



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA SOB A LEI 13.058/14

ORIENTANDO (A): SABRINA MESQUITA DE PAULA
ORIENTADOR (A): PROF. (A) Ma. Carmen da Silva Martins

GOIÂNIA-GO
2020

SABRINA MESQUITA DE PAULA

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA SOB A LEI 13.05814

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof. (a) Orientador (a): Ma. Carmen da Silva Martins.

GOIÂNIA-GO
2020

SABRINA MESQUITA DE PAULA

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA SOB A LEI 13.05814

Data da Defesa: 30 de Novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a) Ma. Carmen da Silva Martins	Nota
---	------

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a) Ma. Miriam Moema Roriz	Nota
--	------

Dedicatória

Dedico este Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação de Direito a minha mãe que nunca desistiu de mim.

Agradecimentos

Agradeço a professora Orientadora que em muito contribuiu para que concluísse este trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem como tema o instituto da guarda compartilhada sob a lei 13.058/14. O objetivo geral visa analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada após a ruptura conjugal e apresentar suas consequências. Ainda, demonstrar a evolução histórica da guarda, sua evolução legislativa e os modelos de guarda existentes. Analisar a aplicação da guarda compartilhada na prática, apontando os prós e contras desse instituto. Para a realização do presente trabalho foi realizado um estudo descritivo, baseado em referencial bibliográfico, constituído de doutrinas, jurisprudências e artigos disponibilizados na *internet*. Os resultados permitiram concluir que o tema provoca intensas disputas e grande apelo sentimental nos tribunais. Foram estudados todos os modelos de guarda, dando um enfoque principal à guarda compartilhada e a sua aplicação à luz da Lei 13.058/14 que trouxe novos parâmetros para a fixação de guarda. Por meio deste estudo examinaram-se os benefícios da aplicação da guarda compartilhada como regra, com vistas a atender o melhor interesse da criança, podendo ser aplicada tanto na separação consensual como nos casos em que exista o litígio.

Palavras-chave: Lei 13058/14. Divórcio. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

This monograph has as its theme the institute of shared custody under law 13.058/14. The general objective is to analyze the applicability of shared custody after the marital breakdown and present its consequences. Also, to demonstrate the historical evolution of shared custody, its legislative evolution and the existing models of custody. To analyze the application of shared custody in practice, pointing out the pros and cons of this institute. A descriptive study, based on bibliographic references, consisting of doctrines, jurisprudence and articles available on the Internet, was carried out for the realization of the present work. The results allowed us to conclude that the subject provokes intense disputes and great sentimental appeal in the courts. All models of custody were studied, giving a main focus to shared custody and its application in light of Law 13.058/14, which brought new parameters for the establishment of custody. This study examined the benefits of applying shared custody as a rule, with a view to meeting the best interests of the child, and can be applied both in consensual separation and in cases where litigation exists.

Keywords: Law 13058/14. Divorce. Shared custody.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	7
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	8
1.1 ORIGEM	8
1.2 DEFINIÇÃO DE GUARDA	10
1.3 AS DISTINTAS MODALIDADES DE GUARDA.....	12
1.3.1 Guarda unilateral	13
1.3.2 Guarda alternada.....	14
1.3.3 Aninhamento ou Nidação.....	16
1.3.4 Guarda oriunda de decisão judicial, de acordo e de fato	16
1.3.5 Guarda compartilhada	17
2 EVOLUÇÃO JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	19
2.1 ORIGEM	19
2.2 CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.3 ATRIBUIÇÕES DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO PRECEDENTE	22
2.4 ATRIBUIÇÕES DA GUARDA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	24
2.5 A GUARDA COMPARTILHADA ANTES DA LEI 13.058/2014.....	25
2.6 A LEI 13.058/2014	26
3 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	29
3.1 A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA	29
3.2 PROBLEMAS ENFRENTADOS NA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	32
3.3 GUARDA COMPARTILHADA COM OU SEM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS.....	33
3.4 PRÓS E CONTRAS DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	34
3.4.1 Vantagens desse Modelo de Guarda.....	34
3.4.2 Desvantagens desse modelo de guarda.....	37
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra, na década de sessenta, sendo posteriormente aplicada no Brasil por alguns juízes que, visando beneficiar o menor, consideravam-na uma maneira de preservar os vínculos afetivos, mesmo não havendo previsão legal sobre a mesma.

As constantes mudanças ocorridas na sociedade exigiram a adequação do Direito às necessidades sociais. Apesar de o Direito de Família preservar seu conservadorismo, o instituto da guarda precisou ser remodelado a essas novas realidades. A guarda passou por grandes alterações no Direito pátrio, uma vez que conferia autoridade parental somente a um dos genitores sobre a pessoa do filho. Buscando minimizar os efeitos da perda dessa autoridade, quando da ruptura conjugal, foi sancionada na legislação brasileira, a Lei 11.698/2008 que incluiu e disciplinou a guarda compartilhada. E, posteriormente, alterada pela Lei 13.058/2014.

Diante do exposto, o estudo que ora se apresenta tem como finalidade analisar o instituto da Guarda Compartilhada desde a sua origem até a atualidade, inclusive, as consequências jurídicas que, não raro, vem suscitando uma série de discussões quanto à sua compreensão, seus benefícios, e principalmente, quanto à sua aplicabilidade. Trata-se de um instituto ainda muito recente, mas, sendo já bastante utilizado pelos genitores na ruptura da união.

Os métodos e procedimentos adotados foram: histórico, pois, investiga os acontecimentos, verificando a influência na sociedade atual. Comparativo, porque realiza comparações com a finalidade de verificar semelhanças e explicar diferenças. Dedutivo que consiste em estabelecer uma formulação geral.

Sendo assim, o trabalho é composto de três capítulos, sendo o primeiro uma explanação a respeito da evolução histórica do instituto da guarda na legislação brasileira. Neste capítulo discorre-se a respeito da origem, conceito e distinção da guarda.

O segundo capítulo discorre acerca da evolução jurídica da guarda compartilhada no direito brasileiro, apresentando sua origem e conceito, dentre outros aspectos inerentes à guarda compartilhada.

No terceiro capítulo discute-se a respeito da aplicabilidade da guarda compartilhada e diversos aspectos relacionados.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 ORIGEM

Para melhor compreensão do instituto da guarda é importante destacar a evolução de guarda na legislação brasileira, para se entender o caminho que o instituto da guarda percorreu diante das profundas mudanças que ocorreram.

Na legislação brasileira o instituto da guarda mereceu relevância em duas situações, sendo cada uma sujeita a um ordenamento jurídico distinto: na dissolução da sociedade conjugal ou qualquer outra união e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Código Civil institucionalizou o Direito de Família, segundo modelos calcados na reverência à autoridade paterna, e, sob o aspecto evolutivo, sofrem-se as modificações que influenciaram as sociedades contemporâneas (GRISARD FILHO, 2002, p. 49).

No direito brasileiro a primeira regra que veio determinar o destino dos filhos menores entre pais que não mantinham mais relação marital, foi o Decreto nº 181 de 1890, que em seu artigo 90 determinava que a sentença do divórcio devesse encaminhar os filhos menores ao cônjuge inocente, fixando ainda uma cota pecuniária com que o culpado no divórcio pudesse concorrer na educação da prole, e também a contribuição para o sustento da esposa, caso esta fosse inocente e pobre (GRISARD FILHO, 2002).

O Código Civil de 1916 em seu artigo 325 preconizava que, na dissolução amigável de um casamento se respeitasse “o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos”, e o artigo 326 estipulava que fosse observado com rigor, se a ruptura fora gerada “por culpa de um ou de ambos os cônjuges, a idade e sexo dos filhos”, ficando a cargo do juiz regular de maneira diferente o exercício da guarda (GRISARD FILHO, 2002).

Conforme Tartuce (2017, p. 850):

Após cuidar da separação judicial – agora retirada do sistema – e do divórcio, o Código Civil determina as regras referentes à “Proteção da Pessoa dos Filhos”. Sobre esse tema, o Código Privado traz disposições importantes, nos arts. 1.583 e 1.584. Tais artigos foram profundamente modificados pela Lei

11.698, de 13 de junho de 2008, que entrou em vigor em 16 de agosto de 2008, ou seja, sessenta dias depois de sua publicação. Sucessivamente, houve nova alteração por meio da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, originária do Projeto de Lei 117/2013, aqui denominada como Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória.

Na separação judicial por mútuo consentimento ou no divórcio direto consensual se preconiza que os cônjuges percebam que acordos sobre a guarda dos filhos e uma forma de que os filhos não sofram ou que seja menos traumático, dizia o art. 1.583 em sua redação original, presumindo-se que são os maiores interessados no futuro e bem-estar da prole. Mas o juiz poderá “recusar a homologação e não decretar a separação” se não estiverem preservados os interesses dos filhos menores e dos maiores inválidos (CC, arts. 1.574, parágrafo único, e 1.590) (GONÇALVES, 2017).

Importante ressaltar que a Constituição federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, ou seja, qualquer filho, não importando a sua condição, terá direitos e qualificações iguais, sendo proibido toda e qualquer discriminação no que tange a filiação.

A Carta Magna influenciou diretamente a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltando, sobretudo, a prioridade da família biológica a ter o menor em sua convivência.

Nesse sentido, na evolução do Pátrio Poder, o poder familiar ganhou amplo significado de igualdade, pois, o patriarca, deixou de ser o detentor absoluto do poder, passando esse a ser exercido por ambos os pais. Nesse contexto, esclarece “em uma separação, que quem perde a guarda, não perde o poder familiar, mas, apenas o seu exercício efetivo, que na prática, fica com o genitor-guardião, ficando o outro restrito”. Embora, “que o artigo 1.632 do Código Civil bem como o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)”.

Em 1977 a Lei nº 6.515 em seu artigo 27, assegurou que os encargos parentais persistem mesmo após o divórcio ou quando sobrevenha outro casamento de qualquer dos pais, muito embora a guarda seja atribuída a somente um deles, como preconiza o artigo 16 do Decreto Lei nº 3.200/41 e o artigo 381 do Código Civil de 1916.

Grisard Filho (2002, p. 61) infere:

Tais interesses, e não a autoridade paterna é o eixo de todo o problema. Assim, até mesmo o livre acordo dos pais em uma separação consensual fica limitado, podendo o juiz recusar sua homologação se ficar comprovado que a convenção não preserva suficientemente aos interesses dos filhos.

Assim, o posicionamento de Grisard Filho (2002, p. 53-54) é:

A Constituição de 1988 assegurou à criança, o direito à convivência familiar e comunitária, como dever, primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, estando essa disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Finalmente, em 2002, com a entrada em vigor da legislação civil, obedeceu-se ao disposto na Declaração Universal dos Direitos da Criança, consagrando o princípio da proteção integral do menor. Assim, a Lei 10.406/2002 destaca a guarda como sendo um conjunto de direitos e deveres oriundos do casamento ou união estável.

Em regra, a guarda inerente ao pátrio poder é exercida pelos pais, independente da forma de união que estes tenham. Não sendo isso possível, pelo que dispõe o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dar-lhe-á uma família substituta que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária. A guarda apresenta-se como uma modalidade legalmente prevista, ao lado da tutela e da adoção não afetando o poder familiar, pois não afasta a obrigação material e assistencial dos pais.

Visando beneficiar ainda mais os interesses do menor, alteraram-se os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, incluindo e definindo a guarda compartilhada. A antiga redação dizia que seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda, contudo, ela não fazia referência expressa sobre a guarda compartilhada, redação esta que só foi incluída com o surgimento da Lei 11.698/08, e posteriormente alterados os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, com o advento da Lei 13.058 sancionada em 22 de dezembro de 2014.

1.2 DEFINIÇÃO DE GUARDA

O conceito de guarda leva ao reconhecimento da existência, ou não, de ligação com a autoridade parental. Esta autoridade está relacionada à

responsabilidade de dispensar cuidados imprescindíveis à criação do menor.

Conforme leciona Diniz (2010, p. 287):

a guarda é um conjunto de relações jurídicas existentes entre o genitor e o filho menor, decorrente do fato de estar sob o poder e companhia e de responsabilidade daquele relativamente a este, quanto à sua criação, educação e vigilância. A guarda é o poder-dever exercido no interesse do filho menor de obter boa formação moral, social e psicológica, saúde mental e preservação de sua estrutura emocional.

Com a Lei da Guarda Compartilhada, o dispositivo passou a estabelecer que “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”.

Assevera Grisard Filho (2002, p. 49), que a guarda é “o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor”.

Grisard Filho (2002, p. 49) ressalta sobre a importância do instituto da guarda, esclarecendo que:

a guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psicologicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo, ao mesmo tempo, proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação às pessoas dos filhos.

Assis Neto (2016, p. 1619) leciona que “com o fim do vínculo conjugal ou não convivência dos pais faz-se necessária a fixação da guarda dos filhos menores e incapazes, a guarda é originária do poder familiar, e na ausência de um dos genitores, a guarda será transmitida na sua totalidade para o genitor sobrevivente”.

Para Assis Neto (2016, p. 1619) a guarda dos filhos ou menores é:

[...] A guarda não se confunde com o poder familiar, exclusivo dos pais, só será extinto nos casos previstos em lei, artigo 1.635 do CC, enquanto a guarda poderá ser atribuída à terceiro, como nos casos de tutela ou guarda dos avós. Por isso a guarda será determinada de acordo com o melhor interesse do menor ou incapaz, por entender que o menor ou incapaz necessita de alguém, capaz, para cuidar, zelar e proteger todos os seus interesses.

Pode-se observar que a guarda é a responsabilidade atribuída a um dos genitores, parentes ou terceiros, tornando o guardião responsável pelos melhores interesses da criança ou do adolescente até que ele complete os dezoito anos ou enquanto persistir alguma outra incapacidade.

Ante as novas realidades civis, o instituto da guarda foi se renovando para encontrar a maneira mais adequada a atender aos melhores interesses das crianças de pais separados. Tendo em vista, que o princípio norteador para a atribuição da guarda está pautado no melhor interesse da criança.

Assim serão determinados alguns modelos das distintas modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 AS DISTINTAS MODALIDADES DE GUARDA

Como já foi observado, enquanto não houver a ruptura conjugal a guarda será exercida por ambos os cônjuges de forma igualitária, através da guarda comum. Porém, a partir do momento que houver a ruptura da família, seja qualquer uma das formas de desfazimento conjugal, começará a ocorrer uma “disputa” pela guarda do menor.

Conforme Gonçalves (2017, p. 597):

Na separação judicial por mútuo consentimento ou no divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Mas o juiz poderá “recusar a homologação e não decretar a separação” se não estiverem preservados os interesses dos filhos menores e dos maiores inválidos (CC, arts. 1.574, parágrafo único, e 1.590).

No tocante à análise dos fatos que lhe são apresentados, concluirá o juiz pela alteração, leciona Strenger (1998, p. 76) que “atuando como fiscal e controlador, o juiz, longe de oferecer seu próprio subjetivismo, tem apoio nas valorações da comunidade”.

Devido à prevalência do interesse do menor, o instituto de guarda foi se renovando, razão pela qual existem várias espécies no ordenamento jurídico, quais sejam: guarda unilateral; guarda alternada; guarda dividida; guarda delegada e guarda compartilhada, prevista expressamente no Código Civil em seus artigos 1.583 e 1.584

e doutrinas.

A guarda dos filhos será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (CC, art. 1.583, § 2º). A regra amolda-se ao princípio do “melhor interesse da criança”, identificado como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, § 2º).

1.3.1 Guarda unilateral

Gonçalves (2017, p. 586) destaca: “No Brasil, a guarda unilateral é predominante. Compreende-se por guarda unilateral, segundo dispõe o §1º do art. 1.583 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

Nessa modalidade de guarda, um dos cônjuges é nomeado guardião, cabendo-lhe zelar pela assistência do menor em todos os sentidos e ao outro cabe o direito de visitas periódicas e fiscalização. Contudo, na cisão de papéis, existem alguns atributos do exercício do poder familiar que sempre vão permanecer conjuntos, a exemplo dos casos de casamento, emancipação, adoção, dentre outros. Estas ações devem ser por mútuo consentimento justamente por implicar na extinção do poder familiar. Desta forma observa-se que a guarda mesmo sendo unilateral, terá algumas ações que dependerão de ambos os pais.

Segundo Sebastião (2016, p. 1619):

a guarda unilateral é aquela atribuída a um dos genitores que apresentar melhores condições e equilíbrio para a criação do menor ou incapaz, ficando o outro genitor com o dever de supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações de contas, objeto ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sabe-se que toda separação conjugal deixa mágoas e rancores em um ou em ambos os cônjuges. O fato de um deles ser privilegiado com a convivência dos filhos acaba acarretando maiores consequências para o menor.

Conforme Gonçalves (2017, p. 859):

Contudo, este tipo de guarda é considerado como o mais destrutivo, visto

que, uma pessoa tem a guarda enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Essa sempre foi a forma mais comum de guarda, trazendo o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores. Em razão desse inconveniente é que se operaram as mudanças legislativas aqui expostas.

Nesse tipo de Guarda o que se percebe com muita frequência é a alienação parental por parte do genitor que está com a guarda do menor, a mudança na legislação veio para sanar essa lacuna que ficou na Lei anterior, fazendo assim com que o sofrimento pelo rompimento do relacionamento conjugal ficasse menos traumático para o filho.

1.3.2 Guarda alternada

Essa modalidade de guarda se caracteriza pela possibilidade de cada um dos pais deterem a guarda do filho alternadamente, seguindo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana ou qualquer período acordado. Durante esse período, o responsável pela guarda detém de forma exclusiva os direitos e deveres com relação à criança, sendo que no término do período, os papéis se invertem.

Nesse sentido, Grisard Filho (2002, p. 91) afirma que

na guarda alternada cada genitor exerce de forma exclusiva dos direitos-deveres que integram o poder parental, nesse modelo de guarda, tanto a guarda física quanto a jurídica são atribuídas a ambos os pais por tempo pré-estabelecido, sendo exercido de maneira alternada, de acordo com o período que o menor morar com cada um.

Observa-se, então que a ideia de Guarda Alternada se refere a situações que se alternam, ora uma, ora outra, sucessivamente, em que há revezamento, de modo que o genitor que estiver com a posse dos filhos, no tempo preestabelecido, deve exercer, de forma exclusiva, os direitos e deveres referentes a eles.

Conforme Gagliano (2017, p. 1.281):

Esta, não é recomendável, eis que tutela apenas os interesses dos pais, implica em exercício unilateral do poder familiar por período determinado, promovendo uma verdadeira divisão do menor, que convive, por exemplo, 15 (quinze) dias unicamente com o pai e outros 15 (quinze) dias unicamente com a mãe; aquela, por sua vez, altamente recomendável, eis que tutela os interesses do menor, consiste no exercício simultâneo do poder familiar,

incentivando a manutenção do vínculo afetivo do menor com o genitor com quem ele não reside. Sobre a minoração dos efeitos da dissolução do casamento/união estável dos pais com a maior participação dos mesmos na vida dos seus filhos através da guarda compartilhada.

Entende-se que esta modalidade pode trazer sérios problemas para os filhos no sentido de causar o sentimento de divisão, tendo em vista passar um certo período com um dos pais e outro período como o outro. Há de se reconhecer que são costumes diferentes, rotinas diferentes que podem comprometer psicologicamente os filhos.

Conforme Tartuce (2017, p. 859)

entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. Por isso, reafirma se às críticas à nova Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, que parece confundir a guarda compartilhada com a presente modalidade.

No parecer de Grisard Filho (2002, p. 105) existem vários tipos de arranjos de guarda alternada para garantir um tempo igual de convivência dos pais com os filhos, entre eles:

Um comum e viável, é a criança se alternar entre as casas dos pais, por dias, semanas, meses e anos alternadamente. Outro, inadequado à maioria das famílias, é o em que os filhos permanecem na mesma casa e seus pais também ali moram por períodos iguais. Nesse sistema, são os pais que alternam seus domicílios.

Para finalizar, Grisard Filho (2002, p. 106) apresenta as vantagens e desvantagens da guarda em questão:

a vantagem oferecida por este modelo é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. 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 [...].

Portanto, pode-se entender que na guarda alternada, o menor por determinados períodos, mais ou menos longos, vive na casa de um dos genitores, que vai exercer a guarda em sua essência, isto é, sustento, educação, correção, fiscalização, responsabilidade, etc.

1.3.3 Aninhamento ou Nidação

De acordo com Tartuce (2017, p.860):

Trata-se de modalidade comum em Países europeus, presente quando os filhos permanecem no mesmo domicílio em que vivia o casal dissolvido, revezando os pais em sua companhia. A expressão aninhamento tem relação com a figura do ninho, qual seja, o local de residência dos filhos. Além da falta de previsão legal, tal forma de guarda encontra resistências econômicas, eis que os pais manterão, além do ninho, as suas residências próprias.

Este é o posicionamento de Gagliano (2017, p. 1.280): “Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram”.

1.3.4 Guarda oriunda de decisão judicial, de acordo e de fato

Conforme Gonçalves (2017, p. 1.278):

O Código Civil não regulamenta a questão da guarda dos filhos nas separações de fato, mas a jurisprudência formada com base na Lei do Divórcio utilizava o critério do art. 13, correspondente ao art. 1.586 do atual Código Civil, para solucioná-la em ações de busca e apreensão entre pais separados apenas de fato.

Prossegue Gonçalves (2017, p. 1.280) acrescentando outras situações e que existe a necessidade da atuação judicial:

Em ações de busca e apreensão entre pais separados apenas de fato, a tendência é manter o status quo, deixando-se os filhos com quem se encontram até que, no procedimento da ação de separação ou de divórcio, o juiz resolva definitivamente a situação, decidindo em favor do que revelar melhores condições para exercer a guarda. Segundo a jurisprudência, o juiz só estará autorizado a alterar o status quo, na cautelar de busca e apreensão, a bem dos filhos e se o autor comprovar a existência de motivos graves.

Não se pode esquecer, todavia, que também haverá necessidade de sentença judicial nos casos de acordo, o que será tratado no item seguinte.

Grisard Filho (2002, p. 106) infere que: “O acordo constitui solução amigável em que os pais definem a respeito da guarda dos filhos menores quando de sua separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável”.

Deste modo, pode-se ressaltar que o acordo é a maneira pela qual os pais definem a guarda do filho menor, procurando a melhor solução para a criação, educação e desenvolvimento emocional da criança e do adolescente, naturalmente, sob a chancela do Poder Judiciário que, atendidos os interesses do menor, homologará as condições convencionadas.

A guarda oriunda de fato ocorre quando uma pessoa se encarrega de cuidar, proteger, educar e criar uma criança ou adolescente, sem determinação judicial.

No mesmo sentido, seguiram-se as lições de Grisard Filho (2002, p. 106) para quem a guarda oriunda de fato é aquela que:

[...] se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito da autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação.

Assim, observa-se que a guarda pode ser delegada pelos próprios pais, sem a intervenção do Poder Judiciário, caso em que, todavia, o guardião não deterá qualquer poder legal de representação sobre a criança ou adolescente.

1.3.5 Guarda compartilhada

Nesta modalidade de guarda ambos os pais detêm a autoridade sobre os filhos, onde todas as decisões importantes em relação ao filho são tomadas em conjunto.

Tartuce (2017, p.856) explica que:

Para atenuar as diversas consequências advindas de um divórcio, a atribuição de guarda tornou-se um ato de importância relevante na vida da criança, a qual deve ser considerada como sujeito de Direito e devidamente protegida pelo Estado. Portanto, a guarda é prerrogativa do poder familiar, sendo direito-dever, exercido igualmente por ambos os pais, não podendo ser mudado com o advento da ruptura conjugal.

O art. 1.583, § 1º, do CC, conceitua a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, a guarda compartilhada pode ser estabelecida mediante consenso ou determinação judicial (CC, art. 1.584).

Gonçalves (2017, p.1.285) menciona que “caso não convencionalizada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, pode ser buscada em ação autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria”.

Para Tartuce (2017, p.860):

Guarda compartilhada ou guarda conjunta: hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais, que estão sempre presentes na vida cotidiana do filho. Essa forma de guarda é a mais recomendável, e, exatamente por isso, quanto ao art. 1.583 do CC/2002 em sua redação original, que tratava da determinação da guarda por acordo entre os cônjuges, previa o Enunciado n. 101 CJF/STJ que essa guarda poderia ser tanto a unilateral quanto a compartilhada, desde que atendido o maior interesse da criança.

Tentando resolver toda essa confusão causada pela lei emergente, para que seja aplicada a verdadeira guarda compartilhada, na VII Jornada de Direito Civil, realizada em 2015, foram aprovados enunciados doutrinários sobre o tema. O primeiro deles, de forma precisa e correta, estabelece que “a divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta para a guarda compartilhada pelo § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho” (Enunciado n. 604).

2 EVOLUÇÃO JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 ORIGEM

A guarda compartilhada surgiu na década de sessenta na Inglaterra, quando tribunais começaram a perceber que a atribuição da guarda unilateral - em regra atribuída às mães - estava se revelando injusta aos pais. Razão pela qual, os tribunais procuram uma maneira de abrandar essa injustiça na vida dos pais por meio da guarda compartilhada (MILANO SILVA, 2006, p. 67-68).

Conforme Oliveira Leite (2003, p. 265),

[...] no direito inglês o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda era necessariamente concedida. Somente, no século XIX, o parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos, e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atuada pelo poder discricionário dos tribunais. Assim, essa guarda mostra-se mais adequada para casal que não deseja manter a união conjugal, mas não querem perder o direito ao exercício da guarda. Nesse modelo, o que ocorre é um “fracionamento do exercício da guarda”, no qual pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos conjuntamente compartilhando as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança.

De acordo com Akel (2008, p. 103), “a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira capaz de fazer com que pais e filhos com pouca ou nenhuma convivência, mantivessem os vínculos afetivos latentes mesmo após o rompimento”.

O objetivo maior da guarda compartilhada é a continuidade dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal (OLIVEIRA LEITE, 2003).

Sobre a evolução da Guarda Compartilhada através da jurisprudência, esclarece Grisard Filho (2002, p. 171),

no nível jurisprudencial, que vem garantindo a manutenção dos vínculos parentais, aplicando a cada caso concreto a melhor solução, a Guarda Compartilhada desenvolve-se em eco ao sufrágio universal do melhor interesse do menor, como critério fundante da atribuição da guarda.

Desta forma, buscou-se, então, escolher um modelo novo que privilegiasse a

ideia quando da ruptura conjugal, de compartilhamento dos pais no cuidado aos filhos menores, voltado para o melhor interesse das crianças (GRISARD FILHO, 2002).

Nesse passo, a Guarda Compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois mantém, apesar da separação, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança (OLIVEIRA LEITE, 2003).

Assim, várias foram às evoluções e aprimoramentos no sentido de harmonizar a convivência dos pais separados com os filhos. A própria sociedade passou por várias transformações, não só ela como também o núcleo familiar, afinal, a lei nada mais é do que um reflexo dos costumes.

2.2 CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A guarda compartilhada é de acordo com o artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, a modalidade pelo qual ocorre a responsabilização conjunta do pai e da mãe, no exercício igualitário dos direitos e deveres relativos ao poder familiar dos filhos comuns.

Nesse sentido assevera Grisard Filho (2002, p. 140), que a Guarda compartilhada é:

[...] um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância na união conjugal.

Prossegue Grisard Filho (2002, p. 141), ressaltando que este modelo, prioriza o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, ou seja:

é uma resposta mais eficaz à comunidade 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.

Como se sabe, a guarda compartilhada define os dois genitores como detentores da autoridade para tomar as decisões que afetem os filhos, mantendo de forma igualitária o exercício da função parental.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ART. 1.584, § 3º, DO CC/2002. INTERESSE DA PROLE. SUPERVISÃO. DIREITO DE VISITAS.. IMPLEMENTAÇÃO. CONVIVÊNCIA COM O GENITOR. AMPLIAÇÃO. POSSIBILIDADE. ALIENAÇÃO PARENTAL. PRECLUSÃO. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua efetivação. 3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ. 4. Possibilidade de modificação do direito de visitas com o objetivo de ampliação do tempo de permanência do pai com a filha menor. 5. A tese relativa à alienação parental encontra-se superada pela preclusão, conforme assentado pelo acórdão recorrido. 6. Recurso especial parcialmente provido.” (STJ, REsp 1654111/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017).

Deveras, a despeito de que a guarda compartilhada deve ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo entabulado entre eles, o instituto não deve prevalecer quando sua adoção seja passível de gerar efeitos ainda mais negativos ao já instalado conflito, potencializando-o e colocando em risco o interesse da criança.

De acordo com o entendimento de Maria Helena Diniz o Poder Familiar pode ser conceituado da seguinte forma:

(...) um conjunto de direitos e obrigações, quanto a 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.

Prossegue a autora afirmando que:

(...) esse poder atribuído simultaneamente e igual aos Pais, e em algumas exceções, a um deles, na falta do outro, e exercido para o proveito, interesse e proteção da prole, surge de uma necessidade natural, vez que todas as pessoas, durante sua infância, necessitam de alguém que as defenda, eduque, ampare, guarde, crie e zele por seus interesses, administrando seus bens e sua pessoa.

E hoje é concedido o pátrio poder ou poder familiar, como uma missão confiada para ambos os genitores para administrar os bens e selar pelo bem estar dos filhos, desde a concepção até a idade adulta.

2.3 ATRIBUIÇÕES DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO PRECEDENTE

O Código Civil de 1916 disciplinava a matéria de proteção da pessoa dos filhos na dissolução da sociedade conjugal em seus artigos 325 a 328 com o advento da Lei do divórcio 6.515 de 26 de dezembro de 1977, estes artigos foram revogados, e a matéria passou a ser disciplinada no artigo 9º ao 16º desta lei, trazendo uma série de novas diretrizes para a atribuição da guarda, porém não tão distantes das disposições antes revogadas por ela.

Na separação consensual seria observado o que os cônjuges acordassem entre si, esta é a redação do artigo 9º da Lei 6.515/1977, a lei deveria respeitar a vontade dos pais, pois eles eram os maiores interessados no bem estar da prole. No caso de separação judicial, a guarda era atribuída ao cônjuge que a ela não tivesse dado causa, conforme artigo 10, *caput*, da Lei 6.515/1977 de Divórcio, em outras palavras, aquele que era considerado culpado era privado da guarda dos filhos. Contudo essa é regra geral, podendo se afastar por um acordo entre os cônjuges (GRISARD FILHO, 2010, p. 149,150-152).

Se pela separação judicial fossem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que tal solução pudesse gerar prejuízo de ordem moral aos filhos (art. 10, § 1º). Verificado pelo juiz que os filhos não deveriam permanecer em poder da mãe nem do pai, seria possível deferir guarda a pessoa notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges (art. 10, § 2.º, da Lei 6.515/1977 do Divórcio) (FLÁCIO TARTUCE, 2017. p. 851).

Segundo o TJ Rio Janeiro, nos mostra da separação judicial:

SEPARACAO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. FILHO MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO JUDICIAL. FIXAÇÃO DA PARTILHA DE ACORDO COM O REGIME DE BENS ESTABELECIDO. Existência de bens adquiridos antes do casamento realizado sob o regime de comunhão parcial. Aplicação das regras pertinentes, na forma do art. 1.575 do Código Civil. Estabelecimento de guarda compartilhada. Necessidade de que os pais estabeleçam de comum acordo, no interesse exclusivo do filho

menor, as regras de convivência. Desnecessidade de ser estabelecido de forma rígida o regime de visitação. Moderna tendência do direito de família. Omissão da sentença quanto à verba alimentar requerida na inicial e não contestada. Interesse do menor, salientado pelo Ministério Público. Acolhida para se fixar tal verba na forma do pedido. Provimento parcial do 2º recurso. (RIO DE JANEIRO, T.J., AP. 2003.001.31339 DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 12/05/2004 - SEGUNDA CAMARA CIVEL).

Comunga da mesma ideia, (RODRIGUES, *apud* GRISARD FILHO, 2010, p. 152), “a mulher tem ordinariamente, refinamentos de sensibilidade que o homem, por mais bondoso que seja, nem sempre apresenta”. Entretanto (SAMPAIO, *apud* GRISARD FILHO, 2010, p. 156, 158) relata que o direito estabelecido em favor da mulher não é constitucional uma vez que fere o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal, com isso sugeriram-se mudanças no texto da lei, passando a ter o seguinte enunciado “se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder do genitor que melhor possa cumprir o dever de lhes prover o sustento, guarda e educação”. (Art. 231, IV, Código Civil).

Dessa forma, sendo a guarda atribuída a um genitor o outro não perdia o poder familiar, pois mantinha o seu direito de visitar os filhos, tê-los em sua companhia, e fiscalizar as atividades do cônjuge guardião. Porém, se este não apresentasse condições de manter em sua guarda o menor, o juiz poderia a qualquer tempo suspender a guarda, se provocado pelas partes. Contudo o papel exercido pelo genitor guardião era realmente secundário, pois ele não mantinha um relacionamento com seu filho de forma plena, razão pela qual tem se estudado uma maneira de garantir maior participação na relação pais e filhos (OLIVEIRA LEITE, 2003, p. 260).

Por isso diante da evolução dos costumes e por não atender às expectativas sociais, principalmente, ao interesse do menor, a guarda única deixou de ser modelo, haja vista que os filhos não podem ser prejudicados em detrimento da desunião de seus pais. Nessa perspectiva, fundada no interesse do menor, o direito brasileiro está tentando se adequar, buscando uma guarda capaz de garantir aos pais o exercício pleno de seus direitos e deveres (GRISARD FILHO, 2010).

Ante as transformações sociais ocorridas no direito de família, em 2002, os legisladores buscaram novos rumos para o exercício do poder parental. Em todas as demandas sobre a guarda, ateu-se sempre ao melhor interesse da criança, como direito fundamental da pessoa em condição de desenvolvimento. O novo Código Civil

recepcionou alguns princípios previstos na antiga Lei do Divórcio, contudo aboliu a questão de verificar a culpa de um dos cônjuges, atribuindo à guarda a quem detinha melhores condições de criar o menor.

Com o advento do Código Civil em 2002, foi possível perceber que a legislação brasileira adotou novos posicionamentos com relação ao tema guarda de filhos, abolindo, por exemplo, a verificação em uma eventual separação, por isso é necessário demonstrar quais critérios a nova legislação passou a adotar para atribuição da guarda.

2.4 ATRIBUIÇÕES DA GUARDA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 abandonou literalmente o critério da culpa e prevalência da mãe para ser a guardiã do menor. Nesse sentido, a guarda passou a ser atribuída àquele que detinha melhores condições para exercê-la. Os pais poderão sempre decidir em comum acordo o que for melhor para o interesse da criança, porém não havendo consenso, o juiz fundamentado no artigo 1.586 do Código Civil, poderá no exercício da sua discricionariedade decidir “a bem dos filhos” (GRISARD FILHO, 2010, p. 159-160).

Não havendo acordo, o juiz terá liberdade para atribuir à guarda conforme os interesses dos menores. Será feita uma análise antes de se declarar qual o modelo da guarda mais viável para o caso, razão pela qual a discricionariedade do magistério é exatamente ampla, tendo como limite o bem do menor (OLIVEIRA LEITE, 2003, p. 268-269).

Assim, a guarda unilateral tão atribuída pelos juízes, cedeu lugar a um novo modelo, a Guarda Compartilhada, propondo priorizar a continuidade dos laços afetivos entre pais e filhos mesmo após a ruptura conjugal, estimulando o acompanhamento contínuo de suas vidas. Contudo, o Código Civil não mencionou de maneira expressa, mas também não proibiu sua atribuição (GRISARD FILHO, 2010, p. 145-146).

2.5 A GUARDA COMPARTILHADA ANTES DA LEI 13.058/2014

As mudanças ocorridas na sociedade, como a revolução dos costumes e da tecnologia, trouxeram uma significativa mudança no direito civil, em especial no direito da família, e avançou consideravelmente por influência dos direitos humanos, “e a guarda de filhos de pais separados deixou de ser um tema singelo no trato jurídico para configurar-se no presente, elemento de legitimação de novos modelos normativos” (GRISARD FILHO, 2010, p. 189).

A guarda única que outrora era confiada à mãe, feria a igualdade estampada no texto constitucional, por isso, perdeu lugar para o novo modelo. Diante da problemática surgida com a atribuição da guarda, e com os ingressos do menor colocado em evidência, surge a guarda compartilhada para reequilibrar os papéis dos pais no cuidado dos filhos (OLIVEIRA LEITE, 2003, p. 189-192).

A guarda compartilhada não teve previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro até a criação da Lei 11.698/08, no entanto, sua aplicação já era admitida antes. Ela era aplicada observando-se o direito comparado, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e com os dispositivos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, propriamente os determinados na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil.

As principais mudanças que ocorreram no direito de família foram a elaboração de estatutos especiais, dentre elas, o Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio, e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Estatutos esses que se consolidaram na Carta Magna de 1988 (GRISARD FILHO, 2010, p. 141).

Nesse sentido, Grisard Filho (2010, p. 164-165-167) revela que:

[...] buscou-se escolher um modelo de guarda voltando a privilegiar os interesses das crianças na dissolução da sociedade conjugal. Assim, a guarda compartilhada mostra-se mais adequada, pois privilegia a ideia de continuidade dos laços, permitindo aos pais o pleno exercício parental. Contudo, embora ainda não existisse em nossa legislação de forma expressa, a guarda compartilhada mostra-se possível em nosso direito, pois é único modelo que assegura a igualdade entre os genitores.

O Código Civil (2002), em sua redação fundamentava o seguinte sobre a guarda compartilhada:

Art. 1.690, *caput*, “competete aos pais, e na falta de um deles, o outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados”.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum às questões relativas aos filhos, e aos seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Corroborando, Grisard Filho (2010, p. 168) afirma que, os pais têm a incumbência que a lei lhes atribui. Eles decidem a respeito da vida e do patrimônio de seus filhos, e ao magistério compete o dever de cobrar-lhes, o múnus desta obrigação.

2.6 A LEI 13.058/2014

A lei 13.058/14 altera os artigos. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão guarda compartilhada e dispor sobre sua aplicação.

O Deputado Arnaldo Faria de Sá do (PTB-SP) apresentou o projeto de Lei nº 17/2003, com o objetivo de alterar os artigos:

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;

§5. 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. 1.584, §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;

§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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe;

§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;

§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;

§6. 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. Determina que 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 (dezesseis) 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.

Aprovado na Câmara e no Senado, o projeto foi sancionado pela Presidente da República no dia 22 de dezembro de 2014, tendo seu texto publicado no dia 23 de dezembro de 2014, convertendo-se na Lei 13.058/2014, disciplinando a guarda compartilhada, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, que entrou em vigor na data de sua publicação. Assim, “a normatização legal trazida pela nova Lei assegura a ambos os pais a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental”.

O Estatuto ECA (artigos 21 e 22) reitera o Código Civil Brasileiro, que o poder familiar será exercido por ambos os genitores e que se houver divergência quem irá resolver será o Poder Judiciário, o qual decidirá, quanto à permanência ou a perda do poder sobre o menor (artigos 23, 24 e 155 ao 163 do ECA).

No caso de o poder familiar vier a ser suspenso ou perdido pelos genitores o mesmo poderá ser exercido por terceiros através de deferimento de tutela (artigos 36,

164 ao 169 ECA) ou adoção (artigo 45 ECA). Ainda no caso dos progenitores não cumprirem devidamente com o poder familiar, complementarmente ao que consta na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código Civil Brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente trás outras medidas além da suspensão ou perda desse poder (artigos 98, 10095, 101, 129), como a pena de multa aos pais e ao tutor (artigo 249).

Dentre os órgãos institucionais do Estado que o Estatuto elenca para observar a sua aplicação, tem-se o Conselho Tutelar (artigo 136), o Ministério Público (artigo 201) e a Justiça da Infância e da Juventude (artigo 148).

3 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA

No que diz respeito às decisões não se faz necessário que os pais concordem com o outro o tempo todo, mas que tenham condições e diálogo para tomar decisões importantes sobre o futuro e a vida dos filhos, demonstrando-lhes, assim, um interesse mútuo e constante em suas vidas como aconteceria se ainda estivessem unidos pelo casamento.

Para Grisard Filho (2010, p. 188), na prática:

a guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhes permite discutir os detalhes diários da vida dos filhos, como pressuposto do novo modelo.

Convém ressaltar o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF/DF que reconhece a guarda compartilhada à medida que ela melhor atende aos interesses da criança:

EMENTA: GUARDA DE MENOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PARECER TÉCNICO DA SECRETÁRIA JUDICIÁRIA. GUARDA COMPARTILHADA. MEDIDA QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. Considerando que na guarda compartilhada pai e mãe continuam a representar o natural papel nuclear na vida da criança, decidindo ambos em conjunto e de comum acordo os assuntos importantes da vida do menor, bem ainda, tendo em vista que a guarda discutida, além de resguardar os direitos e interesses do adolescente ainda mantém intactos os vínculos parentais e de afetividade, forçoso é concluir que a **modalidade da guarda em destaque é a que melhor dá cumprimento ao princípio da proteção integral da criança**. (Ac. 2006.01.1.097123-9, de 15/10/2008, Des. João Batista Teixeira).

No mesmo sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça, assim vazado:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. **1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos**

pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidencição das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1428596 RS 2013/0376172-9 (STJ). Data de publicação: 25/06/2014.

Assim, na guarda compartilhada os pais dividem a responsabilidade sobre os filhos, ao mesmo tempo em que compartilham suas obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. Desta forma, evita a sobrecarga dos pais e minimiza o conseqüente impacto da ansiedade e do estresse sobre os filhos. Conclui-se que um dos pais pode manter a guarda material ou física do filho, porém ambos possuem os mesmos direitos e deveres para com o menor.

Ressalta-se que é pacificado tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, o entendimento de que o interesse do menor sobrepuja os dos seus progenitores. Foi neste sentido que os Tribunais de Justiça abaixo relacionados se manifestaram:

EMENTA: APELAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIÁLOGO E CONSENSO. MELHOR INTERESSE DO MENOR. I - A produção da prova testemunhal para o fim pretendido era inservível para o julgamento da lide. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. II - A guarda compartilhada, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado. **No entanto, a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança.** III – Julgado improcedente o pedido de guarda compartilhada formulado pelo pai, visto que demonstrada nos autos a dificuldade dos genitores em dialogar e estabelecer, em consenso, a rotina do menor. IV – Apelação desprovida. TJ-DF - Apelação Cível APC 20120910242430 (TJ-DF) - Data de publicação: 18/08/2015.

Portando, como demonstrado, a guarda do menor somente deve ser modificada segundo precípua interesse da criança e mediante comprovação de fatos relevantes que desmereçam a atuação do guardião.

Pode-se vislumbrar que, são muitos os pedidos de guarda compartilhada que foram deferidos pelos Tribunais, como nos recursos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA HABITUAL MATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial em finais de semana alternados com pernoite. DERAM PROVIMENTO. TJ-RS - Inteiro Teor. Agravo de Instrumento: AI 70065259194 RS - Data de publicação: 25/08/2015.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA HABITUAL PATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA MATERNO-FILIAL. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra a ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão de um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, com fixação da residência habitual paterna e regime de convivência maternofilial. DERAM PROVIMENTO. TJ-RS - Inteiro Teor. Apelação Cível: AC 70065801359 RS - Data de publicação: 08/09/2015.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, mas o regime de convivência entre pai e filha continua sendo o regime vigente, fixada residência habitual materna. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento Nº 70064723307, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 25/06/2015).

Assim, uma vez adotada a guarda compartilhada, cabe aos pais definir, nesse momento, a custódia física dos filhos e o regime de convivência a ser adotado, com regras bem definidas para não suscitar dúvidas futuras. Cabendo a custódia física dos filhos a um progenitor, caberá ao outro o livre acesso às crianças, conforme regras bem determinadas.

3.2 PROBLEMAS ENFRENTADOS NA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Após o divórcio e a homologação do acordo que prevê o regime da guarda compartilhada podem ocorrer problemas que antes da homologação do acordo não existiam. Problemas estes muitas vezes de ordem natural e que podem acarretar mudanças e gerar alguns problemas na execução da guarda compartilhada.

Os eventos que mais acontecem e que vem acarretando problemas são:

a) A contração de novas núpcias dos pais

De acordo com o artigo 1.588 do Código Civil:

o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

No entanto, na realidade o que pode alterar o arranjo da guarda compartilhada é o fato de existir após o novo casamento de um dos guardiões um terceiro adulto envolvido nas questões e decisões que dizem respeito aos filhos. Isto pode gerar um problema, uma vez que poderá afetar diretamente as decisões em conjunto dos guardiões tornando-as mais difíceis. Padrastos e Madrastas por possuírem um alto contato com as crianças não podem ser afastados das decisões que dizem respeito ao futuro delas, pois também possuem responsabilidades na sua criação. Deve-se prezar sempre pelo bem estar do menor então cabe aos pais escolher com maior cautela os seus novos parceiros, uma vez que eles darão suporte à família como um todo devendo ainda se atentar as regras desenvolvidas pelos guardiões até a sua chegada respeitando-as.

b) Mudança de pontos de vista dos pais

Outro problema para a execução da guarda compartilhada ocorre quando os pais têm pontos de vista diversos sobre o que seria melhor para o desenvolvimento do menor ou quando os genitores trocam de opinião sobre determinado assunto.

A solução para tais casos está prevista no artigo 1.631, parágrafo único do Código Civil que versa:

durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na

falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Conclui-se então que em caso de desacordo por parte dos pais estes devem recorrer à justiça para solucionar o problema.

c) Mudança de residência dos pais

Um dos pais pode, em algum momento, por necessidade ou por qualquer outra oportunidade mudar de cidade desestruturando o contexto em que estava inserido o menor.

Em tais situações, a distância só deverá afetar a guarda no que diz respeito à alternância de residências, uma vez que as decisões deverão continuar sendo tomadas em conjunto.

As mudanças são inevitáveis, por isso a guarda compartilhada é um modelo que se mostra bem flexível podendo ser modificada sem problemas quando o interesse do menor estiver ameaçado.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA COM OU SEM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS

A Guarda Compartilhada como já dito, anteriormente, é um modelo de guarda bem flexível e por isso permite aos pais adequarem a suas necessidades. Ela permite que os pais exerçam suas responsabilidades e direitos conjuntos em residências alternadas.

O que interessa para a guarda compartilhada é que os pais assumam as questões e responsabilidades referentes à criação do filho em conjunto, independente da casa em que ele esteja. Em casos em que a criança é submetida à alternância de residências ela deve ter os mesmos horários, as mesmas determinações do que pode ou não fazer em ambas as casas, a fim de garantir estabilidade evitando que ela tenha em cada casa determinações diferentes.

A doutrina e a jurisprudência não são a favor da guarda compartilhada com alternância de residências. Alguns juízes só concedem a guarda compartilhada legal, mas sem alternância de residências.

Para doutrinadores como Eduardo Oliveira Leite (2003), entre outros contrários a alternância de residências, esse regime traz problemas, pois acaba gerando instabilidade na rotina do menor, pois o risco deste não receber a mesma educação nas duas casas é muito grande o que acabaria por transformar a Guarda Compartilhada em Guarda Alternada.

O entendimento em torno da alternância de residências não é pacificado nem na doutrina nem na jurisprudência devendo, assim, o juiz analisar caso a caso, levando em consideração as necessidades de cada família para determiná-la.

Para Oliveira Leite (2003, p. 272-273):

na guarda compartilhada a residência seria sempre única e nunca alternada, para evitar o sentimento de insegurança e instabilidade e para estabelecer o domicílio jurídico da criança. Um teria a guarda física, onde genitor e filho morariam, mas ambos deteriam a guarda jurídica do filho.

Portanto, a guarda jurídica, neste caso, será atribuída a ambos os pais enquanto a guarda física permanece apenas com um. Com isso deverá ser acordado entre os genitores uma espécie de visitação para o genitor que não reside na casa.

Essa espécie de visita tem recebido o nome de acesso, este será estabelecido em comum acordo com os pais. Geralmente, tem-se definido esse acesso como livre, mas cada família pode determiná-lo da maneira que mais convém a sua situação, ou seja, deverá esse ser estabelecido com o mínimo de regras possíveis a fim de não atingir a rotina dos filhos e adaptar-se da melhor maneira na rotina dos genitores, possibilitando, assim, que pais e filhos estejam sempre juntos.

Conclui-se então que mesmo não vivendo na mesma casa que o filho, o genitor que não reside nela pode participar ativamente na sua vida, contribuindo para seu desenvolvimento. O que existe nesse caso é uma justa distribuição dos direitos e deveres entre os cônjuges a fim de preservar o interesse do menor.

3.4 PRÓS E CONTRAS DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

3.4.1 Vantagens desse Modelo de Guarda

Dentre os modelos de guarda estudados, observa-se que a guarda

compartilhada é a que melhor atende aos interesses do menor. Seu ápice está no fato de ser um modelo que preserva os vínculos afetivos mesmo após a ruptura conjugal.

Assim a legislação brasileira abraçou esse modelo de modo que, mesmo antes de estar expressa, era possível sua atribuição, pois se revela como o modelo mais adequado a atender o princípio fundamental dos interesses da criança (AKEL, 2008).

Desse modo, Grisard Filho (2010, p. 218), revela que:

a guarda compartilhada prioriza o interesse da criança e a igualdade dos pais no cuidado dos filhos, sendo a resposta mais eficaz na continuidade dos laços afetivos mesmo na dissociação familiar. É a oportunidade dos pais separados exercerem conjuntamente o poder-dever da autoridade parental, conforme fazia na constância da união.

Para Grisard Filho (2010, p. 218),

quanto maior a cooperação entre os pais, maior é o decréscimo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. Assim, se os filhos não estiverem expostos aos conflitos dos pais, desenvolverão menos problemas emocionais, escolares e sociais.

No contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade das relações pais-filhos e a não exposição do menor em conflitos parentais, os arranjos de coeducação 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 bem mais ajustados emocionalmente.

Todavia, a cooperação que a guarda compartilhada exige dos genitores, eleva o grau de satisfação de pais e filhos, e elimina as lides entre pais. Assim, filhos de pais separados sentem-se extremamente pressionados, aflitos ao ter que escolher entre um dos genitores. A guarda compartilhada certamente iria minorar todos estes efeitos desastrosos na vida das crianças (GRISARD FILHO, 2010).

Para Dias (2009, p. 398), a ruptura do vínculo conjugal dos pais não deve comprometer o vínculo dos pais com os filhos, assim, aduz que:

falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.

Assim, a principal vantagem da guarda compartilhada é o fato de preservar a continuidade do vínculo parental, pois a cisão do casamento não pode afetar a relação pais e filhos, o rompimento conjugal dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais.

Outra vantagem da guarda compartilhada é a facilidade para resolver os problemas decorrentes da responsabilidade civil por danos ocasionados pelos filhos menores, pois na guarda compartilhada a responsabilidade dos genitores pelos atos do menor é conjunta, ou seja, os pais respondem solidariamente pelos danos causados pelos filhos menores que estão sob seu poder e em sua companhia, conforme estabelece o artigo 932, inc. I, do Código Civil de 2002: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia [...]”.

Sob este prisma, Akel (2008), dispõe que a guarda compartilhada privilegia e iguala as funções formativas e educativas de ambos os pais, conferindo-lhes maiores responsabilidades, garantindo-lhes um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda unilateral, haja vista que a convivência com os seus pais é fundamental para o pleno desenvolvimento das crianças, de modo que o término da relação não pode afetar a relação pais e filhos.

Venosa (2005, p.252) afirma que este sistema é extremamente vantajoso para a prole, ou seja:

[...] atende e garante o princípio do interesse maior da criança, pois a participação comum dos genitores tende, de um lado a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que normalmente acompanham a ruptura do casal, favorecendo a criança, na medida em que ambos os genitores continuam envolvidos com o destino da sua prole.

Outra vantagem a ser citada é o fato de ambos os genitores responderem solidariamente por eventuais infrações cometidas por seus filhos.

Pode-se concluir após análise da guarda compartilhada que ela é bem vantajosa para ambas às partes tanto no sentido prático como no sentido psicológico, uma vez que ela traz benefícios para os genitores e visa sempre garantir proteção ao interesse do menor.

3.4.2 Desvantagens desse modelo de guarda

Para alguns doutrinadores a guarda compartilhada pressupõe consenso, contudo em qualquer modelo de guarda existem vantagens e desvantagens, seja ela imposta judicialmente ou estabelecida por consenso. Em geral toda separação traz graves consequências.

Canezin (2005, p. 1-15) destaca outra contraindicação da guarda compartilhada que “refere-se ao caso da separação conjugal litigiosa, em que há mágoas e ressentimentos, dificultando, assim, que o ex-casal mantenha um relacionamento livre de conflitos”.

Conforme a aplicação da guarda compartilhada vai acontecendo, surgem problemas que afetam sua continuidade, como por exemplo, os genitores se encontrarem em conflito um com o outro. O fato de os pais se encontrarem em constante conflito é uma desvantagem que acaba por prejudicar a continuidade da guarda compartilhada, uma vez que os pais por não se entenderem não conseguem tomar conjuntamente as decisões referentes aos filhos tornando, assim, esse modelo de guarda não efetivo.

Para Grisard Filho (2003, p. 177), o conflito contínuo dos genitores é uma das desvantagens, assim:

pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogos, 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 muitos lesivos [...].

Assim, Milano Silva (2006), corrobora afirmando que por questões de adaptação, a convivência em ambientes físicos diferentes só é possível em crianças mais velhas. Portanto, condições operacionais desfavoráveis tornam a guarda compartilhada desaconselhável. Nesse contexto, cita-se como exemplo: acomodações apropriadas, escolas, trabalhos, dentre outros.

A guarda compartilhada gera certa desvantagem, uma vez que as crianças podem chegar a perder o referencial de lar, já que por esse modelo podem receber orientações diversas do pai e da mãe, o que pode gerar certa confusão em suas cabeças. Pode causar desvantagem também a questão da flexibilidade que é

necessária na vida dos pais para que os mesmos consigam adaptar a sua rotina de vida e do trabalho para melhor executar a guarda compartilhada.

As críticas que se fazem ao novo modelo, porém, não podem ser tidas como absolutas, quando se tem presente, inafastavelmente, que o interesse do menor (critério determinante de atribuição de guarda) não mais se prossegue com a guarda única (GRISARD FILHO, 2003, p.182).

Assim, cabe destacar que os prós e os contras da guarda compartilhada como anteriormente expostos, de forma alguma pretendem esgotar as circunstâncias que podem levar o juiz a decidir sobre a conveniência, ou não, desse tipo de guarda.

CONCLUSÃO

Pode-se perceber que, de acordo com a pesquisa realizada, as modificações ocorridas na sociedade trouxeram uma significativa mudança no Direito Civil, em especial no Direito de Família. Nesse sentido, pode-se afirmar que o relacionamento entre os casais a cada dia é atingido em maior grau pelas dificuldades do cotidiano. Essas situações, aliadas à intolerância, expõe a família a diversos conflitos, propiciando o crescente número de rupturas conjugais.

Tais dificuldades acarretam muitas vezes, traumas irreparáveis para todos os integrantes da família, principalmente à prole. Contudo, apesar do conservadorismo, a legislação precisou adequar-se às mudanças sociais, para atender uma nova perspectiva que abrangeria o melhor interesse do menor, quando da separação de seus pais.

Para atenuar as diversas consequências advindas de um divórcio, a atribuição de guarda tornou-se um ato de importância relevante na vida da criança, a qual deve ser considerada como sujeito de Direito e devidamente protegida pelo Estado. Portanto, a guarda é prerrogativa do poder familiar, sendo direito-dever, exercido igualmente por ambos os pais, não podendo ser mudado com o advento da ruptura conjugal.

O instituto da guarda foi se renovando, razão pela qual se tem no ordenamento jurídico BRASILEIRO, várias espécies de guarda, a exemplo, a guarda única, na qual apenas um genitor detém a guarda física e jurídica, e ao outro cabe o direito de visitas e ao múnus de contribuir para o sustento do menor.

A guarda compartilhada também encontrou amplo respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pois privilegia a criança e o adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, e beneficia os pais, pois estes conseguem exercer a autoridade parental conjuntamente, mesmo após o término da relação, minimizando assim, o abismo que ocorria com a ruptura conjugal, assegurando ao menor um desenvolvimento saudável, correto e efetivo.

A guarda compartilhada é inovadora e respeita os princípios constitucionais atinentes ao tema, pois preserva a continuidade do lar, no que toca os interesses da criança. Quando os pais cooperam entre si, certamente essa guarda será beneficiada.

Contudo, alguns doutrinadores e a jurisprudência de alguns tribunais entendem que mesmo na ausência de diálogo é possível a atribuição da guarda compartilhada, e para isso basta que os pais não se desqualifiquem mutuamente na presença dos filhos.

Dessa forma, a premissa maior desse modelo de guarda é a permanência dos laços que outrora existiam no seio da família. O ideal é que os desentendimentos dos pais não atinjam os filhos, para que esses possam ser educados por ambos, mantendo, dessa forma, uma relação contínua, minimizando as possíveis limitações decorrentes de problemas meramente conjugais.

Conclui-se que, apesar das discordâncias entre os operadores do direito, dentre todos os modelos de guardas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a adoção da guarda compartilhada parece ser a mais adequada, sendo que as vantagens proporcionadas pela mesma superam as possíveis desvantagens que possam advir.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANEZIN, Cláudia Carvalho. Da Guarda Compartilhada em oposição à Guarda Unilateral. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Síntese, Porto Alegre, v. 6 n. 28, Fev./Mar. 2005, p.01-15.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil 3 esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora de Revistas Tribunais, 2003.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. São Paulo: Editora de Direito. 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.