dos menores, buscando reequilibrar os papéis parentais.

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.<sup>43</sup>

Frisa-se que a guarda compartilhada assume um papel importante, que é a convivência do menor com seus dois pais de forma contínua, que outrora era primazia

---

<sup>42</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.264.

<sup>43</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.115.

reconhecida à mãe, cujo pai passa a desfrutar no desenvolvimento do filho não só no tempo, mas nas atitudes, atenções e cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

Apesar das críticas acerca do exercício desta guarda, vem sendo aplicada, pois objetiva reorganizar as relações pais e filhos diminuindo os traumas do distanciamento.<sup>44</sup>

### 2.3 A Guarda Compartilhada no Direito Comparado

A guarda denominada conjunta tornou-se cada vez mais popular, sendo que o exercício da autoridade parental, após a dissolução do casal, se reservava a cada um dos pais.

Todavia, com a evolução deste sistema, vale a pena analisar as experiências vivenciadas na realidade familiar no Direito Comparado, bem como os costumes e as práticas. Será estabelecida uma comparação entre os sistemas de vários países, através de institutos que diferem entre si, como o da guarda e o da autoridade parental, mas que na prática mostram que efetivamente a aplicação da guarda compartilhada tem sido eficaz na criação dos filhos, mas com características próprias de seus respectivos ordenamentos.

A noção de guarda conjunta surgiu no *Common Law* do Direito Inglês, com a expressão *joint custody* (guarda compartilhada), se espalhando para a França, Canadá, América do Norte, chegando em alguns países da Europa.<sup>45</sup>

No Direito inglês, a *joint custody* estabelece a cada um dos pais manter seus direitos e obrigações sobre o menor. Como já foi explicado, até o século XIX, o pai sempre foi

---

<sup>44</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 181-187.

<sup>45</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.265.

considerado proprietário de seus filhos e logo após, foi atribuída a guarda à mãe. A partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser reduzida pelas decisões dos Tribunais. Com isso, essas decisões passaram a ser injustas e os Tribunais diminuíram os efeitos através da *split order*, que significa guarda compartilhada, havendo uma divisibilidade dos direitos entre os genitores.<sup>46</sup>

Eduardo de Oliveira Leite noticia a questão da guarda compartilhada da Inglaterra, em seu ensinamento:

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *Clissold*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d' Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Court d' Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada, na história jurídica inglesa.<sup>47</sup>

Na França, há objeção com relação à nomenclatura guarda conjunta, pois não se admite o termo “conjunta” que em caso de divórcio, a guarda é considerada um dos meios de exercício da autoridade parental entre os genitores que querem exercer conjuntamente. Na concepção francesa, a guarda conjunta existe quando há a coabitação dos pais.<sup>48</sup>

Com o intuito de diminuir as injustiças observadas na Inglaterra com a guarda exclusiva, na França foi criada uma legislação nova, a Lei *Malhuret*, originada da jurisprudência existente desde 1976. A referida Lei alterou textos do Código Civil francês sobre a questão da

---

<sup>46</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.265.

<sup>47</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.265-266.

<sup>48</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.261.

autoridade parental, termo que substituiu “guarda”, tendo como base a jurisprudência, a fim de firmar a autoridade que compete ao casal,<sup>49</sup> conforme os artigos 371-2, 373-2 e 374-2.

Frise-se que “o pátrio poder pertence ao pai e à mãe e a eles corresponde o direito e o dever de guarda de seus filhos, cuidado e educação”.<sup>50</sup>

A Lei afirma que o casal, quando está casados judicialmente, exerce a guarda em comum. Em caso de separação, a guarda pode ser única ou compartilhada, sendo no primeiro caso concedido o direito de visita e controle ao outro não-guardião.<sup>51</sup>

Ao casal não casado, previa a guarda à mãe, sendo que o pai poderia recorrer em juízo solicitando a guarda ou o exercício em conjunto. Obtendo um acordo entre os pais, bastava uma declaração conjunta na presença do juiz de tutela.

Conclui-se que na França, a guarda compartilhada é regra, que predomina o princípio da co-parentalidade, ou seja, há a participação dos pais de forma conjunta no processo de formação dos filhos menores, buscando meios que viabilizem os interesses e necessidades destes.

Já no Canadá, via de regra, quando ocorre o divórcio, a guarda dos menores é a única, cuja denominação é *sole custody*, consagrando ao outro genitor o direito de visitas. A

---

<sup>49</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.124.

<sup>50</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.125.

<sup>51</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.125.

fixação da guarda compartilhada ocorre quando há o acordo entre os pais, para atender os interesses seus e dos filhos. Caso haja o desacordo, cabe ao Tribunal decidir por eles.<sup>52</sup>

Atualmente, em se tratando de pais separados, os Tribunais vêm decidindo pela aplicação da guarda compartilhada. Entende-se que este instituto traz benefícios psicológicos para todos os envolvidos, uma vez que o relacionamento entre pais e pais-filhos torna-se melhor.<sup>53</sup> O juiz levará em consideração aspectos relativos ao bem-estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos genitores para encontrar as verdadeiras necessidades da prole.<sup>54</sup>

Eduardo Oliveira Leite tem opinião contrária aos tribunais canadenses, no que se refere ao argumento utilizado de que o acordo entre os pais no tocante a guarda compartilhada seria uma maneira de evitar que um pai não fosse obrigado a aceitar quando ele não a desejasse, sob o risco de não atingir seu objetivo. Destaca-se:

Não nos parece, entretanto, ser este argumento totalmente procedente, já que a experiência tem demonstrado que muitas decisões judiciais, inicialmente geradoras de reações veemente contrárias, acabam sendo aceitas pelas partes, tão logo arrefecem os ânimos das partes, após as pejejas judiciais. Os Tribunais devem ser suficientemente maleáveis de forma a garantir os melhores interesses da criança e também dos pais. Assim como na separação (ou divórcio), os juízes não vacilam em manter o direito de visita do pai (quando a mãe se opõe à visita, se o ex-marido já tem nova companheira), da mesma forma os juízes devem ter liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusam sem justo motivo.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.117.

<sup>53</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.117-118.

<sup>54</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.129.

<sup>55</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.268.

Assim, havendo a fixação da guarda compartilhada num ambiente onde há desavenças entre os pais, seria até contraditório tal exercício conjunto, pois esta modalidade de guarda requer um contato maior que o desejado, sujeitando os filhos aos conflitos entre eles. Assim, Waldyr Grisard Filho tem opinião contrária ao autor acima citado:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.<sup>56</sup>

Contudo, surgiu o estabelecimento de uma presunção de guarda conjunta, ou seja, na disputa da guarda do filho, o juiz presume que a guarda compartilhada é a melhor solução para a criança. E, em 1988, foi feito um projeto de lei que dizia que quando a guarda é conjunta, a criança passaria metade do período na casa de cada um de seus pais, o que na verdade seria uma verdadeira guarda alternada. Este projeto foi escopo de crítica, pois a guarda alternada é dita prejudicial ao desenvolvimento da criança e a existência de referida presunção diminuiria o poder discricionário do juiz.<sup>57</sup>

Em suma, no direito canadense, a guarda conjunta deve ser declarada viável, na medida que o juiz examina cada caso, desde que não haja prejuízos para o menor e aplicando o exercício conjunto a fim de proteger o interesse dos pais e das crianças.

No Direito Americano, foi absorvido o instituto da guarda compartilhada e desenvolvido em larga escala, com expressões *joint custody* ou *shared parenting*, em oposição à *sole custody* (guarda única). Este instituto poderá ser exercido por uma das três formas: guarda

---

<sup>56</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.177.

<sup>57</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.269.

física, significa que o menor ficará com cada genitor uma parte do tempo; a guarda legal, ambos os pais decidem acerca da criação dos filhos com relação à educação, médicos, religião e demais questões que envolvem as crianças; e guarda física e legal juntas.<sup>58</sup>

Vale ressaltar que, cada Estado dita sua própria lei, dificultando a aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais foi criada a Uniform Child Custody Jurisdiction Act recepcionada por muitos Estados, com intuito de promover a cooperação entre os respectivos tribunais, intervindo o que esteja em melhores condições de decidir sobre a guarda do menor, sempre visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, garantindo a estabilidade na modalidade adotada e facilitando na decisão do juiz.<sup>59</sup>

Entretanto, inúmeros juristas americanos estão se dedicando a pesquisar e discutir uma aplicação cada vez mais uniforme em todo o país. A *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, chegou a criar uma comissão especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores – o *Child Custody Committee*. Desta forma, percebe-se que a regra é o compartilhamento da guarda e a exceção deve ser muito bem fundamentada para ser admitida.<sup>60</sup>

Em Portugal, com o advento da Lei n. ° 84, de 31 de agosto de 1995, a guarda compartilhada foi adotada como “guarda conjunta” permitindo a opção dos genitores pelo

---

<sup>58</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.118.

<sup>59</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.127.

<sup>60</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.127.

exercício comum do poder parental, decidindo os assuntos relativos aos menores em condições iguais às questões relativas na vigência do matrimônio.<sup>61</sup>

No direito argentino, adotou-se o exercício conjunto e indistinto da guarda, correspondendo-o ao pai e à mãe conjuntamente, sendo casados ou não, havendo a presunção que os atos realizados por um deles depende do consentimento do outro, exceção quando houver consentimento expresso dos genitores.<sup>62</sup>

Diante da análise acerca da guarda compartilhada na experiência estrangeira, serviu de amparo para o início de aplicação no direito brasileiro, buscando atrair as vantagens de sua utilização, resguardando as particularidades de cada sistema. Embora ainda haja confusão entre o exercício da guarda compartilhada e alternada nas legislações alienígenas, a aplicação da guarda conjunta é alvo de evolução no sentido de demonstrar a viabilidade entre pais separados na divisibilidade da guarda no agir em proveito da prole.

## **2.4 Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro**

O instituto da guarda compartilhada já há algum tempo fazia parte do cenário jurídico nacional, com a aplicação baseada em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como nas experiências do Direito Comparado, já estudado anteriormente. Pois, não existia uma normatização na legislação brasileira. Entretanto, com o advento da Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, passou-se a instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

---

<sup>61</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.120.

<sup>62</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.119.

Entretanto, reconhece-se que ainda havia acentuada resistência de juízes e de alguns tribunais na sua implementação. Tratando-se de tema sensível (guarda de filhos) e sendo a lei lacunosa, predominava a insegurança, motivando a não aplicação da guarda compartilhada.

O legislador criou uma nova modalidade de exercício de guarda que estabelece modificações nas relações paterno-filial e materno-filial, com o objetivo de promover estabilidade emocional para a criança mantendo sempre o contato direto com seu pai e sua mãe. Assim, Ana Carolina Silveira Akel enfatiza: “nessa modalidade de guarda, reduzem-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam na adequação à nova rotina e aos novos relacionamentos após a separação de seus genitores.”<sup>63</sup>

Entretanto, o que se entende com esta modalidade de guarda é que embora o menor resida apenas com um dos genitores, fica garantido ao outro uma convivência ampla e afetiva, participando diretamente nas decisões sobre a vida dos menores.

Todavia, o legislador não dispôs sobre a aplicabilidade, e deixou margem à jurisprudência a explicação de sua funcionalidade. Então, a finalidade da guarda compartilhada é a garantia aos pais que não convivam juntos com os filhos a permanência dos vínculos afetivos, mesmo com a dissolução conjugal.<sup>64</sup>

Vale ressaltar que vários dispositivos mostravam a possibilidade de utilização do compartilhamento da guarda. O art. 5º da Constituição Federal prevê a absoluta igualdade entre o homem e a mulher; o art. 226, §5º estabelece o princípio da igualdade aplicado ao âmbito

---

<sup>63</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.119.

<sup>64</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008, p.122.

familiar; art. 227 mostra o princípio da convivência familiar; art. 229 determina aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º e 4º dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente.<sup>65</sup> Tais diplomas legais, contudo, destacam na importância da concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na contribuição a aplicabilidade da guarda compartilhada.

Além do mais, o Brasil é signatário da Convenção dos Direitos da Criança, pelo Decreto n.º 99.710/90, estabelecendo nos artigos 9º e 18º a manutenção de relações pessoais regulares com seus pais e assegurando que os genitores têm deveres comuns para com o filho, respectivamente.<sup>66</sup>

Desse modo, a modalidade da guarda compartilhada encontra-se expressamente assentada em nossa legislação, embora já existisse no ordenamento jurídico brasileiro. E, após a promulgação da Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os arts. 1583<sup>67</sup> e 1584<sup>68</sup>,

---

<sup>65</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.144.

<sup>66</sup> CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 270.

<sup>67</sup> Art. 1583 do Código Civil: “Art. 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação. § 3 A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”.

<sup>68</sup> Art. 1584 do Código Civil: “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. - § 1 Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. - § 2 Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. - § 3 Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.”- § 4 A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. - § 5 Se o juiz verificar que o filho não

estabeleceu não só regras para a guarda compartilhada, mas definiu também o que denomina a guarda unilateral.

No art. 1583 do Código Civil retira a exclusividade da guarda unilateral, devendo o referido artigo ser interpretado como instituidor de um modelo dual, ou seja, a guarda será unilateral ou compartilhada, cuja escolha terá como referência central o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Pois, não há que se considerar a guarda unilateral como regra e a guarda compartilhada, exceção, entendendo que na estrutura da lei, ambas têm tratamento iguais, cabendo a análise em cada caso na melhor fixação da guarda.<sup>69</sup>

Apesar da dualidade de guarda prevista no nosso regime jurídico brasileiro, poderão ocorrer casos que podem ser considerados tão complexos que o legislador não tem como prever. Assim, mesmo com a redação dada ao art. 1583 do Código Civil, não se pode, com base na equidade, excluir outro regime de guarda. Portanto, não sendo considerada uma enumeração taxativa ou exaustiva, poderá ser utilizado outro modelo de guarda que seja mais adequado e oportuno ao caso concreto.<sup>70</sup>

Em suma, a guarda compartilhada consistirá na divisibilidade das obrigações do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, mas “não exclui a possibilidade de ser instituída em favor de um dos pais e um dos avós ou a ambos os pais e um dos avós, ainda que seja

---

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

<sup>69</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 250.

<sup>70</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 250.

evidente que não há poder familiar em relação a outra pessoa que não seja os pais da criança ou adolescente.”<sup>71</sup>

Salientam-se, com base no artigo art. 1584 do Código Civil, as formas de estabelecimento de guarda, como expõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

(a) o acordo homologado judicialmente, eis que há exigência de requerimento conjunto do pai e da mãe demonstrativo do consenso alcançado entre eles, em ação autônoma ou em ação de separação, de divórcio, de dissolução de união estável; (b) o decreto judicial quanto à imposição da guarda (unilateral ou compartilhada), levando em conta as necessidades específicas do filho, ou a necessidade de distribuição de tempo necessário ao convívio da criança ou do adolescente com o pai e com a mãe.<sup>72</sup>

Em síntese, para fixar a guarda compartilhada é necessário o julgador observar requisitos fundamentais para a sua concessão, devendo ser verificado a harmonia na relação entre pais e filhos, a relação pacífica e cordial nos assuntos do menor entre os pais sem disputas e conflitos. Uma vez não observados tais requisitos, esta guarda poderá ser prejudicial à vida e à formação do menor. “Ainda que vise atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócua”.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 269.

<sup>72</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 270-271.

<sup>73</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.126.

Contudo, não há motivos para receio com o advento da Lei n.º 11.698/08, pelo contrário, o reconhecimento expresso vem ampliar os esforços para a efetivação do princípio do melhor interesse do menor e do adolescente e do princípio do convívio familiar.

Nesse sentido, na ocorrência de desacordo entre os pais, resta a aplicação da guarda compartilhada, sempre que possível. Por consequência, há a possibilidade de ser absolutamente contornável pela prévia prática da mediação interdisciplinar, conforme menciona o art. 1584, § 3º, do Código Civil. Por sua vez, havendo insucesso na mediação, situação pouco provável, recorre à guarda unilateral.<sup>74</sup>

Conclui-se que os operadores de Direito estão preocupados não mais com a disciplina legal da guarda compartilhada, mas na efetivação na prática, sendo indispensável o aperfeiçoamento do instituto da mediação familiar.<sup>75</sup>

Passar-se-á ao estudo dos meios para a implementação da guarda compartilhada, viabilizando a sua prática em consonância com todos os preceitos legais analisados neste objeto de estudo.

---

<sup>74</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei n.º 11.698/08**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 02 set. 2009.

<sup>75</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei n.º 11.698/08**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 02 set. 2009.

### **3 A EFETIVAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA**

#### **3.1 Princípios Norteadores da Guarda Compartilhada**

Embora o instituto da guarda compartilhada se encontre recepcionado na legislação brasileira, é de suma importância aduzir os princípios fundamentais, para sua implementação e para a sua efetiva concretização a fim de viabilizar o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, dando-lhes a garantia do direito fundamental à convivência familiar.

##### *3.1.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*

O princípio ora referido não se encontra enunciado de modo exposto nos diplomas legais que versam sobre a proteção à criança e ao adolescente, sendo dessa forma encaixado num “quadro” maior e mais complexo, a denominada doutrina da proteção integral. Esta sim expressa no art. 1º do ECA a proteção integral à criança e ao adolescente, e que por sua vez se originou na Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, de 1959 e na Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989.<sup>76</sup>

Os direitos inerentes à criança e ao adolescente foram reconhecidos pelo Direito Internacional antes se serem consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, pois até então esta pluralidade de direitos eram ignorados, sendo ratificada pelo Decreto n.º 99.710/90, em seu art.

---

<sup>76</sup> CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 133.

3.1, que dispõe: “todas as decisões relativas às 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.”<sup>77</sup>

Considerando-se a maior fragilidade da criança e do adolescente, devido à sua pouca maturidade e, por conseguinte inabilidade para gerir a própria vida, reconheceu-se que eles deveriam passar a desfrutar de maior proteção.

Nesse contexto, o art. 227<sup>78</sup> da Constituição Federal exerce relevante papel por tratar de uma norma respaldada na Carta Maior, que traz direitos fundamentais aplicadas a todas as pessoas humanas, mas priorizando de forma absoluta os direitos da criança sob a ótica de serem sujeitos passivos à família, à sociedade e ao Estado.<sup>79</sup>

Cumprido ressaltar sobre o assunto, a necessidade e a importância primordial dos interesses dos menores após a dissolução do vínculo conjugal, ou seja, no que diz respeito a fixação da guarda e se há a continuidade das obrigações existentes antes da ruptura pelos genitores com relação aos filhos. Pois, acima de tudo prevalece o bem-estar do menor e o que será melhor para seu desenvolvimento.

Tânia da Silva Pereira se posiciona quanto à aplicação do princípio do melhor interesse nas questões relativas à guarda dos menores, havendo subjetividade em cada caso

---

<sup>77</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.126.

<sup>78</sup> Art. 227 da Constituição Federal: “Art. 227. 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

<sup>79</sup> LAURIA, Flávio Guimarães. **A Regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 34.

particular e levando em consideração a proteção daqueles que necessitam de proteção especial, mantendo seus interesses valorizados e preservados. Assim, afirma:

Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto(...) não existe uma orientação uniforme nem mesmo dos fatores determinantes do que venha a ser o melhor interesse.<sup>80</sup>

Com relação ao rompimento da sociedade conjugal, devem ser levadas em consideração circunstâncias que ensejam o real sentido do melhor interesse da criança, devendo os genitores se manterem presentes no momento da transformação da família, evitando primordialmente que os menores se envolvam no conflito conjugal, mas inserindo-os na nova situação, para que no futuro não levem reflexos prejudiciais no decorrer da vida familiar de cada um. Muitas vezes sendo inevitável que as crianças não se envolvam neste impacto, que é a separação dos pais.<sup>81</sup>

Sob esse enfoque, Evandro Luiz Silva esclarece que:

Numa separação, é inevitável o desgaste e ansiedades pertinentes aquele momento. No entanto, querer deixar as crianças de fora, é tirá-las do contato com a realidade, e deixar que as suas fantasias se multipliquem, trazendo muitas vezes danos maiores que a realidade posta. A criança só tem a crescer e amadurecer, ao passar pelas angústias próprias do momento, tendo seus pais ao seu lado para ajudar a passar por essa fase. O conflito suscitado por uma separação, nos pais e filhos, é algo que precisa ser enfrentado por todos, e é necessário um tempo para a sua elaboração. No entanto, tanto quanto os pais, as crianças precisam ter contato com esse conflito, vivenciando assim a realidade que ele impõe, visto que os conflitos são inerentes ao ser humano.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança. In: \_\_\_\_ O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3-4.

<sup>81</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** São Paulo: Atlas, 2009, p.61.

<sup>82</sup> EVANDRO, Luiz Silva. **A separação do casal e as consequências dos tipos de guarda.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvTextoId=1007062538>>. Acesso em: 12 set.2009.

Por meio da utilização da guarda compartilhada impõe a verificação do melhor interesse da prole, na continuidade nas relações paterno-filiais e materno-filiais de acordo com cada caso em concreto, pois o que se busca são condições adequadas para o desenvolvimento físico, emocional, moral, educacional, religioso, e principalmente afetivo na vida dos menores. Entretanto, esta modalidade de guarda seria benéfica ao menor, proporcionando aos pais e aos filhos uma continuidade da convivência familiar mesmo com a separação.

Paulo Luiz Netto Lobo enfatiza a guarda compartilhada como meio de efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente:

A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada ou da guarda alternada, enfim, da manutenção da coparentalidade, de modo que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles.<sup>83</sup>

Contudo, a guarda compartilhada à luz deste princípio proporciona uma preservação dos laços familiares e a manutenção de ambos os pais no processo de formação de seus filhos, alcançando sempre seus interesses assegurados nos direitos fundamentais que lhes são garantidos constitucionalmente.

### *3.1.2 Princípio da Convivência Familiar*

Passar-se-á ao estudo de outro princípio de extrema importância do Direito de Família que é o da convivência familiar, sendo um ponto de partida para a fixação da guarda compartilhada. Tal princípio encontra-se respaldo na Constituição Federal, no art. 227, e é um direito da criança e do adolescente.

---

<sup>83</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003. p.200.

O direito à convivência familiar é garantido a todas as pessoas humanas, mas o Estado tem o dever de proteger de forma absoluta as crianças e os adolescentes. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira: “qualquer dos cônjuges na Separação ou Divórcio, as mães solteiras, viúvas e, mesmo os celibatários com seus filhos, são reconhecidos como base a convivência familiar, identificada como Direito Fundamental Constitucional (art. 227-CF)”.<sup>84</sup>

Assim, quando ocorre o rompimento do elo conjugal não significa para a criança uma restrição ao seu direito à convivência familiar. Ou seja, uma relação de proximidade com os pais é extremamente benéfica para o desenvolvimento do filho, pois este necessita da presença daqueles, orientando e apoiando, mesmo quando não haja os vínculos formais e afetivos entre o casal, como bem acentua Fabíola Santos Albuquerque:

Este princípio detém natureza constitucional e, perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, integra o rol dos chamados direitos fundamentais. (...) Como sabido, a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento e a realização plena de seus membros. Nesses termos, o princípio da convivência familiar é um corolário lógico do sentido de família e, por conseguinte, é direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais. Qualquer hipótese diferente dessa orientação denota excepcionalidade.<sup>85</sup>

Nesse sentido, é no seio familiar que a criança e o adolescente desenvolvem suas qualidades pessoais que dependem essencialmente da participação e forma como os genitores exercem e mantêm a convivência familiar. Nesse sentido, Cláudia Maria da Silva expõe que:

---

<sup>84</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15.

<sup>85</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa**. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 23.

É necessário que os genitores, na constância da união conjugal, tenham dimensão exata do real significando da convivência familiar que não se esgota na simples e diária coexistência, ou coabitação. Do contrário, seria convivência doméstica e não familiar, que se extingiria diante da dissolução do elo conjugal.<sup>86</sup>

Tendo em vista o princípio da convivência familiar, a guarda compartilhada proporciona a manutenção dos laços afetivos, permitindo a maior aproximação do menor com a figura do não-guardião, assim como sugere que se elimine a rigidez do calendário de visitas.<sup>87</sup>

Conclui Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos que:

A guarda conjunta é a maior expressão do direito à convivência familiar. Além de garantir ao filho o contato direto com ambos os pais, facilita o controle de sua educação, saúde, alimentação, integridade física e formação moral de uma forma mais ampla, diminuindo os riscos de desmandos por parte de um dos genitores, propiciando à criança um desenvolvimento mais sadio e feliz.<sup>88</sup>

Todavia, verifica-se com o estudo desses princípios uma proximidade e interação entre eles, visto que caminham juntamente no que diz respeito à fundamentação da modalidade da guarda compartilhada, conforme o ensinamento de Rodrigo da Cunha Pereira: “Zelar pelo interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com

---

<sup>86</sup> SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho – descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho In: **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBSFAM, v.6, n.25, ago-set., 2004, p.136.

<sup>87</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Compartilhada: um passaporte para a convivência familiar**. In: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (Org.). *Guarda Compartilhada. Aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p.53.

<sup>88</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A guarda compartilhada como direito fundamental da criança. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 15, jan./jun. 2002. p. 218-219.

ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone”.<sup>89</sup>

### **3.2 A Mediação como instrumento para a Efetivação da Guarda Compartilhada**

Convém observar que a aplicação da guarda compartilhada não gera dificuldades quando há dissolução consensual entre cônjuges ou companheiros. A preocupação de alguns civilistas é quando não há acordo entre os pais sobre ela, provocado pela animosidade, freqüentemente em ações litigiosas, pois mesmo após a ruptura, persistiria o conflito o qual prejudicaria o exercício da guarda compartilhada.<sup>90</sup>

Este problema será tratado a seguir, determinando os meios para a implementação da guarda compartilhada, buscando analisar as melhores circunstâncias e procedimentos adequados para a sua utilização, sendo contornável pelo incentivo da prática da mediação familiar.

#### *3.2.1 Do acordo entre as partes*

Como já mencionado, a implementação da guarda compartilhada está inserida no Código Civil, no artigo 1584, inciso I, que trata do requerimento judicial conjunto, por ocasião de separação, divórcio, dissolução de união estável ou medida cautelar. Já no inciso II do referido

---

<sup>89</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.135.

<sup>90</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei n. ° 11.698/08**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 02 set. 2009.

artigo, ocorre a decretação da guarda pelo juiz quando há uma situação sem consenso quanto ao destino dos filhos.

A maior parte da doutrina reconhece que a necessidade do acordo entre os pais para a aplicação da guarda conjunta atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como observa Rolf Hanssen Madaleno:

A guarda compartilhada não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. Deve ser tido como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora, tenha consolidado a perda de sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de inteira realização parental, empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole.<sup>91</sup>

No que tange as causas envolvendo a guarda judicial, a mediação permite uma solução razoável para o conflito, evitando-se o ressurgimento da lide e o oferecimento de nova demanda judicial.<sup>92</sup>

Quando não há o consenso entre os pais surge a importância da aplicação do instituto da mediação, uma vez que os pais buscarão uma solução acerca da guarda dos menores, com o intuito de chegar a guarda compartilhada, sempre buscando o melhor interesse do menor.

---

<sup>91</sup> MADALENO, Rolf Hanssem. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.p. 354.

<sup>92</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei n. ° 11.698/08**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 02 set. 2009.

Vale destacar o conceito de mediação, de acordo com Walsir Edson Rodrigues

Júnior:

(...) O processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro é imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão-somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos.<sup>93</sup>

Corroborando com esse posicionamento, Paulo Luiz Netto Lobo assim dispõe:

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho (...). O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição. Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza.<sup>94</sup>

Entende-se que a mediação é uma forma extrajudicial de solucionar conflitos, não havendo intervenção do ente estatal, mas sim de um terceiro imparcial, o mediador, com a finalidade de proporcionar um entendimento entre as partes envolvidas, através da comunicação, as quais procuram uma resposta ao problema vivenciado, em que ambas saiam ganhando. A respeito, Águida Arruda Barbosa leciona:

---

<sup>93</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.75.

<sup>94</sup> LOBO NETTO, Paulo Luiz. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.177.

A mediação, examinada sob a ótica da teoria da comunicação, é um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertar seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito. Essa transformação constitui oportunidade de construção de outras alternativas para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos.<sup>95</sup>

Contudo, não se pode confundir a mediação, a conciliação ou autocomposição e a arbitragem, pois a distinção é justamente o grau de interferência do terceiro na elaboração do acordo. Na mediação há um acordo ajustado pelas próprias partes, sendo que o mediador não interfere e sim facilita na comunicação entre os envolvidos. Já na conciliação, tem o conciliador que não decide, mas influencia diretamente na decisão dando sugestões a um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria a ambas as partes. Por fim, a arbitragem é promovida por um terceiro eleito pela partes, o árbitro, para que resolva o litígio relacionado a elas.<sup>96</sup>

Ao recorrer à mediação, possibilita às partes envolvidas uma possível superação das fortes emoções acometidas pelo traumático processo de separação, dando lugar à racionalidade e chegando a um entendimento convergente.

### *3.2.2 Imposição judicial*

Conforme mencionado anteriormente, para muito doutrinadores a fixação da guarda compartilhada depende do consenso entre os genitores. A discussão gira no que diz respeito nos efeitos da sua imposição judicial nos casos em que não há o acordo entre eles, pois

---

<sup>95</sup> BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.33.

<sup>96</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.74-75.

para que haja efetividade ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é preciso um mínimo de colaboração entre os pais.

Neste caso, quando ocorre o desacordo, o ideal seria inexistir imposição judicial da guarda conjunta, conforme menciona Maria Pisano Motta:

(...) aplicar essa modalidade de guarda, em especial através de sentença e não como fruto de um acordo exaustivamente ‘trabalhado’ e elaborado pelas partes, pode se revelar uma contra-indicação para que o melhor interesse da criança seja atendido, uma vez que os tribunais não serão capazes de construir o que de fato não existe, ou seja, deve haver uma disposição básica, natural, por parte dos pais para que tal modalidade de guarda venha de fato a funcionar satisfatoriamente.<sup>97</sup>

No mesmo sentido Ana Maria Milano Silva discorda da imposição dos juízes quando um dos genitores quer a guarda compartilhada e o outro não, com o seguinte posicionamento:

Nas ações de separação e divórcio, em que não há um consenso, a sentença judicial não deve impor às partes o exercício de um direito subjetivo. Seria, na verdade, atribuir um dever que, no caso da guarda conjunta, ofenderia o princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso II: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.<sup>98</sup>

Em contrapartida, existem os doutrinadores que acreditam na imposição dos juízes quanto à aplicação da guarda conjunta quando não há acordo, eis que acreditam na convicção colhida em elementos suficientes durante a instrução processual capazes de atender ao melhor interesse do casal e de seus filhos. Assim dispõe Eduardo de Oliveira Leite:

---

<sup>97</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano, **Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos**. In: CATTANI, Aloysio Raphael...et al. *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000. p. 94.

<sup>98</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006, p. 101.

(...) os juízes devem ter a liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusarem sem justo motivo. (...) A tendência atual, tanto nos países europeus quanto nos da América do Norte, tem se direcionado na atribuição da guarda conjunta quando os juízes estão convencidos que os genitores podem cooperar, mesmo que algumas objeções aparentes, ou infundadas, tenham sido levantadas no transcorrer do processo.<sup>99</sup>

Sob esta ótica, Suzana Borges Viegas de Lima reforça o entendimento de que “o juiz poderá arbitrar a adoção da guarda compartilhada, mesmo diante de situações envolvendo determinado grau de disputa, desde que a sua recomendação seja em benefício único e exclusivo dos filhos”.<sup>100</sup>

A respeito das considerações, entende-se que para se obter sucesso e efetividade da guarda compartilhada, vislumbra-se a idéia de que deve haver o acordo entre os genitores e não deve ser imposta pelo magistrado às partes, pois só será benéfica e atenderá ao melhor interesse do menor se for fruto de uma disposição natural dos pais.

Nos casos de litígio, havendo a implementação forçada da guarda compartilhada ocasionará prejuízos emocionais ao menor, diante da recusa em dar continuidade ao exercício conjunto, aumentando cada vez mais os conflitos já existentes. Nesse sentido, reafirma-se que a melhor solução é a prática da mediação mesmo nestas ações litigiosas, diante da concretização de um ajuste entre as partes mesmo antes da demanda judicial ou por acordo firmado no decorrer processual, propiciando o restabelecimento do equilíbrio entre os genitores até chegar na fixação da guarda conjunta, pois seria interessante recorrer às modalidades alternativas para a solução de conflitos familiares.

---

<sup>99</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.268-269.

<sup>100</sup> LIMA, Suzana Borges Viegas de. Aspectos da guarda compartilhada no código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Cristóvão, v. 5, n. 18, p. 287-299, abr./jun. 2004. p. 297.

Segundo as jurisprudências do Tribunal de Justiça do DF, as sentenças aplicadas são unívocas no sentido de indeferimento da guarda compartilhada quando o ocorre animosidade entre o casal:

PROCESSUAL CIVIL – SEPARAÇÃO LITIGIOSA – PARTILHA DO PATRIMÔNIO E DÍVIDAS COMUNS E GUARDA DOS FILHOS MENORES – MATÉRIA INERENTE À LIDE PRINCIPAL – RECONVENÇÃO - DESNECESSIDADE – CIVIL - BENS MÓVEIS – DIVISÃO IGUALITÁRIA ENTRE OS CÔNJUGES – OBSERVÂNCIA DO CONSENSO EXISTENTE ENTRE AS PARTES - DÍVIDAS CONTRAÍDAS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – PRESUNÇÃO DE QUE FORAM CONTRAÍDAS EM BENEFÍCIO DO CASAL – GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS MENORES – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE BOM RELACIONAMENTO ENTRE OS PAIS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A ação de separação litigiosa abrange as questões relativas à partilha dos bens e dívidas comuns e à guarda dos filhos, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma ou reconvenção para o exame de tais questões. O mesmo não se aplica à pretensão de ver reconhecida à culpa do cônjuge que deduziu o pedido de separação litigiosa vez que, constituindo contra-ataque, deve ser formulado em reconvenção. Precedente TJDFT.
2. Inexistindo controvérsia entre as partes, os bens móveis adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos litigantes.
3. Devem ser incluídos na partilha os mútuos bancários contratados pelo cônjuge varão, vez que celebrados na constância do casamento, inexistindo prova que afaste a presunção de terem sido contraídos em benefício do casal.
4. Segundo a jurisprudência desta Eg. Corte de Justiça, a guarda compartilhada somente pode ser concedida quando os pais, mesmo separados, mantêm uma boa convivência e diálogo a permitir a preservação dos interesses da criança.
5. Quando a conduta da parte constitui regular direito de ação, não se subsumindo às hipóteses do art. 17 do CPC, não merece prosperar o pleito de litigância de má-fé.
6. Recurso conhecido e parcialmente provido. (20060610023850APC, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 13/08/2009, DJ 27/08/2009 p. 61)

CIVIL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA CONVIVÊNCIA E DIÁLOGO ENTRE OS PAIS. NÃO-ATENDIMENTO AOS INTERESSES DA CRIANÇA.  
1 - A guarda compartilhada somente pode ser concedida na medida em que os pais, mesmo separados, mantêm uma boa convivência e diálogo a permitir a preservação dos interesses da criança.  
2 - Recurso não provido.(20070610024635APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 10/12/2008, DJ 19/01/2009 p. 84)

### **3.3 Vantagens e desvantagens da Guarda Compartilhada**

Conforme estudado, o instituto da guarda compartilhada trata do compartilhamento do exercício da autoridade parental, preservando os vínculos afetivos, uma vez que o genitor não perde o filho, assim como este não perde aquele, uma vez que há o rompimento da sociedade conjugal e nunca a parentalidade.

O exame da citada guarda, para que sua utilização se torne aceitável e de correta aplicação, deve conter uma análise de seus prós e contras, pois a princípio, nada é perfeito ou de total inutilidade, com raras exceções, principalmente quando se encontra em jogo o desenvolvimento da personalidade de um ser em constante desenvolvimento.

Quanto às vantagens, pode-se dizer que com a separação ou divórcio há uma proximidade maior dos filhos com ambos os pais, proporcionando maior equilíbrio emocional aos filhos. Waldyr Grisard Filho expõe os aspectos positivos em seus ensinamentos:

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a possibilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação dos pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por conseqüência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes. No contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade

das relações pais-filhos e a não-exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.<sup>101</sup>

No que diz respeito à responsabilidade, havendo um dano, presunção de erro ou falha na educação e vigilância das crianças essa recai a ambos os pais, ainda que a guarda física se encontre com um dos genitores, pois como há o desempenho igualitário das obrigações, os pais ficam responsáveis pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos.<sup>102</sup>

Salienta-se que a vida cotidiana dos pais com os filhos permanecem intactas, já que as crianças não ficam a mercê de uma escolha dolorosa com quem prefere morar. Além disso, mantém a convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores. Waldyr Grisard Filho ressalta:

A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais. Os filhos querem ficar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro. Cooptados à verdade de cada qual dos genitores, repetirão o discurso do pai quando na companhia deste e o da mãe em igual situação, aumentando o conflito. A guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex- cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar.<sup>103</sup>

Em linhas gerais, as vantagens obtidas pelas perspectivas dos pais são: “ambos se mantêm guardadores; qualificação na aptidão de cada um deles; equiparação dos pais quanto

---

<sup>101</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.217.

<sup>102</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009, p.108.

<sup>103</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.218.

ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional; compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho; maior cooperação”.<sup>104</sup>

Já as vantagens obtidas pelos filhos são: “convivência igualitária com cada um dos seus pais; inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais; não há pais periféricos; maior comunicação; menos problemas de lealdades; bom modelo de relações parentais”.<sup>105</sup>

Contudo, Eduardo de Oliveira Leite conclui que: "a guarda conjunta apresenta um resultado praticamente igual de recomposição da vida familiar para ex-esposas e ex-maridos, reafirmando a igualdade desejada pelo texto constitucional”.<sup>106</sup>

Embora a fixação da guarda compartilhada apresente inúmeras vantagens aos filhos também é alvo de críticas, pois todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas sensíveis.

No entanto, em determinadas situações em que nas famílias predominam a discórdia e o desrespeito, nas quais não existem mais qualquer tipo de convivência e cooperação entre os cônjuges, já explorados todos os meios de acordo, e colocando risco ao menor, devem optar pela guarda única para um dos genitores e conceder ao outro, o direito amplo de visitas.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.221.

<sup>105</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.221.

<sup>106</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.282.

<sup>107</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.225.

O jurista Segismundo Gontijo critica a aplicação da guarda compartilhada e considera que:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, (...) em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iôidôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de 'lar', sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno. Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que, acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos, não é recomendável.<sup>108</sup>

Esta crítica feita pelo jurista seria uma condenação à guarda alternada, pois a confusão que muitos fazem entre a guarda alternada e a compartilhada tem levado a não aplicação desta última, pelo fato de não entenderem que inexistente o pressuposto de compartilhamento da educação dos filhos em lares separados.

Na mesma linha de oposição, Eliana Riberti Nazareth relata que:

Quando as crianças são muito pequenas é outra situação em que não se aconselha a guarda compartilhada. Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para o 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.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> GONTIJO, Segismundo. *Apud* GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.225-226.

<sup>109</sup> **Pai e filho**. Disponível em: <<http://www.paiefilho.com.br/cinco/mpage/x054c.htm>>. Acesso em: 21 set. 2009.

Esta visão da autora não poderia ser inserida na guarda compartilhada, pois no tocante a este instituto, há como requisito uma residência fixa do menor, o que proporciona estabilidade em sua vida e rotina.

Em suma, a guarda compartilhada vem surgindo como modelo ideal para que se aperfeiçoe a correta orientação a ser dada a criança, proporcionando-lhe uma adequada formação de seu caráter e de sua personalidade dentro do âmbito familiar. É considerada o caminho possível para assegurar aos filhos de pais separados a presença contínua em harmonia de ambos os genitores.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que, os avanços profundos no que tange ao Direito de Família demonstram que a família é a célula de maior importância na sociedade e que nos dias atuais prevalece a igualdade de sexos, permitindo que as obrigações referentes aos cuidados dos menores sejam exercidas, conjuntamente, por ambos os pais.

Contudo, quando ocorre a dissolução conjugal, o filho é posto em destaque, tendo sua integridade física, psíquica e moral, assim como a dignidade resguardadas pelos pais, sendo indispensável a aplicabilidade dos princípios da convivência familiar e do melhor interesse do menor.

Em decorrência, surge em nossa realidade jurídica um novo instituto de guarda, a chamada guarda compartilhada, já sendo aplicada através de ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, até, finalmente, ser promulgada a Lei n. 11.698, de 2008, passando a instituir e disciplinar esta modalidade, de modo preferencial sobre as demais.

A guarda compartilhada é o modelo ideal, porque coloca os genitores em face da formação da prole, com deveres comuns no que diz respeito à educação, ao desenvolvimento e ao sustento das crianças.

Apesar de ser vista como um instituto complexo, não pode ser adotada de maneira generalizada, mas sim observando a realidade de cada caso em concreto, cada contexto familiar, ou seja, a situação dos filhos e a perspectiva do casal. Mas, o magistrado deve incentivar

a adoção da guarda compartilhada e somente em casos em que não atender o melhor interesse do menor que deverá ser aplicada a guarda única.

Em suma, quando não há o consenso entre os genitores pós-ruptura, a guarda compartilhada deve ser feita com cuidado, pois para se obter um resultado satisfatório, é imperioso possuir uma convivência suportável entre os pais.

A respeito disso, foi verificado a importância da mediação familiar para solução de conflitos de guarda, principalmente em se tratando de conflitos dessa natureza, buscando, através da comunicação, superar os embaraços de cada um, transformando um litígio em uma solução consensual, pois o melhor interesse do menor não pode estar sujeito à vontade e nem a falta de acordos dos pais.

Por fim, a guarda compartilhada deve vista como um importante instrumento que proporciona a continuidade dos laços afetivos, não afastando aqueles que estão em plena formação do convívio de seus pais, sempre em prol da concretização dos princípios da convivência familiar e do melhor interesse do menor.

## REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa.** *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, 2005.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei n.º 11.698/08.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 02 set. 2009.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio.** Lisboa: Cosmos, 1997.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a Guarda Compartilhada.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Compartilhada: um passaporte para a convivência familiar.** In: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (Org.). **Guarda Compartilhada. Aspectos psicológicos e jurídicos.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

EVANDRO, Luiz Silva. **A separação do casal e as consequências dos tipos de guarda.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvTextoId=1007062538>>. Acesso em: 12 set. 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A Regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Aspectos da guarda compartilhada no código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Cristóvão, v. 5, n. 18, p. 287-299, abr./jun. 2004.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rolf Hanssem. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos**. In: CATTANI, Aloysio Raphael...et al. *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

**Pai e filho**. Disponível em: <<http://www.paiefilho.com.br/cinco/mpage/x054c.htm>>. Acesso em: 21 set. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**. In: \_\_\_\_ **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIMENTEL, Patrícia. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob enfoque do direito de família**. São Paulo: Lumen Júris, 2005.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A guarda compartilhada como direito fundamental da criança. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 15, jan./jun. 2002.

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

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTIAGO JÚNIOR, Aluísio. **Direito de Família**. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho – descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho In: **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBSFAM, v.6, n.25, ago-set., 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.