

GUARDA COMPARTILHADA: UMA REFLEXÃO ACERCA DA EFICIÊNCIA PRÁTICA DA LEI 13.058/2014

SHARED GUARD: A REFLECTION ON THE PRACTICAL EFFICIENCY OF LAW 13.058 / 2014

Isabela Oliva de Paula¹
Altair Resende de Alvarenga²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a reflexão acerca da eficiência prática da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, em diversos aspectos: os benefícios da aplicação da guarda compartilhada para o menor, a obrigação alimentar, a corresponsabilidade entre os genitores e a obrigação legal de aplicação da guarda compartilhada, mesmo quando os genitores se encontram em contenda. De ver-se que o fio condutor do tema passa, obrigatoriamente, pela inflexão do Princípio da Proteção Integral do Menor, consagrado na Constituição da República de 1988, perpassando em revista ao instituto do Poder Familiar, aos pormenores da guarda e, ainda, pelas modalidades de guarda, para, melhor contextualização do instituto da Guarda Compartilhada – motivo de frequente e lamentável confusão com a guarda alternada – inclusive quanto ao modelo impositivo introduzido pela nova lei.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Obrigatoriedade. Poder Familiar. Interesse do menor.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to reflect on the practical efficiency of Law 13,058, dated December 22, 2014, in several aspects: the benefits of applying shared custody to minor, food obligation, co-responsibility between the parents and the obligation of shared custody, even when the parents are in contention. It should be noted that the guiding thread of the theme necessarily passes through the inflection of the Principle of the Integral Protection of Minors, enshrined in the Constitution of the Republic of 1988, reviewing the institute of Family Power, the details of the guard and, Modalities of guarding, to better contextualize the Shared Guard Institute - a reason for frequent and lamentable confusion with the alternate custody - including regarding the tax model introduced by the new law.*

Keywords: *Shared guard. Obligatoriness. Family Power. Interest of the minor.*

1 INTRODUÇÃO

A guarda consiste em um desdobramento do poder familiar, ou seja, constitui-se em uma incumbência legal do dever de: proteger, custear, educar e dar afeto, que os pais têm

¹ Graduada em Direito pelo UNIFOR-MG – Minas Gerais – Brasil. E-mail: isabela-oliva-94@hotmail.com.

² Doutor em Ciências Jurídico-Sociais pela Universidad del Museo Argentino Professor Titular das Disciplinas de Direito Penal I, II, III, IV, Direito Civil VI (família) e Práticas Jurídicas em Processo Penal I do UNIFOR-MG. Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Formiga-MG. E-mail: altairr@terra.com.br.



diante dos filhos. O poder familiar tem início com o nascimento da prole. Desde então, os genitores são detentores de direitos e deveres constitucionalmente definidos.

Quando da constância do enlace afetivo, os pais exercem a guarda conjunta da criança e do adolescente, fato que não gera controvérsia. O dilema surge quando do fim da relação amorosa, momento em que os genitores não conseguem entrar em consenso sobre questões relativas à guarda da prole e procuram a prestação jurisdicional para arbitrar a controvérsia.

O instituto da guarda comporta diversos modelos: unilateral; atribuída a terceiros; nidal; alternada e compartilhada. O magistrado, visando atender ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, irá analisar a situação concreta, para, assim, definir qual modelo de guarda melhor atenderá aos interesses do menor, se cercado de estudos elaborados por equipe multidisciplinar.

Muitos doutrinadores e psicólogos asseguram que o modelo de guarda que melhor atende aos interesses das crianças e adolescentes é a guarda compartilhada, pois não transfere aos filhos um encargo a que não deram causa. Ou seja, não afasta um dos genitores do menor, em razão do fim do relacionamento ou até mesmo na hipótese de concepção, resultante de relação avulsa.

Dessa forma, quando os genitores estiverem aptos ao exercício do poder familiar – e quiserem – o Poder Judiciário aplicará a guarda compartilhada. Assim, os pais serão corresponsáveis por todos os direitos e deveres relativos à vida dos filhos, exercendo, conjuntamente, a guarda, conforme acontecia quando da constância do relacionamento. Atualmente, a aplicação desse modelo de guarda passou a ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro.

A nova normatização do tema, como modelo de aplicação compulsória, encontrou enorme dissenso na doutrina e jurisprudência, pois, quando os genitores conseguem entrar em consenso para definir questões acerca da vida de seus filhos, não precisam provocar o judiciário para dirimir impasses.

Destarte, urge um exame mais aprofundado sobre o tema em questão, haja vista que a definição da guarda e as condições de sua aplicação inferem diretamente no bem-estar das crianças e adolescentes.

Dentro desses parâmetros, serão abordados os principais temas ligados ao instituto da guarda compartilhada, como o poder familiar, causas modificativas do poder familiar e o



princípio da proteção integral do menor, passando ainda pelo instituto da guarda e suas modalidades, bem como pela obrigação alimentar do não-guardião, desaguando na modalidade da guarda compartilhada.

Por derradeiro, avança-se na questão da obrigatoriedade legal de aplicação da guarda compartilhada, elucidando a questão da corresponsabilidade, no caso de genitores indispostos, adentrando ainda na seara do papel da doutrina e jurisprudência de colmatar a inúmeras situações fáticas, em confronto com a regra impositiva.

Portanto, esta pesquisa tem como objetivo realizar uma reflexão acerca da eficiência prática da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, nos seus mais diversos aspectos.

2 PODER FAMILIAR

O poder familiar se encontra arraigado na Constituição da República de 1988, no Código Civil de 2002, e também no Estatuto da Criança e do Adolescente. A doutrinadora Diniz (2010) conceitua o instituto como sendo:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (Diniz, 2010, p. 565).

Gouveia (2011, *apud* ROSA, 2015, p. 48) assim define o encargo do poder familiar:

Essa função é fundamentada no direito subjetivo, inerente à condição de pais, que exercem deveres jurídicos em prol dos filhos. É, pois, o conjunto de obrigações dos pais para com os filhos, que abrange, dentre outros, os deveres de educação, guarda e sustento, material e moral.

A denominação “poder familiar” substituiu a pretérita nomenclatura de pátrio poder. Em decorrência dessa evolução, o instituto deixou de ter um caráter autoritário, de poder absoluto sobre a prole, para assumir uma condição protetiva.

Ao se tornar menos um poder e mais um dever dos genitores, o poder familiar se transformou em um *múnus*³. Nesse sentido, ensina Lôbo (2011 *apud* ROSA, 2015, p. 15), o poder familiar dos pais é um ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos.

³ Encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir.



O instituto possui, ainda, algumas características. Conforme preleciona Diniz (2015, p. 462), o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Assim, percebe-se que os genitores não podem abrir mão do poder familiar, nem dispor dele a título gratuito ou oneroso. Só o perdem nos casos previstos na legislação.

De forma a regulamentar o exercício do poder familiar, o Código Civil vigente elencou, em seu artigo 1.634⁴, atribuições que os pais têm em relação aos filhos. No rol do referido diploma normativo, o legislador ocupou-se, em suma, com encargos de natureza patrimonial, deixando de tratar do dever constitucionalmente conferido aos genitores, que é de dar amor e afeto para a pessoa dos filhos.

Com isso, é evidente que os deveres tratados pelo Código Civil vigente se somam aos previstos pela Carta Magna de 1988 e, ainda, com os previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto ao exercício do poder familiar, elucida Pereira Júnior (2011, *apud* ROSA, 2015, p. 23):

Os poderes reconhecidos aos pais devem servir ao desenvolvimento pleno da personalidade dos filhos. Por isso, no conjunto de poderes-deveres reconhecidos, ressaltam os deveres relativos à formação moral. A disciplina do poder familiar contém elementos que facilitam a percepção de exigências de formação integral, objeto da educação no lar e fora dele, razão pela qual se cobra das entidades nessa tarefa.

Avulta ressaltar, que a qualidade do relacionamento existente entre os genitores é completamente desvinculada do exercício do poder familiar, por ambos. Vê-se do artigo

⁴Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).



1.632 do Código Civil⁵, que mesmo com o divórcio ou dissolução de união estável, os direitos e deveres dos pais, perante seus filhos não sofrem nenhuma alteração.

2.2 Causas que modificam o exercício do poder familiar

Objetivando o bem-estar e a proteção do menor, o legislador prevê hipóteses em que poderá ocorrer a suspensão, perda ou extinção. Contudo, é preciso distinguir esses institutos, de forma a facilitar o estudo dessas hipóteses. Nesse sentido, Diniz (2015, p. 470) ensina que

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar.

A suspensão do poder familiar tem muito mais uma natureza protetiva, de vez que os menores ficam afastados da presença nociva dos pais, do que um caráter punitivo aos próprios genitores. As hipóteses de suspensão do poder familiar encontram-se arraigadas no artigo 1.637 do Código Civil⁶.

Importante salientar que o genitor não tem o exercício do poder familiar suspenso quando do descumprimento do encargo de dever de sustento, já que a carência de recursos materiais não é motivo suficiente para tanto, na feliz dicção do artigo 23, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷.

Impõe-se, no ponto, trazer à lume a distinção feita pela doutrina entre perda e extinção do poder familiar. A primeira consiste em uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a segunda pode ocorrer pela morte, maioridade ou emancipação.

O Código Civil de 2002 trata das hipóteses de extinção e perda do poder familiar nos artigos 1.635 e 1.638⁸.

⁵Art. 1.632. 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.

⁶Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

⁷Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar.

⁸Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do artigo Art. 1.638. 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,



Muito mais gravosa é a extinção do poder familiar. A extinção tem caráter permanente, enquanto a suspensão é temporária. Assim, deixando de existir a causa que desencadeou a suspensão, o genitor pode retornar ao exercício do poder familiar.

2.3 Princípio da Proteção Integral do Menor

O artigo 227, *caput* da Carta Magna de 1988⁹, preconiza que as crianças (até doze anos incompletos) e os adolescentes (de 12 aos 18 anos) são titulares de direitos à: vida; saúde; educação; convivência familiar e comunitária; liberdade; dentre outros.

Tendo a Constituição da República de 1988 consagrado que a família, a sociedade e o Estado assegurem uma proteção especial às crianças e adolescentes, igualmente a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) preconiza a proteção integral dos jovens, assegurando-lhes direitos e medidas protetivas.

Nesse viés, elucida Sá (2004, *apud* DIAS, 2015):

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no ECA (L 8.069/1990), microsistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeito de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

Assim, qualquer tema que envolva interesses de crianças e adolescentes, por exemplo, questões relativas à guarda, devem, fielmente, atender ao Princípio da Proteção Integral, consagrado constitucionalmente.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA GUARDA

A guarda consiste em um desdobramento do poder familiar. Assim, pode-se dizer que a guarda figura como uma demarcação de poderes atribuídos pelo próprio poder familiar, em que o guardião deve vigiar e proteger a prole, além de garantir a segurança necessária para o

reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

⁹É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).



desenvolvimento saudável desta. Com isso, considera-se que o poder familiar é algo genérico, com diversos desdobramentos, sendo, um deles, a guarda.

Sobre o instituto da guarda, sustenta Otero (2012, *apud*, 2013 MADALENO, p. 430):

A guarda é atributo do poder familiar, e se refere à convivência propriamente dita, constituído do direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho, a quem representa em juiz nas ações onde for parte, sendo a custódia uma decorrência da separação dos pais, tenham sido ou não casado.

Elucida, ainda, Carbonera (2000, p. 44):

O termo guarda como o ato ou o efeito de guardar e proteger o bem tutelado é exercido por um guardião que sempre alerta, atuara para evitar qualquer dano. Tem como função a responsabilidade de manter a coisa intacta e, caso não logre êxito em sua atividade, responderá pelo descumprimento de seu papel. Esta coisa trata-se do guardado, ou seja, o objeto que está sob os cuidados do guardião que está dotado de, pelo menos duas características básicas: a preciosidade e a fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranho o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr o risco de perda.

A guarda, em si, não afeta o exercício do poder familiar dos genitores em relação à prole, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos.

Assim, pode-se dizer que a guarda visa solucionar a situação jurídica de menores, quando da dissolução dos vínculos afetivos entre os genitores ou, ainda, quando estes sequer coabitaram.

Nesse sentido, Grisard Filho (2014, *apud* ROSA, 2015, p. 48) ensina sobre a guarda:

Ela surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas nos dispositivos do Código Civil que versam sobre o poder familiar.

O critério utilizado pelo magistrado para definir o modelo de guarda adequado ao caso concreto deve atender, fielmente, ao Princípio do Melhor Interesse do Menor, consagrado pelo artigo 227 da Carta Magna de 1988, reafirmado pelos artigos 22 do Estatuto da Criança e



do Adolescente¹⁰ e 1.634 do Código Civil vigente, que, juntos, constroem a base para a proteção integral do menor.

Por isso, não pode a guarda se voltar aos interesses particulares dos genitores, que, muitas das vezes, utilizam o fato de conseguir a guarda dos filhos como um “troféu” para atingir o outro.

O magistrado, visando atender ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, deve observar qual genitor reúne melhores condições para, então, estabelecer a guarda do menor, o que será definido pelo trabalho do serviço social e de psicologia, por meio de peritos e assistentes técnicos.

Assim, tem-se que o trabalho para a definição da guarda não trata apenas de aplicar, simplesmente, a lei ao caso concreto, mas sim de um trabalho interdisciplinar, que indicará qual o modelo de guarda mais adequado para que seja garantido ao menor o direito de conviver em um ambiente equilibrado, que possibilitará o seu saudável desenvolvimento.

A guarda comporta diversos modelos, alguns oriundos de construções doutrinárias e outros positivados na legislação pátria. São eles: unilateral; atribuída a terceiros; nidal; alternada e compartilhada.

3.1 Guarda Unilateral

Este modelo de guarda está disciplinado no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil vigente¹¹. É aquele no qual o guardião (um dos genitores que recebe a guarda ou seu substituto) possui o poder decisório exclusivo, e também a custódia física da prole. Será implementada somente quando um dos genitores declarar, em juízo, que não deseja ter a guarda do filho.

Entretanto, aquele que não a detém terá direito de supervisionar os interesses do filho, podendo propor Ação de Prestação de Contas sobre assuntos ou situação que, direta ou indiretamente, afetem a saúde física e psicológica da prole. Existe, ainda, a possibilidade de

¹⁰ Artigo 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

¹¹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). §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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).



imposição de multa diária, quando da negativa de estabelecimentos em prestar informações sobre o filho ao não guardião.

Subsiste, no modelo de guarda unilateral, o direito do não guardião de visitar e ter o filho em sua companhia, em períodos previamente estabelecidos pela Justiça. Estende-se, ainda, esse direito a qualquer dos avós, desde que observados os interesses da criança ou do adolescente.

Sobre a guarda unilateral, elucida Grisard Filho (2014 *apud*, ROSA, 2015, p. 58):

Na pós-ruptura, o genitor que obtenha a guarda assume unipessoalmente o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos conjuntamente, sem prejuízo, entretanto, do direito do outro de ter uma adequada comunicação com o filho e supervisionar sua educação. Há, assim, uma redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do essencial de suas prerrogativas ao genitor não guardião.

3.2 Guarda Atribuída a terceiros

Este modelo de guarda tem seu escopo jurídico no artigo 1.584, § 5º, do Código Civil vigente, e dispõe que:

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.

Assim, a guarda atribuída a terceiros ocorre quando se transfere a terceiros, provisoriamente, a obrigação quanto à manutenção da criança ou adolescente. Esse modelo de guarda não necessita que os genitores tenham sido destituídos do poder familiar.

Quando da sua ocorrência, vem à baila a modalidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, na maioria das vezes, em casos em que a criança esteja na iminência de estar exposta a algum risco, seja físico ou psicológico, se continuar na companhia de seus genitores.

O artigo 33 do referido Estatuto obriga a prestação de assistência moral, educacional e material, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Sobre a guarda atribuída a terceiros, ensina Silvana Maria Carbonera (2000, *apud* ROSA, p. 61), “trata-se de um instituto jurídico pelo qual se atribui a uma pessoa, o guardião,



um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele necessite.”

Cabe salientar, ainda, a hipótese da guarda institucional, em que o Estatuto prevê a inserção provisória da criança e do adolescente, que se encontra em situação de risco em programas de acolhimento familiar ou institucional. Tal hipótese é utilizada em caráter excepcional e com o intuito de reintegração ao ambiente familiar – caso não seja possível, será reinserida, definitivamente, em uma família substituta.

3.3 Guarda Nidal

O modelo de guarda nidal pressupõe a ideia de que o filho irá permanecer na residência original do casal, enquanto os pais alternam o tempo de moradia na casa. Por isso, tem-se essa nomenclatura, nidal advém do latim *nidus*, que significa ninho.

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma vedação para a utilização dessa modalidade de guarda, que, em tese, seria vantajosa para a criança, que não precisaria alternar entre as residências materna e paterna. Contudo, é muito pouco utilizada, conforme cita Rosa (2015, p. 60):

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desencorajam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para sua moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria, no mínimo, prejudicado.

3.4 Guarda Alternada

A guarda alternada, diferentemente da guarda nidal, propõe que os filhos fiquem sob a guarda material dos pais – em períodos intermitentes, alternando de residência. Dessa forma, os genitores, durante o tempo preestabelecido para cada um, exercem, de forma exclusiva, a totalidade dos direitos e deveres que permeiam a guarda.

Sobre esse modelo de guarda, explana LEVY (2008, *apud* ROSA, 2015, p. 58), na verdade, a guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais, por períodos alternados. Por exemplo, o filho passaria uma semana com a mãe e outra com o pai.

Não se tem no meio jurídico e também entre psicólogos, simpatia com referido modelo de guarda, por este trazer para a criança grande instabilidade, podendo ser prejudicial quanto à interação da criança com seu universo social diário, que se encontra em constante



modificação, porquanto alterna, rotineiramente, de residência, fato que irá impedi-la de criar raízes firmes para um perfeito desenvolvimento físico e psíquico.

Nesse sentido, Conrado Paulino da Rosa preleciona que a alternância de tempo, de forma estanque e inflexível, poderia gerar desconforto e falta de referencial para a prole. (2015, p. 59).

Essa alternância de guarda não é possível de ser fixada no ordenamento jurídico brasileiro. Para elucidar a situação da guarda alternada, tem-se a seguinte ementa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: FAMÍLIA - APELAÇÃO - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - GUARDA COMPARTILHADA - PERMANÊNCIA ALTERNADA DO MENOR COM SEUS GENITORES - COMPARTILHAMENTO DA GUARDA FÍSICA - INVIABILIDADE - VÍNCULO AFETIVO INTENSO COM O PAI – PROVIMENTO DO RECURSO - A alternância da posse física do menor entre os genitores, sendo aquele submetido ora aos cuidados do pai, ora da mãe, configura guarda alternada, repudiada pela doutrina e pela jurisprudência, e não guarda compartilhada, na qual os pais regem, em conjunto, a vida da prole, tomando as decisões necessárias à sua educação e criação. - Apurando-se através dos estudos sociais realizados nos autos que a criança tem maior vínculo afetivo com seu pai, deve ser fixada sua residência naquela do genitor. (Processo: Apelação Cível 1.0324.07.057434-2/001 Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula. Data de Julgamento: 16/04/2009).

4 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada consiste na corresponsabilidade dos genitores quanto ao exercício de direitos e deveres relativos aos filhos, ainda que, com eles, não coabitem. Entretanto, a criança terá uma única residência, ou seja, mesmo que os genitores comunguem da guarda compartilhada, o filho irá residir apenas com um deles, sem que haja qualquer alternância de residência.

Grisard Filho (2014, *apud* ROSA, 2015, p. 63) pontifica sobre o instituto da Guarda Compartilhada, “A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.”

Dias (2014, p. 526) também aborda tal modalidade de guarda:

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso (CC 1.584 I) ou por determinação judicial, quando ambos forem aptos a exercer o poder familiar (CC 1.584 II). Caso não estipulada na separação, no divórcio ou na ação de dissolução da união estável, é possível ser buscada por um dos pais em ação autônoma (CC 1.584



I). Mesmo que tenha sido definida a guarda unilateral, qualquer dos pais tem direito de pleitear a alteração.

Importante salientar que, nesse modelo de guarda, a convivência dos genitores com o filho deve ser feita de forma equilibrada, observado sempre o melhor interesse da prole, inclusive com infantes de tenra idade. Percebe-se que o legislador objetivou afastar o entendimento de convívio dividido.

Nesse sentido, diz Pereira (2012, *apud* ROSA, 2015, p. 64):

A guarda compartilhada traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles.

A nova lei da guarda compartilhada prevê a corresponsabilidade dos genitores quanto aos direitos e deveres inerentes ao filho. Sobre esse modelo de guarda, Solda (2014, *apud* ROSA, p. 63) ensina que:

Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

Assim sendo, o maior objetivo da implementação da guarda compartilhada é demonstrar que a família parental não se dissolve e, por esse motivo, pais e filhos devem continuar convivendo e dividindo seu cotidiano, tal como acontecia quando a relação conjugal existia ou até o simples relacionamento avulso.

Percebe-se que os pais continuam a exercer o convívio parental junto aos filhos, com as funções que já eram exercidas, não sofrendo a criança consequências de uma separação ou desenlace a que não deu causa.

No ensinamento de Madaleno (2010, *apud* ROSA, 2015, p. 66), ressalta-se que:

A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e da sua moradia em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos, seguindo responsáveis pela integral formação da prole, ainda que separados, obrigando-se a realizarem, da melhor maneira possível, suas funções parentais. O exercício dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo da mesma maneira o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpando a responsabilidade



que têm no exercício das suas funções parentais e na tomada de decisões relativas aos filhos.

4.1 Evolução legal do instituto

Antes mesmo da normatização legal da guarda compartilhada, muitas famílias já vivenciavam tal modelo, que também era aplicado, em esparsas decisões judiciais, em vários estados brasileiros. Conforme se percebe no seguinte julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no ano de 2005:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL - TUTELA ANTECIPADA - ALTERAÇÃO DO REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA - AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA - DECISÃO TEMERÁRIA - INDEFERIMENTO. Indefere-se o pedido de alteração do regime de guarda compartilhada de menor, celebrado entre os pais, se ausente prova inequívoca das alegações. (Processo: Agravo de Instrumento 1.0461.05.026220-7/001, Rel.: Des. Manuel Saramago. Data de Julgamento: 01/12/2005).

A Lei 11.698, de novembro de 2008, alterou o Código Civil vigente, trazendo para seu texto o instituto da Guarda Compartilhada. Essa norma visava fazer dessa modalidade de guarda um mecanismo infalível aos problemas relativos às separações de casais que tinham filhos ou, até mesmo, de pais que nunca tiveram um relacionamento efetivo, buscando evitar o distanciamento entre genitores e prole.

Entretanto, a lei possibilitou interpretações diversas do que se pretendia, pois muito se confundia o instituto da Guarda Compartilhada com o da Guarda Alternada.

Além da confusão de institutos, ocorria também o fato de que os magistrados deixavam de recomendar a aplicação da guarda compartilhada, por constar na lei a expressão “sempre que possível”, ou seja, a utilização do instituto só seria possível quando houvesse consenso entre os genitores.

Por não ter referida lei surtido os efeitos práticos esperado, persistiu o movimento dos pais na busca do direito de convivência com os filhos, realizando justa interlocução com o legislativo, com o fito de promover os ajustes na lei.

Assim, o legislador optou por alterar, novamente, a legislação sobre o tema, surgindo, então, o Projeto de Lei 117/2013, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá, que ensejou na publicação da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, vigente até o presente momento.



A lei alterou os artigos 1.583, 1.584, 1585 e 1.634 do vigente Código Civil, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispondo sobre sua aplicação:

Art. 1.583. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1584. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá à guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.



4.2 Benefícios para o menor

Como já dissertado durante o decorrer do presente estudo, a modalidade de guarda a ser aplicada pelo magistrado deve atender, fielmente, ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. De modo a atender suas necessidades físicas e psíquicas, tornando possível seu saudável desenvolvimento.

Na guarda compartilhada, tem-se um compartilhamento de responsabilidade quanto às decisões que permeiam a vida da criança ou adolescente, com relação à saúde, formação, orientação religiosa, educação, etc. Não sendo necessário, portanto, que os pais combinem “dias específicos” para visitas, podendo-se convencionar de acordo com sua disponibilidade. Por exemplo: o pai leva o filho ao curso de inglês; a mãe busca o filho no curso de inglês, etc.

Assim, o genitor não guardião deixa de ser coadjuvante da criação de seu filho e passa a interferir, diretamente, no dia a dia da prole. Sobre a corresponsabilidade, dispõe Almeida (2012, *apud* ROSA, 2015, p. 67):

O que se propõe pela guarda compartilhada é manter uma convivência entre pais e filhos muito mais frequente e contributiva. Isso pode ocorrer por iniciativas corriqueiras, como acompanhá-los até a escola e os auxiliares na resolução das respectivas tarefas, participar dos eventos escolares e das reuniões pedagógicas, levá-los a natação, ao futebol, ao curso de línguas etc. Relevante é que os pais se façam presentes na vida dos filhos, interagindo com eles e ensinando-lhes, por suas atitudes, como se deve, ou não instituir a própria identidade.

Percebe-se que a modalidade compartilhada da guarda traz um grande benefício ao menor, qual seja, a convivência equilibrada com seus genitores, que estarão sempre presentes em sua rotina, compartilhando decisões, momentos de lazer e, principalmente, dando afeto.

4.3 Distinção entre guarda compartilhada e guarda alternada

A Lei 13.058/14 surgiu, principalmente, do empenho legislativo de tentar pôr fim na recorrente confusão da sociedade e até mesmo dos operadores do Direito, que indevidamente tratavam a guarda compartilhada com se fosse análoga a guarda alternada. Tal confusão se deve ao fato de que as pessoas, corriqueiramente, confundem a alternância de guarda com o compartilhamento de responsabilidade em relação aos filhos, que é objeto principal da guarda compartilhada.



O intuito legislativo foi de acabar com o mito do “filho mochilinha”, já que, com a antiga Lei 11.698/08, falava-se em divisão isolada do tempo em cada uma das casas, como se a única segurança do filho fosse sua “mochila”.

A guarda alternada configura construção doutrinária e não tem aplicabilidade no Brasil. Muitos estudiosos do tema asseguram que esse modelo de guarda acarreta malefícios ao menor, que não irá possuir residência fixa, fato que atrapalha seu norte psicológico, ficando, portanto, “desorientado” em relação a qual recomendação acompanhar: materna ou paterna.

Enquanto, na guarda compartilhada, o que se tem não é uma alternância de “convivência”, como ocorre na guarda alternada, mas sim uma corresponsabilidade diária entre os genitores quanto às decisões pertinentes à vida da prole.

A ideia central é que, na guarda compartilhada, não se compartilha a “posse” dos filhos, como se percebe na guarda alternada. Há, sim, um compartilhamento de responsabilidade quanto às decisões que permeiam a vida do menor.

Sobre o tema, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou corresponsabilidade, consiste, em verdade, em “guarda alternada”, indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança. (Apelação n. 1.0056.09.208739-6/002, 5ª. Câmara Cível, Relator, Des. Fernando Caldeira Brant, publ. 9-1-2014).

4.4 A obrigação alimentar do não guardião

Quando da aplicação da guarda compartilhada, tem-se que o genitor guardião será aquele com quem a criança ou adolescente irá fixar residência e a aplicação desse modelo de guarda não implica a desobrigação do não guardião quanto à obrigação alimentar. Tal obrigação encontra-se fundamentada no artigo 229 da Carta Maior de 1988¹².

Sobre o tema, preleciona Farias, no sentido de que a fixação dos alimentos se trata, sem dúvida, de uma expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários), constitucionalmente imposta como diretriz da ordem jurídica (2010, *apud* ROSA, 2015, p. 94).

¹²Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.



O artigo 1.694 do Código Civil de 2002¹³ prevê a aplicação dos chamados “alimentos legais”, que podem advir da dissolução de uniões ou em decorrência de uma relação de parentesco. O direito do recebimento de alimentos é personalíssimo, ou seja, somente o alimentando é sujeito de seu direito alimentício. Sobre o direito aos alimentos, irrenunciável nos termos do artigo 1.707 de referido diploma legal¹⁴, poderá o credor deixar de exercer o seu direito de reclamar os alimentos, entretanto, não poderá renunciá-lo.

Importante salientar que os alimentos são irrepetíveis e, por esse motivo, uma vez adquiridos, não podem ser devolvidos.

Para se chegar a um *quantum* alimentar, será necessário levar em conta a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando. O binômio possibilidade-necessidade é o parâmetro estabelecido pelo artigo 1.694, parágrafo primeiro, do Código Civil vigente.

Dada a obrigação de alimentar, explana Gimenez (2014, *apud* ROSA, p. 103):

É equivocada a ideia de que a Lei 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia nem, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso. Tal ideia, conforme Angela Gimenez, não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema retrógrado e descolado da necessidade e dos anseios sociais, pois, por si só, a guarda compartilhada não implica alteração dos alimentos pagos.

Dessa forma, a aplicação da guarda compartilhada não exime o não guardião da prestação de alimentos, mesmo que a prole resida apenas com um dos genitores e que ambos sejam corresponsáveis quanto às decisões relativas à vida dos filhos. Os alimentos constituem um direito do alimentando e, por isso, não pode o alimentante ser eximido desse encargo.

Nesse sentido, esclarece Rosa (2015, p. 79):

A atribuição da custódia física a um dos pais irá, também, resultar, na responsabilidade do outro progenitor no pagamento da pensão alimentícia. O compartilhamento das responsabilidades não exime que um dos genitores seja o responsável financeiro pela prole.

¹³Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. §1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. §2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

¹⁴Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.



5 A OBRIGATORIEDADE LEGAL DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

De ver-se que o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil dispõe sobre a obrigatoriedade legal de imposição da modalidade de guarda compartilhada, assim, quando ambos os genitores estiverem em condições de exercer o poder familiar – e quiserem, a regra é a aplicação da guarda compartilhada, passando a guarda unilateral a ter um caráter de excepcionalidade, o que não ocorria antes da vigência da nova lei. Vislumbra-se, aqui, uma inovação que consiste no dever de imposição da guarda compartilhada pelo magistrado, ainda que os genitores se encontrem em contenda, salvo quando um deles não a deseje.

Contudo, apesar de ser a guarda compartilhada o modelo que, teoricamente, melhor atende aos interesses dos filhos, pois mantém o efetivo contato parental, é necessária uma cooperação entre os genitores, para que a guarda tenha real eficácia.

5.1 Corresponsabilidade no caso de genitores indispostos

O instituto da Guarda Compartilhada objetiva a ideia de compartilhamento, e não de posse, de vez que busca sempre atender ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Conforme elucida Thomé (2014 *apud* ROSA, 2015, p. 73), compartilhar, como a palavra já sugere, significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelo sustento, educação e convívio com os filhos, de forma direta e conjunta.

Quando da permanência da relação conjugal, não há o que se discutir sobre a guarda, pois esta já é compartilhada no dia a dia do casal. Contudo, quando da dissolução da união, cabe ao antigo casal, visando o melhor interesse de seus filhos, manter a mesma corresponsabilidade. Nesse sentido, preleciona Madaleno (2012, *apud* ROSA, p. 68):

É inquestionável que os pais sempre compartilharam suas responsabilidades para os cuidados de seus filhos, assim procedendo com maior intensidade enquanto coabitavam, mas cuja responsabilidade não desaparece e talvez tenha de ser redobrada em razão da separação dos pais.

Quando os genitores mantêm uma relação tranquila e madura após o desenlace amoroso, de certo, a guarda compartilhada poderá ser executada. Assim, para que seja



atendida a finalidade proposta pela guarda compartilhada, é necessário muito empenho por parte dos genitores, conforme preleciona Oliveira Filho (2011, *apud* ROSA, p. 64):

Em todas as oportunidades em que os pais conseguirem superar as discordâncias referentes à fruição da companhia dos filhos, estar-se-á aplicando a medida ideal. A exclusão de pontos de atrito, a apreensão de que a convivência harmoniosa induz o crescimento sadio dos filhos e a formação deles como indivíduos aptos a compreender os traumas pretéritos, particularizando com cada um a identidade e o entendimento das razões que levaram ao rompimento dos genitores os tornam, daí agentes da própria vida e não espólio negativo de um fracasso amoroso.

Contudo, na maioria das vezes, quando os genitores provocam o judiciário para decidir questões relativas aos filhos, presume-se que não conseguiram entrar em consenso, e, se não entram em acordo nem para decidir sobre a guarda da prole, mais árduo ainda será executar a guarda compartilhada de forma correta e sadia para o menor.

Corriqueiramente, a sociedade trata o instituto da guarda compartilhada como se alternada fosse – o que não se confunde, desvirtuando sua essência.

Assim, ao invés de compartilhar as responsabilidades, os genitores acabam por dividir essa responsabilidade, em períodos intermitentes. Por exemplo, uma semana sob a “responsabilidade” de um, com uma rotina, e outra semana sob a “responsabilidade” do outro.

Isso pode acontecer por diversos motivos. Às vezes, por falta de informação sobre como executar corretamente a guarda compartilhada ou, como ocorre na maioria das vezes, pela falta de cooperação entre os genitores, decorrente do constante conflito existente após o fim do relacionamento.

Assim, ainda que o magistrado aplique a guarda compartilhada, esta pode acabar ficando “somente no papel”, não sendo executada de forma correta pelos pais, que, em sua maioria, têm dificuldade de entender a corresponsabilidade proposta pela lei ou até mesmo colocam seus interesses pessoais à frente dos de seus filhos e continuam a se digladiar – mesmo após o fim do relacionamento.

A nova lei dispõe que o magistrado deverá informar aos pais o significado da guarda compartilhada. Caso não seja alcançado um acordo, estabelecerá o referido regime. Nesse caso, é controverso aduzir que genitores que, sequer se falam, irão conversar para decidir questões acerca da vida dos filhos, já que o núcleo da guarda compartilhada é a corresponsabilidade entre os pais.



Quando a aplicação dessa modalidade de guarda é feita nessas condições, sua finalidade não é atingida e ainda implica em um maior desconforto para o menor, que viverá em um ambiente extremamente desarmônico, o que poderá acarretar sérios traumas psicológicos.

Nesse sentido, elucida Judith (1991, *apud* DIAS, 2015, p. 522):

Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações da paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinho no mundo.

5.2 O aplicador do direito diante da situação de fato e a norma jurídica

O modelo da guarda compartilhada, em sua essência, seria o mais adequado para atender aos interesses da criança e do adolescente. Contudo, é necessário que a aplicabilidade do instituto seja verificada no caso concreto. Só, assim, será efetivado, de forma satisfatória, o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

É importante que os operadores do Direito, principalmente, os advogados, orientem seus clientes a entender que a guarda compartilhada é o modelo que melhor atende aos interesses dos filhos, por mantê-los próximos dos pais, fazendo que os genitores assimilem melhor o instituto e amadureçam quanto à sua aplicação.

Fato é que a nova lei tem caráter bastante didático, visando educar a sociedade quanto a esse modelo de guarda, pois, como visto no decorrer do presente estudo, os vínculos parentais são indissolúveis. Assim sendo, a corresponsabilidade diante dos interesses dos filhos deveria estar à frente dos interesses pessoais dos genitores.

O magistrado, ao decidir sobre uma lide de guarda, deve observar o caso concreto, suas peculiaridades, as informações trazidas pela equipe interdisciplinar (psicólogo e assistente social), o tipo de relação existente entre os genitores, para, somente então, definir qual modelo de guarda seria mais adequado à situação daquela família, para proporcionar ao menor o desenvolvimento em um ambiente sadio, ao qual tem direito.

Dessa forma, poderia se evitar que a aplicação da guarda compartilhada seja efetuada de forma errônea, ficando somente “no papel”, quando os pais, por não terem uma boa relação, determinam, extrajudicialmente, períodos intermitentes em que terão o filho sob sua



responsabilidade e, ainda, que o filho se encontre em meio a uma infinidade de indecisões, pois os genitores não conseguem, sequer, acordar, por exemplo, quem irá buscá-lo na escola.

De forma bastante prudente e objetivando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, muitos magistrados deixam de aplicar a guarda compartilhada, quando verificam – analisando o caso concreto, que esse modelo de guarda não seria apropriado, como se pode extrair das ementas seguintes:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. BELIGERÂNCIA ENTRE OS PAIS. TENRA IDADE DA MENOR. GUARDA UNILATERAL MANTIDA. **Hipótese em que inexistem elementos nos autos hábeis à formação de convencimento no sentido de que as disposições da Lei nº 13.058/2014 possam ser aplicadas liminarmente no caso concreto, diante da manifesta beligerância instaurada entre os genitores da menor**, mormente tendo em consideração a sua tenra idade. Outrossim, não evidenciado abuso de direito em prejuízo do genitor ou da menor, ou comprovação de iminente risco de dano irreparável em seu prejuízo em decorrência da manutenção da guarda unilateral pela genitora, requisitos insertos no art. 273 do CPC. Decisões mantidas. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70066276874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 04/11/2015). (Grifo nosso).

Ementa: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. **Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.** 4. **Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida.** 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da filha, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e a alimentada. Conclusão nº 47 do CETJRS. 8. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso parcialmente provido. (Agravado de Instrumento Nº 70065888786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015). (Grifo nosso).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE GENITORES. MELHOR INTERESSE DA INFANTE. Em que pese à legitimidade dos argumentos maternos, o contexto apresentado demonstra que a criança está bem atendida pelo genitor e a família paterna, inexistindo situação que justifique a troca de guarda. **Igualmente**



descabe a guarda compartilhada, porque, embora seja a regra estabelecida pela Lei nº 13.058, de 22/12/2014, é preciso, para sua aplicação, que exista uma relação harmônica entre os genitores, o que não é o caso dos autos. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70066073578, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 30/09/2015). (Grifo nosso).

Fato é que, de nada adianta uma decisão judicial que não resolverá, de forma eficaz, a lide. Assim, a imposição de um modelo de guarda que preconiza a corresponsabilidade a genitores, que, por consequência do desenlace amoroso, não mantêm o mínimo de respeito entre si, se torna inócua.

Dessa forma, ainda que a legislação preceitue a obrigatoriedade de aplicação da guarda compartilhada, essa norma geral, que, em tese, atende a todos os casos concretos, não retira o trabalho do magistrado e da doutrina, que são indispensáveis, podendo o aplicador do Direito interpretar a norma de forma diversa.

Nesse sentido, Soares (2010, p. 106) elucida que: “O delineamento do Direito como um fenômeno plural, reflexivo, prospectivo e relativo exige que a ordem jurídica seja concebida como uma obra dinâmica, permitindo a constante solução e incorporação de novos problemas.”

E complementa:

Segundo, Judith Martins-Costa (2002, p. 121) erige-se uma opção metodológica por uma estrutura normativa concreta, destituída de qualquer apego a formalismos ou abstrações conceituais, abrindo margem para o trabalho do juiz e da doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores de compreensão ética ou conceitos amortecedores, quais sejam, os da boa-fé, solidariedade, razoabilidade, probidade, equidade, interesse público, bem comum, bem-estar, fim social e justiça (2010, p. 106-107).

Nesse contexto, verifica-se que é salutar o instituto da Guarda Compartilhada. Contudo, é imprescindível que os próprios genitores tenham consciência de que, nesse momento, está em jogo o desenvolvimento dos filhos, para, então, de forma madura, assumirem a corresponsabilidade proposta por esse modelo de guarda. Porém, nos casos em que a maturidade dos pais não seja constatada, devem os magistrados interferir, para garantir a efetividade do Princípio Constitucional do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que, de certo, não será atendido nessas condições.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda consiste em uma demarcação de poderes atribuídos pelo poder familiar, em que o guardião deve vigiar e proteger o filho que tem sob sua guarda, garantindo, assim, a segurança necessária para o desenvolvimento saudável deste.

Assim, quando da dissolução dos vínculos afetivos entre os genitores ou, ainda, quando estes sequer conviveram, como ocorre das concepções resultantes de relações avulsas, o Judiciário pode ser provocado a resolver a situação jurídica da guarda de crianças e adolescentes.

O critério utilizado para definir qual o modelo de guarda a ser aplicado deve ser fiel ao Princípio do Melhor Interesse do Menor; com isso, o magistrado deve observar qual dos genitores reúne melhores condições para ter a guarda, o que poderá ser vislumbrado por meio de um trabalho conjunto do serviço social e de psicologia. Fato é que a definição da guarda não consiste apenas em aplicar a lei, sendo imprescindível um trabalho interdisciplinar, o qual norteará o magistrado, para que seja garantido o direito da criança e do adolescente de conviver em um ambiente harmônico, fator determinante para o seu salubre desenvolvimento.

Em 2008, quando da vigência da Lei 11.698, a guarda compartilhada era aplicada sempre que possível, sendo “a regra” de aplicação a guarda unilateral. Posteriormente, em 2014, com a entrada em vigor da Lei 13.058, a guarda compartilhada passou a ser aplicada obrigatoriamente, quando os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar e desejem a guarda.

A nova lei preleciona a corresponsabilidade entre os genitores como fator determinante, assim, eles são corresponsáveis pela formação, criação, educação e manutenção da prole. Por conseguinte, a aplicação da modalidade de guarda compartilhada não retira do não guardião a obrigação de prestar alimentos.

Percebe-se, com a redação da legislação em estudo, que esta tem um caráter educativo, de forma a fazer que a sociedade modifique a maneira egoísta de tratar a guarda dos filhos, quando da dissolução do enlace afetivo, fazendo que os genitores comecem a entender que os interesses dos filhos devem preceder aos seus.

Por esse motivo, é salutar a nova lei, ao dispor que o magistrado deverá, em audiência, explanar sobre o modelo da guarda compartilhada, de forma enfática e pormenorizada aos



genitores, para que esta não seja executada de forma errônea ou, ainda, para que esta não seja executada como se alternada fosse, já que são institutos distintos.

Calha acentuar que a aplicação dessa modalidade, nos termos em que a lei dita, sem possibilitar a avaliação do caso concreto pelo magistrado, pode acarretar sérios problemas para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Isso pode ocorrer, por exemplo, nos casos em que os pais se encontram em constante contenda, muitas das vezes, não conseguindo estabelecer, sequer, uma conversa sensata. Nessa hipótese, não é razoável afirmar que a guarda compartilhada atenderá à sua real finalidade, que é a corresponsabilidade dos genitores quanto aos direitos e deveres inerentes à vida dos filhos, objetivando manter os vínculos parentais de maneira harmônica e saudável.

É mister salientar que o engessamento do magistrado para a imposição da guarda compartilhada, ainda quando este vislumbre, no caso concreto, não ser aquele o modelo mais adequado a atender aos interesses do menor, fere, diretamente, a eficácia do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Assim, pode-se dizer que a prestação jurisdicional não atenderá à sua finalidade, pois o que se vislumbra no dia a dia das Varas de Família é que, na maioria das vezes, os genitores procuram o judiciário quando não entram em consenso sobre as decisões referentes à vida de seus filhos, e quando da aplicação obrigatória da guarda compartilhada, em situação em que esta não seria adequada, a decisão acaba ficando apenas “no papel”, não surtindo eficiência prática, prejudicando os interesses do menor.

Por derradeiro, para que seja resguardada a proteção integral da criança e do adolescente, alcançando o seu melhor interesse, não deve a legislação vincular o aplicador do Direito a um modelo de guarda, mas sim possibilitar que o magistrado tenha uma gama de institutos à sua disposição, para melhor atender aos interesses dos destinatários da norma.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVARENGA, A. R. De; CLARISMAR, J. Sistemas de guarda no direito brasileiro. **Revista do curso de direito do Unifor**, Formiga, v. 6, n. 1, 12-27, jan/jun, 2015.



____BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. 5 v. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALLUPO, M. C. **Da ideia a defesa**: monografias e teses jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GOUVEIA, Débora Casoni. **A autoridade parental nas famílias recompostas**. Revista Síntese de Direito de Família, São Paulo, n. 67, ago/set. 2011.

____GRISARD FILHO. Waldyr. **Guarda compartilhada**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

____Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 set. 2016.

____Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 8 set. 2016.

____LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24maio2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 11 set. 2016.

____LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do poder familiar**. Revista Síntese de Direito de Família, São Paulo, n. 67, ago/set. 2011.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

____MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 1.0461.05.026220-7/001. Relator Des. Manuel Saramago. Minas Gerais, 01/12/2005. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0461.05.0262207%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 30 set. 2016.

____MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação n° 1.0056.09.208739-6/002. Relator Des. Fernando Calceira Brant. Minas Gerais. 9 set 2014. Disponível em:



<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.09.208739-6%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 24 set 2016.

OLIVEIRA FILHO, Bertoaldo Mateus de. **Direito de família**: aspectos sócio-jurídicos do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

OTERO, Mariano C. **Tenencia y régimen de visitas**. Buenos Aires: La Rey. 2012

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da tv**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

____RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70066276874. Relatora: Sandra Brisolara Medeiros. Rio Grande do Sul, 04 nov. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=guarda+compartilhada&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=189.71.252.57&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 22 set. 2016.

____RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70065888786. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, 30 set 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=guarda+compartilhada&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=189.71.252.57&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=20&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 22 set 2016.

____RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70066073578. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Rio Grande do Sul, 30 set. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=guarda+compartilhada&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=189.71.252.57&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=20&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 22 set 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 6.

ROSA, C. P. **Nova lei da guarda compartilhada**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



____SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 18-34, out.-nov. 2004.

____THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Guarda compartilhada decretada pelo juízos em o consenso dos pais.** Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa, n.14, 2014.