



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE HUMANIDADES “OSMAR DE AQUINO”
CAMPUS III – GUARABIRA – PB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

WEDSON DE FREITAS CANTALICE

**GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS:
MODALIDADE IDEAL, MAS NEM SEMPRE A MAIS VIÁVEL**

**GUARABIRA-PB
2015**

WEDSON DE FREITAS CANTALICE

**GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS:
MODALIDADE IDEAL, MAS NEM SEMPRE A MAIS VIÁVEL**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Graduação em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual da Paraíba, Campus III, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Hérika Juliana Linhares Maia

**GUARABIRA-PB
2015**

C229g Cantalice, Wedson de Freitas
Guarda compartilhada de filhos de pais separados: modalidade ideal, mas nem sempre a mais viável [manuscrito] / Wedson de Freitas Cantalice. - 2015.
23 p. nao

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2015.

"Orientação: Hérica Juliana Linhares Maia, Departamento de Ciências Jurídicas".

1. Poder familiar. 2. Guarda compartilhada. 3. Criança. 4. Adolescente. I. Título.

21. ed. CDD 346.015

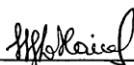
WEDSON DE FREITAS CANTALICE

**GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS:
MODALIDADE IDEAL, MAS NEM SEMPRE A MAIS VIÁVEL**

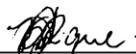
Artigo Científico apresentado ao Curso de Graduação em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual da Paraíba, Campus III, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 03 / 06 / 2015.

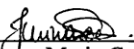
BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Hérica Juliana Linhares Maia / UEPB
Orientadora



Prof.^a Marcela Oliveira de Alexandria Rique / UEPB
Examinadora



Prof.^a Jucimara Maria Cunha dos Santos / UEPB
Examinadora

A meus pais, João Nicéforo Cantalice (*in memoriam*)
e Creuza Alves de Freitas, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Fonte de toda a Sabedoria, que me guiou e me fortaleceu nos momentos mais difíceis de minha vida.

A meus pais, João Nicéforo Cantalice (*in memoriam*) e Creuza Alves de Freitas, meus primeiros mestres, por todos os esforços e renúncias que fizeram em favor de minha formação humana e profissional.

Aos demais familiares, em especial a meus irmãos, Welligton, William, Wnildson, Willdemberg e Wildemar, pelos incentivos diários e apoios incondicionais.

A Helena, que, mesmo sem ter nenhum parentesco consanguíneo conosco, dedicou grande parte de sua vida a ajudar meus pais na tarefa de criar e educar a mim e a meus irmãos.

A Pe. Paulo José, que, mesmo depois de ter deixado de ser Vigário de minha Paróquia, jamais deixou de ser meu amigo, de me dá incentivo e de me servir de exemplo.

Aos professores do Curso de Direito da UEPB, Campus III, em especial à minha orientadora, Hérika Juliana Linhares Maia, pela disposição, paciência e ensinamentos na condução deste artigo, e a Antônio Cavalcante Costa Neto e Sônia Medeiros Assis, pela atenção e compreensão que me dispensaram ao longo de todo o curso, notadamente no semestre passado.

Aos funcionários da UEPB, em especial a Graça e a Luiz, pela presteza e atendimento todas as vezes que foram necessárias.

Aos amigos da turma 2010.1, em especial a Jamilly Steffane, Ana Karla, Islândia dos Santos, Vivicléa Aneyronis, Gilvânia Dantas, Wellington Júnior e Raphael Guedes, pelo companheirismo, apoio e incentivos durante todos os anos da graduação.

A todos, eternizo os meus mais sinceros agradecimentos.

“O amor primeiro, aquele entre pais e filhos, vai determinar nossa expectativa de todos os amores que teremos. Nossa vivência inicial vai marcar muitas de nossas vivências futuras. Por isso, ter filhos e criá-los é cada dia gerar e pari-los outra vez, sem descanso”.

Lya Luft

GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS: MODALIDADE IDEAL, MAS NEM SEMPRE A MAIS VIÁVEL

CANTALICE, Wedson de Freitas ¹

RESUMO: O presente artigo é realizado, majoritariamente, a partir de uma pesquisa bibliográfica e tem por objetivo verificar se a guarda compartilhada de filhos de pais separados, no Brasil, pode e deve ser fixada sempre, mesmo em casos de falta de consenso dos genitores. Para melhor entendimento da matéria, primeiramente são abordados os institutos do poder familiar e da guarda. Expõe que o melhor interesse da criança e do adolescente é o atual critério definidor da guarda, bem como apresenta as outras modalidades de guarda. Ao tratar especificamente da guarda compartilhada, evidencia-se a diferença entre ela e a guarda alternada; comenta-se acerca das alterações ocorridas no seio da família, que possibilitaram o seu surgimento; apontam-se suas principais vantagens e desvantagens, bem como algumas das principais regras trazidas pela Lei nº 11.698/08 (lei que a positivou no ordenamento jurídico brasileiro) e pela nova lei de guarda (Lei nº 13.058/14). Conclui-se que, embora haja previsão legal e seja a modalidade que mais satisfaz a concretização dos direitos dos filhos e dos pais, ela pressupõe que haja o mínimo de diálogo e respeito entre os genitores para ser exitosa, tornando-se inviável e provável causa de aumento de litígios e de demandas judiciais quando não houver consenso entre os genitores.

PALAVRAS-CHAVE: Poder familiar. Guarda compartilhada. Criança. Adolescente

RESUMEN: El presente artículo es realizado, mayoritariamente, a partir de una investigación bibliográfica y tiene por objetivo verificar si la guardia compartida de hijos de padres divorciados, en Brasil, puede y debe ser fijada siempre, incluso en los casos de falta de consentimiento de los genitores. Para mejor entendimiento del tema, primeramente, son abordados los institutos del poder familiar y de guardia. En este, se expone que el mejor interés del niño y del adolescente es el actual criterio definidor de la guardia, así como presenta las otras modalidades de guardia. Al tratarse específicamente de la guardia compartida, se evidencia la diferencia entre ella y la guardia alternada; comentase a cerca de las alteraciones ocurridas en el seno de la familia, que posibilitaron su surgimiento; se apuntan sus principales ventajas y desventajas, bien como algunas de las principales reglas traídas por la Ley nº 11.698/08 (ley que la positivó el ordenamiento jurídico brasileño) y de la nueva ley de guardia (Ley nº 13.058/14). Concluyese que, aunque haya previsión legal y sea la modalidad que más satisface la concretización de los derechos de los hijos y de los padres, ella presupone que haya el mínimo de dialogo y respeto entre los genitores para ser exitosa, tornándose inviable y probable causa de aumento de litigios y de demandas judiciales cuando no hubiera consenso entre los genitores.

PALABRAS CLAVE: Poder familiar. Guardia compartida. Niño. Adolescente.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).
E-mail: wedson.fc@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O fim de um casamento ou a dissolução da união estável de um casal, geralmente, é marcado por grande ansiedade e sofrimentos para os envolvidos, sobretudo quando o término da relação conjugal/afetiva ocorre de maneira não consensual e o antigo casal tem filhos menores em comum. Nesse caso, é corriqueiro que um dos ex-parceiros crie embaraços para que o outro siga a vida sem sua presença e, como forma de atingi-lo, passe a dificultar a convivência do outro genitor com seus filhos.

Consolidada tal ruptura, uma das questões mais tormentosas a ser resolvida pelo ex-casal diz respeito à guarda dos filhos. Por muito tempo, ela foi (e ainda é, embora esteja havendo uma mudança gradual), quase que em sua totalidade, usualmente deferida pelo Judiciário à mãe, considerada mais apta a exercer as funções inerentes à criação e à educação da prole. Essa forma tradicional de atribuição da guarda a apenas um dos genitores é o que se chama de guarda unilateral.

Com o advento da Lei nº 11.698/08, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de atender, principalmente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, passou a admitir formalmente um novo modelo de guarda. Trata-se da guarda compartilhada, objeto principal desse estudo, cuja importância é evidente não só para os operadores jurídicos, mas também para todas as famílias que passaram ou estão passando pelo difícil processo da separação.

Desde então, em detrimento da guarda unilateral, o modelo compartilhado de guarda passou a ser tido como o ideal, o que não significa dizer que ele também não contenha falhas e que tenha a sua eficácia prática contestada em alguns casos, o que voltou a ressaltado pela doutrina e pelos profissionais do Direito a partir da promulgação e vigência da Lei nº 13.058/14, que ficou conhecida como “Nova Lei de Guarda Compartilhada”, ainda que ela também faça referência à guarda unilateral.

Como tantos outros temas do Direito de Família, o da guarda compartilhada de filhos suscita muitas reflexões e questionamentos. Neste trabalho, pretende-se elucidar os seguintes questionamentos: A guarda compartilhada é a modalidade que mais possibilita a concretização dos direitos dos filhos e dos pais, principalmente o direito à convivência familiar? A imposição da guarda compartilhada é a solução mais viável na busca da concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mesmo em casos

de pais separados que não conseguem manter o mínimo de respeito e de diálogo? Qual é a possível consequência da imposição da guarda compartilhada?

A partir das respostas dadas a esses questionamentos, este artigo tem por objetivo verificar se a guarda compartilhada de filhos de pais separados no Brasil pode e deve ser fixada sempre, mesmo em casos de falta de consenso entre os genitores.

2. METODOLOGIA

Este trabalho trata de uma pesquisa, majoritariamente, bibliográfica, a qual, segundo Gil (2008), corresponde àquela elaborada a partir de material já publicado. O estudo foi embasado na leitura e análise de livros, artigos, revistas, Constituição Federal de 1988, Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02), Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/08), Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/14), Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/10), Informativo nº 481, do STJ, bem como na jurisprudência pertinente à problemática e em conteúdo audiovisual disponível na *internet*.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Poder familiar e sua evolução no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como premissa de uma melhor compreensão do instituto da guarda, faz-se necessário realizar uma abordagem do “poder familiar”, expressão que corresponde ao antigo “pátrio poder”, utilizada na Codificação Civil Brasileira de 1916, que, como o próprio nome sugere, ressalta a predominância da figura paterna na condução dos assuntos domésticos e familiares, conferindo-lhe amplos poderes sobre a pessoa e os bens dos filhos.

Maluf e Maluf (2013, p. 643 *apud* ROSA, 2015, p. 13), comentando acerca da antiga denominação do instituto em análise, dizem que:

[...] foi instituído, originariamente, na Roma Antiga, representando a *patria potestas*, o conjunto de poderes que o *pater familias* detinha sobre os *fili familia*. Inicialmente, a *patria potestas* visava tão somente ao interesse **do chefe de família**, do *pater familias*. Assim, os poderes a ele concedidos eram amplos e abrangiam poderes atinentes tanto à ordem pessoal como à ordem patrimonial. (grifos nossos)

Como se percebe da transcrição acima, a expressão adotada no Código Civil de 1916 demonstra os resquícios de uma sociedade patriarcal, que contemplava exclusivamente o

poder do pai com relação aos filhos, afigurando-se totalmente incoerente com o tratamento isonômico concedido ao homem e à mulher, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, I), inclusive quanto ao exercício de “iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal” (art. 226, 5º) (BRASIL, 1988).

Acompanhando essa evolução das relações familiares, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90) mudou substancialmente o instituto em estudo, de modo que ele deixou de ter um sentido de dominação para tornar-se sinônimo de proteção, com mais características de deveres e de obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos daqueles em relação a estes.

Seguindo esse mesmo caminho, a Codificação Civil de 2002, ao tratar do tema, procurando adaptar-se à nova realidade da sociedade, substituiu a expressão “pátrio poder” pela expressão “poder familiar”, dele tratando em seus artigos 1.630 a 1.638, rompendo, pelo menos teoricamente, com a anterior tradição patriarcal e machista. Desde então, perante a lei, ambos os genitores partilham, em igualdade de condições, a responsabilidade pelos filhos.

A nova expressão, contudo, também não ficou imune a críticas. Nesse sentido, Dias (2010, p. 413), por exemplo, afirma: “ainda que o Código Civil tenha eleito a expressão poder familiar para atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou, pois mantém ênfase no “poder”, apenas deslocando-o do pai para a família”. Segundo ela, a expressão que goza de mais simpatia da doutrina é “autoridade parental”, pois melhor reflete a profunda alteração que resultou na consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, insculpido no art. 227 do Texto Maior.

Apesar das várias expressões utilizadas pela doutrina, neste trabalho, dar-se-á preferência àquela que foi adotada no Código Civil vigente, qual seja, poder familiar, para se referir ao conjunto de direitos e deveres, reconhecidos tanto ao pai quanto à mãe, em face de seus filhos, enquanto menores e incapazes, cujo conteúdo encontra-se exposto no art. 1.634 do daquele Código, quais sejam: dirigir a criação e a educação dos filhos; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem para o exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município; 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; representá-los

judicial e extrajudicialmente até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

3.1.1 Causas de extinção, de perda e de suspensão do poder familiar no Código Civil

De acordo com o teor do art. 1.635 do Código Civil de 2002, extingue-se o poder familiar pelas seguintes causas: pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos art. 5º, parágrafo único; pela maioridade; pela adoção; bem como por decisão judicial, na forma do art. 1.638 (BRASIL, 2002). Com exceção da última, as demais são causas não imputáveis, voluntariamente, a qualquer dos genitores.

A última causa apontada, isto é, a que se refere ao art. 1.638, diferentemente, trata dos fundamentos da perda do poder familiar por meio de sentença judicial, em razão de comportamentos (culposos ou dolosos) graves, praticados pelo pai e/ou pela mãe, quais sejam: o castigo imoderado do filho, o abandono do filho, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e a incidência reiterada nas faltas previstas no art. 1.637, que, por sua vez, trata das causas de suspensão do poder familiar (BRASIL, 2002).

De acordo com o *caput* desse último dispositivo e de seu parágrafo único, é passível de ter o poder familiar suspenso o pai ou a mãe que abusar de sua autoridade, faltar aos deveres a eles inerentes ou arruinar os bens dos filhos. Igualmente é passível de suspensão o genitor condenado por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002). A suspensão, porém, pode ser cancelada pelo juiz se as circunstâncias mudarem.

Veja-se que a dissolução do matrimônio ou da união estável não é uma das hipóteses de impedir o exercício do poder familiar. Este é uma decorrência da paternidade/maternidade, e não dos laços afetivos e/ou conjugais estabelecidos entre o casal, de modo que o casamento ou a convivência do casal não são requisitos necessários para a sua configuração. Sendo assim, o término do relacionamento afetivo/conjugal dos pais, por si só, não é razão para limitar a convivência entre pais e filhos.

Complementando esse entendimento, o artigo 1.579 do Código Civil dispõe expressamente que: “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos

filhos” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, Deccache (2009, p. 212) assim afirma: “a limitação do convívio dos filhos com um dos pais, pelo mero desenlace conjugal, não deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, tendo em vista que, após a separação, prosseguem ambos titulares do poder familiar”.

Corroborando o até aqui exposto, o art. 1.636, *caput*, do mesmo Código, dispõe o seguinte: “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias ou estabelece união estável não perde quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”. Tal preceito também se aplica ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável, segundo o parágrafo único daquele mesmo artigo (BRASIL, 2002).

Portanto, de acordo com a lei e com a doutrina, não importa o estado civil, o poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores, protegendo tanto os filhos havidos na constância do casamento ou da união estável, quanto os havidos fora deles, inclusive aqueles cujos pais nunca viveram sob o mesmo teto, uma vez que o exercício de tal encargo não é inerente à convivência dos genitores. Porém, nos termos do art. 1.631 *caput* e parágrafo único do Código Civil, na falta ou impedimento de um dos pais, o outro o exercerá com exclusividade e, em casos de divergências quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um dos pais socorrer-se da autoridade judicial (BRASIL, 2002).

Feitas essas considerações acerca do poder familiar, passemos a analisar a guarda, que é instituto diferente daquele, conforme se verá adiante.

3.2 Guarda de Filhos

O termo “guarda”, entre outras aplicações, destina-se a identificar o ato de vigiar, de cuidar, de proteger, tendo consigo alguma coisa ou alguém. Esse sentido de guarda fica bem evidente quando dela tratamos no Direito das Obrigações. Todavia, quando se trata de definir a guarda de filhos, no âmbito do Direito de Família, surgem grandes dificuldades, já que a proteção legal é direcionada a uma pessoa, e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstâncias que invocam sentimentos de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e de cuidar.

Reconhecendo não ser tarefa fácil conceituar a guarda de filhos, Strenger (1998, p. 31) diz que ela “é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar”.

Grisard Filho (2014, p. 59), por sua vez, comenta que:

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, §1º, dessa lei especial, 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 naquele artigo do CC.

O mesmo autor ensina-nos ainda que “a guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior grau de independência, possui desdobramentos próprios” (GRISARD FILHO, 2014, p. 69).

Percebe-se, pois, que o instituto da guarda está intrinsecamente ligado ao complexo de deveres e direitos decorrentes do exercício do poder familiar, porém este é muito mais abrangente do que aquela. Enquanto o poder familiar decorre da paternidade/maternidade, ou seja, é uma atribuição de genitores, a guarda pode ser atribuída a terceiros, sem que isso implique a transferência daquele, pois com os pais subsistem certas atribuições que só devem desaparecer com a privação do poder familiar (SILVA, 2015; GRISARD FILHO, 2014).

Como o poder familiar trata da relação entre pais e filhos, nos casos de separação, de divórcio ou de fim da união estável, a única mudança no direito dos pais diz respeito a uma das atribuições do poder familiar, ou seja, a guarda, que passa a ser unilateral, quando exercida por um dos pais, ou compartilhada, quando exercida por ambos os genitores.

3.2.1 Critério de determinação da guarda: evolução histórica – breve relato

Durante grande parte da vigência da Codificação Civil de 1916, o critério de determinação da guarda estava associado à responsabilidade (culpa) dos pais pela ruptura da sociedade conjugal, deixando de priorizar o direito da criança e do adolescente. Aquele critério foi abrandado pelo teor do art. 13 da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que dispunha o seguinte: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, **a bem dos filhos**, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais” (grifo nosso) (BRASIL, 1977).

Esse artigo demonstra o início de uma preocupação maior com a preservação do melhor interesse do menor como critério definidor da guarda, o que de fato só ocorreu a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da igualdade entre

homens e mulheres, assegurando-lhes os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (arts. 5º e 226, 5º) (BRASIL, 1988).

Em 1990, com o expresse reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos titulares de direitos fundamentais, o ECA ratificou que a culpa de um dos pais pelo término do relacionamento havia deixado de ser o fator determinante na atribuição da guarda de filhos (BRASIL, 1990). No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 dispôs em seu original art. 1.584: “decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la” (BRASIL, 2002).

A expressão “melhores condições”, constante no dispositivo acima, sempre foi tida como uma cláusula geral. Para preenchê-la, a doutrina nacional reiteradamente propunha o atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente. E o que é esse melhor interesse?

Segundo alguns doutrinadores, tais como Eduardo de Oliveira Leite e Waldyr Grisard Filho, não é uma tarefa fácil defini-lo, pois se trata de um conceito jurídico indeterminado, que escapa a uma definição geral e abstrata, da qual, por certo, apenas é possível aproximar-se no exame de cada caso prático. Contudo, tais autores deixam claro que “melhor interesse do menor” não significa, necessariamente, melhor condição financeira. Esta, sem dúvida, tem importância, mas não é o único ponto que deve ser analisado pelo juiz (GRISARD FILHO, 2014; LEITE, 1997). Melhor interesse absorve além dos interesses materiais (econômicos), os interesses morais, emocionais (afetivos), mentais e espirituais do filho menor, não se podendo olvidar de que cada caso tem sua peculiaridade.

3.3 Modalidades de Guarda

3.3.1 Guarda Unilateral (Única ou Exclusiva ou Uniparental)

Segundo a nova redação do art. 1.583, §1º, do Código Civil vigente, dada pela Lei nº 11.698/08, “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua [...]”. Pela leitura desse dispositivo, constata-se que, no Brasil, a guarda unilateral poderá ser exercida por um dos pais (situação mais comum) ou por outra pessoa, em situações excepcionais. Nesse trabalho, contudo, será dado enfoque à primeira hipótese.

Nesse sentido, a guarda unilateral (também chamada de única ou de exclusiva ou,

ainda, de uniparental) é aquela em que um dos pais detém, com exclusividade, não só a guarda física (guarda material), mas também a guarda jurídica do menor, cabendo ao outro genitor (o não guardião), em contrapartida, o direito de visitas (exercício do direito de convívio) e o dever de supervisionar o interesse dos filhos, bem como de contribuir para o seu sustento.

Na lição de Gomes (1981, p. 281):

A guarda física consiste em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. Já a guarda jurídica implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.

Sendo assim, mesmo em casos de guarda unilateral, a guarda jurídica também é exercida a distância pelo genitor não guardador, pois o poder familiar é mantido a ambos os genitores, conforme visto alhures, sendo que o genitor guardião o exercerá em toda a sua extensão, enquanto o outro (o não guardião) terá esse direito-dever reduzido pela circunstância fática de com os filhos não residir e, conseqüentemente, com eles menos tempo conviver.

Dá a precisa observação de Grisard Filho (2014, p. 105): “vale dizer: os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais”, ocorrendo uma redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do essencial de suas prerrogativas ao genitor não guardião.

A carência de convívio e de intimidade entre um dos pais e os filhos, quase sempre, resulta num distanciamento que, paulatinamente, pode levar ao rompimento dos laços de afeto, trazendo grandes prejuízos psicológicos ao menor, sendo essa uma das grandes críticas a esse modelo de guarda.

3.3.2 Guarda Alternada

A guarda alternada é a modalidade em que o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de exercício da guarda física do menor, o que significa dizer que este reside, por exemplo, seis meses na casa da mãe e outros seis meses na casa do pai, e assim sucessivamente, promovendo uma verdadeira divisão do menor, que convive, alternadamente, com cada um dos seus genitores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Quando fixada, implica que cada um dos genitores, no período de tempo a ele preestabelecido, exerce a totalidade dos direitos e deveres que integram o poder familiar, sendo, todavia, preservado ao outro o direito de visitas. Dessa forma, conforme sabiamente percebeu Grisard Filho (2014, p. 126): “a guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única”.

É uma modalidade que não possui previsão legal no Brasil e que é muito contraindicada pela doutrina, pela jurisprudência e por psicólogos, pois, em regra, atende mais aos interesses dos genitores do que aos de seus filhos, já que ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e ideias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só instabilidade emocional e psíquica, como um descontínuo afetivo, espacial e social.

Nesse sentido, comenta Oliveira (2008, p. 181), “a guarda alternada não tem sido vista com bons olhos pelo Poder Judiciário, além de ser manifestamente repudiada por renomados profissionais no âmbito da Psicologia”. Já Tartuce (2013) afirma que essa espécie de guarda não é recomendável, pois a criança perde seu referencial, recebendo tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna, o que pode trazer confusões psicológicas à criança.

3.3.3 Aninhamento (Nidação)

“A expressão nidal vem do latim ‘nidus’, que significa ninho” (ROSA, 2015, p. 59). O aninhamento ou nidação, portanto, é um modelo de guarda, no qual, ao invés de os filhos revezarem de residência em tempos alternados, são os pais que se mudam para a casa onde vivem os filhos.

Assim como a guarda alternada, essa espécie também apresenta inconvenientes, uma vez que provoca no menor os mesmos sentimentos de insegurança e de descontinuidade familiar. Por essa semelhança, alguns autores consideram o aninhamento ou nidação uma espécie de guarda alternada.

Também não foi contemplada formalmente pelo legislador brasileiro, o que faz com que ela seja possível, porém é muito difícil de ser adotada, inclusive pelo aspecto financeiro, já que será necessário manter 03 casas: a do pai, a da mãe e a dos filhos.

3.3.4 Guarda Compartilhada (Guarda Conjunta)

De acordo com Dias (2010, p. 432), guarda compartilhada “é um modo de garantir, de

forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes (*dos pais*) na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço”.

Guarda compartilhada é, então, a espécie de guarda que permite igualar, no período pós-conjugal (ou pós-união), a responsabilidade parental entre o pai e a mãe, bem como possibilita pôr em prática os princípios da isonomia entre homem e mulher e do superior interesse do menor (GRISARD FILHO, 2014; ROSA, 2015).

Nesse modelo, não há exclusividade de um ou de outro genitor (ou de outra pessoa) no exercício da guarda. Tanto o pai quanto a mãe detém, ao mesmo tempo, a guarda legal dos filhos e são corresponsáveis pela condução da vida da prole comum, o que traz resultados positivos na dimensão psíquica do menor, que passa a sofrer em menor escala os efeitos do fim da relação de afeto que unia os seus genitores.

Trata-se de uma modalidade comumente confundida com a guarda alternada. Porém, de acordo com o que afirma Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias:

Não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente ‘guarda alternada’, através da qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, procede-se praticamente à divisão da criança. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores [...] (DIAS, 2010, p. 435).

Destarte, de acordo com essa observação da ilustre ex-Desembargadora, deduz-se que, enquanto a guarda compartilhada preza pelo exercício conjunto do poder parental (poder familiar), a modalidade alternada implica o exercício exclusivo do poder familiar por parte de um dos genitores, que se alterna em períodos predeterminados.

Tendo apresentado uma visão geral das diversas modalidades de guarda que são apresentadas pela doutrina majoritária, passaremos agora a tratar mais especificamente da modalidade compartilhada, começando por apresentar algumas considerações gerais a seu respeito para, na sequência, em tópico específico, verificar como ela tem sido tratada no Brasil.

3.3.4.1 Considerações gerais acerca da guarda compartilhada

As diversas alterações sociais e familiares ocorridas no mundo todo, notadamente após

a Revolução Industrial, provocaram substanciais mudanças no Direito de Família, inclusive no que diz respeito à guarda de filhos. Entre essas referidas alterações, merece destaque a participação cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, que fez com que os homens, que já tinham filhos menores, passassem a assumir mais responsabilidades no âmbito residencial, despertando neles a vontade de participar mais ativamente na vida de seus filhos, inclusive nos cuidados físicos diários (GRISARD FILHO, 2014; SILVA, 2015).

Esse novo contexto contribuiu para evidenciar os efeitos benéficos do envolvimento mais ativo do pai no processo de criação e educação dos filhos, dando início a uma nova era de arranjos de guarda e de visita - que possibilitou, ainda que em número bem menor, a concessão de guarda unilateral ao homem, cabendo à mulher, neste caso, o papel de visitante - ao mesmo tempo em que, em atenção ao melhor interesse dos menores e à igualdade dos gêneros, propiciou o surgimento dessa nova modalidade de guarda (GRISARD FILHO, 2014; SILVA, 2015).

Seu grande objetivo é evitar o tão comum distanciamento entre os filhos e um de seus genitores após a dissolução do matrimônio ou da união estável, incentivando, ao máximo, a manutenção dos laços afetivos entre eles por meio de contatos frequentes, “afinal de contas nem pai nem mãe perde essa condição após o fim do relacionamento amoroso mantido com o outro genitor do seu filho [...]” (ALVES *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011). Essa preservação dos vínculos de ambos os pais com o filho contribuirá para um melhor desenvolvimento socioemocional do menor, evitando que a sua saúde e seu bem-estar sejam afetados ou, pelo menos, sofram menos impacto.

Em harmonia com essa afirmação, a psicóloga Ione Caldas, ex-Presidente da Associação Brasileira de Psicologia Aplicada (ABRAPA), valendo-se de pesquisas realizadas nos Estados Unidos, afirma que os benefícios da guarda compartilhada permitem um desenvolvimento infantil mais satisfatório, com a elevação da autoestima e a diminuição do índice de problemas emocionais. Ela acha que essa é a modalidade de guarda que atende, de forma mais eficiente, aos interesses das crianças pelo fato de ampliar a presença dos pais junto a elas (SILVA, 2015).

3.3.4.2 Principais vantagens da guarda compartilhada

Seja pelo prisma psicológico, seja pelo jurídico, várias são as vantagens da guarda compartilhada tanto para os filhos, quanto para os pais.

Com relação aos filhos, suas vantagens podem ser assim resumidas: reduz a angústia produzida pelo sentimento de perda de um dos genitores após o divórcio; ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição e, principalmente, proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, facilitando o processo de socialização e identificação (GRISARD FILHO, 2014; SILVA, 2015).

Já com relação aos pais: além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, reduz os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de sua prole; auxilia na obtenção dos melhores interesses morais e materiais dos filhos; privilegia a manutenção dos laços de afeto com os filhos, podendo diminuir os riscos de ocorrência de alienação parental (GRISARD FILHO, 2014; SILVA, 2015).

A respeito dessa última vantagem, convém trazer à colação o inteiro teor do art. 2º, da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, segundo o qual:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Note-se que, ainda que possam ser praticados por outras pessoas, geralmente tais atos são praticados pelas mães, já que são elas quem na maioria das vezes detêm a guarda dos filhos. Como a guarda compartilhada estimula o estabelecimento ou a manutenção dos laços de afeto do menor com o pai e com a mãe, por meio de um tempo de convívio entre eles (pais e filhos) o mais equilibrado e amplo possível, acredita-se que haveria uma minimização dos

riscos da ocorrência de atos de alienação parental e da conseqüente síndrome de alienação parental.

3.3.4.3 Principais desvantagens da guarda compartilhada

Como acontece em todos os outros modelos, a guarda compartilhada também tem suas desvantagens. Em regra, todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas adicionais, “o que funciona bem para uma família pode causar problemas em outra” (TEYBER, 1995, p. 119 *apud* GRISARD FILHO, 2014 p. 217). Sendo assim, o surgimento de males psicológicos também é um dos principais motivos apontados contra a guarda compartilhada, com a alegação de que a criança deve ter estabilidade, ou seja, um lar definido.

Quanto a esse ponto, alguns defensores da guarda compartilhada afirmam que, no exercício da guarda legal, a definição de residência deve ser a primeira a merecer atenção especial dos pais. Ainda que ambos os genitores devam possuir acomodações para os filhos em suas respectivas residências, dentro do limite de suas capacidades econômicas, é necessária a definição de um ponto de referência, pois isso gera a estabilidade que o direito deseja para o menor (SILVA, 2015).

Nessa linha de preservação do menor, a psicóloga Nazareth, embora adepta da guarda compartilhada, aponta algumas circunstâncias em que ela é contraindicada, como, por exemplo, quando as crianças são muito pequenas, bem como quando um dos genitores não tem condições operacionais adequadas, tal como não possuir acomodação apropriada para receber os filhos (APASE *on line*).

Por fim, o principal argumento contrário à guarda compartilhada é o que levanta a questão de que, na prática, ela só funciona quando os pais e as mães se entendem (SILVA, 2015), o que, sem dúvida, é um argumento relevante e deve ser muito bem avaliado pelo juiz na busca do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.4 Análise da Guarda compartilhada no Brasil

Como já mencionado, a guarda compartilhada foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, quando não só passou a ter previsão expressa, como também passou a ser a modalidade preferível em nosso sistema, em detrimento da guarda unilateral.

Desde então, nos termos do art. 1.584, §1º, do CC/02, devem os juízes incentivar sua

adoção, informando ao pai e à mãe o seu significado e a sua importância para a vida dos filhos (BRASIL, 2002). Antes disso, porém, o modelo compartilhado não era proibido, sendo, inclusive, muito elogiado por parte da doutrina por o considerarem “o retrato mais fiel do que se entende por poder familiar” (MOTTA, 2006, p. 596 *apud* DIAS, 2010, p. 432).

3.4.1 Pilares legais

Além dos aspectos psicológicos que o tema envolve, os fundamentos legais da guarda compartilhada são de ordem constitucional e infraconstitucional. Atendo-se ao aspecto legal, percebe-se que, bem antes da promulgação da Lei nº 11.698/08, já era possível encontrar na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional (ECA e Código Civil) suporte para a plena adoção da guarda compartilhada no Brasil. Vejamos alguns deles, a começar pelos que estão previstos na Lei Maior.

Assim dispõe o §5º do Art. 226 de nossa Carta Magna: “Os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos **igualmente** pelo homem e pela mulher” (grifo nosso) (BRASIL, 1988). O Art. 229, por sua vez, impõe **aos pais** “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]” (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente enuncia, em seu art. 4º, *caput*, que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à **convivência familiar** e comunitária. (grifo nosso) (BRASIL, 1990).

Essa previsão legal procurou dar efetividade ao que prevê o art. 227 do texto constitucional, lembrando a todos que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais, dentre os quais destacamos o direito à convivência familiar (BRASIL, 1988). Nos artigos subsequentes, o Estatuto Menorista trata das disposições que devem ser observadas e garantidas à criança e ao adolescente, para a garantia dos direitos fundamentais que lhe são assegurados no já referido art. 4º (BRASIL, 1990).

Também no Código Civil de 2002, ainda que não expressamente, já era possível encontrar suporte para a aplicação da guarda compartilhada no Brasil. Nesse sentido, veja-se o teor do art. 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”, bem como o do art. 1.634 daquele mesmo Código, que em sua redação original já dispunha: “compete **aos pais**, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação [...]” (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

Todos esses dispositivos, em conjunto, já possibilitavam a adoção da guarda compartilhada, ainda que não existisse um texto legal específico que regulamentasse o instituto. Alguns Magistrados, inclusive, em situações isoladas, já a adotavam levando em conta a pretensão dos pais, mas principalmente o interesse dos filhos.

3.4.2 Guarda compartilhada no Brasil após a Lei nº 11.698/08

A partir da Lei nº 11.698/08, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, o Brasil passou a ter, expressamente, apenas dois tipos de guarda, quais sejam: a unilateral e a compartilhada. Com tal modificação, assim ficou a redação do Art. 1.583, *caput*, do Código Civil de 2002: “A guarda será unilateral ou compartilhada”, devendo-se compreender por guarda unilateral, nos termos do §1º daquele artigo, “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua [...] 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” (BRASIL, 2002).

Foi com esse texto que a guarda compartilhada ingressou formalmente em nosso ordenamento jurídico. Na opinião de seus defensores, a inovação legislativa foi um importante passo para a humanização e democratização da guarda jurídica de crianças e adolescentes no país.

De acordo com essa lei, nos termos do art. 1.584 *caput* e incisos, tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada poderá ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como pode ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio com o pai e com a mãe. Caso não seja convencionada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, a guarda pode ser buscada em ação própria (BRASIL, 2002).

O parágrafo 2º daquele mesmo dispositivo trazia a seguinte regra: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que possível**, a guarda compartilhada” (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

Tal previsão legal não foi suficiente para fazer com que, na prática forense, os números da guarda compartilhada viessem a se tornar expressivos, fato que pode ser constatado a partir dos dados da pesquisa de Registro Civil de 2013, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) e divulgados no *site* da Veja.com, em 25/12/2014. Segundo ela, “apenas 7,73% dos filhos de casais separados vivem sob regime de guarda compartilhada. Na maioria dos casos, 85,07%, a criança ainda fica a mãe, e em 5,35%, com o pai.” (VEJA, 2014, *on line*).

Diante desse quadro, o principal questionamento que se fazia (e ainda se faz) em torno da guarda compartilhada era se ela deveria ser fixada e se seria viável mesmo em casos de pais que vivem em constantes situações de conflitos. Quanto a esse ponto, até mesmo alguns autores que defendem a guarda compartilhada divergem. Alguns acham que se deve dar prioridade a essa modalidade, inclusive no litígio, enquanto outros acham que, em tais situações, ela é inviável. A respeito dessa divergência, vejamos comentários de dois doutrinadores: um favorável e outro desfavorável.

Favoravelmente, Silva (2015, p. 181) diz que:

Continuo afirmando que, mesmo que ainda restem resquícios de desavenças entre os genitores, haveria a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada se as partes concordassem em participar de sessões de mediação interdisciplinar. Se tais sessões, devidamente acompanhadas por equipe multidisciplinar, não alcançarem a meta do restabelecimento do diálogo entre os genitores, aí, sim, não haveria alternativa senão a escolha da guarda unilateral.

Em sentido contrário, comenta Akel (2008, p. 126 *apud* GONÇALVES, 2014, p. 296):

Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a seu respeito. Ainda que vise a atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo.

Embora na prática esteja prevalecendo a guarda unilateral em detrimento da compartilhada, conforme demonstram os números apresentados pela pesquisa do IBGE, indicando que, em casos de falta de consenso, ela não tem sido aplicada, há de se destacar o julgamento pioneiro do REsp nº 1.251.000/MG, pela Terceira Turma do STJ, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 23/08/2011, que expressamente afirmou que não há necessidade de consenso dos pais para que a guarda compartilhada possa ser fixada. Vejamos

a publicação do Informativo nº 481, de agosto de 2011, daquele Colendo Tribunal, que sintetiza o teor da ementa do referido Recurso Especial:

GUARDA COMPARTILHADA. ALTERNÂNCIA. RESIDÊNCIA. MENOR.

A guarda compartilhada (art. 1.583, § 1º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo 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 do duplo referencial. Mesmo na ausência de consenso do antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a 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. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação. (STJ, REsp 1.251.000/MG, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/08/11).

Mesmo diante de tal decisão, que foi reafirmada em outro julgamento do STJ em 03/06/2014, por meio do REsp 1.428.596/RS, também da 3ª Turma e de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ainda prevaleceu, junto aos juízos de 1º e 2º graus, o entendimento de que a guarda compartilhada só deveria ser atribuída quando houvesse harmonia entre o antigo casal. Numa nova tentativa de mudar essa realidade, foi editada outra lei sobre a guarda de filhos no Brasil, da qual trataremos a seguir.

3.4.3 Principais inovações da Lei nº 13.058/2014

Em 22 de dezembro de 2014, foi publicada a Lei nº 13.058/14, originária do Projeto de Lei nº 117/2013, de autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá. Na justificativa, o parlamentar argumentou que a redação anterior da lei induzia os juízes a decretar a guarda compartilhada apenas nos casos em que houvesse boa relação entre os pais após o divórcio.

Com a nova lei, mais uma vez foram alterados os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, além dos arts. 1.585 e 1.634, também da codificação privada. Todos de suma importância, porém não se pretende com o presente artigo analisar o teor de todos eles, senão algumas de suas principais inovações.

A primeira, a mais importante para a temática deste trabalho, é a que está prevista no art. 1.584, §2º do Código Civil de 2002, que passou a ter a seguinte redação: “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” (BRASIL, 2002). Assim, a guarda compartilhada, que já era tida como a modalidade preferível, passou a ser a regra, tornando-se, em princípio, impositiva por determinação do legislador brasileiro.

Tal dispositivo reavivou a discussão quanto aos benefícios, para os filhos, da guarda compartilhada nos casos em que os pais vivem em conflitos. Alguns doutrinadores se manifestaram dizendo que, nessas situações, tal modelo não deve ser imposto, pois isso fará com que aumentem as demandas judiciais. “Seria preferível não ter mudado a regra nesse ponto”, opinou Pablo Stolze (defensor do modelo compartilhado, mas contrário à sua imposição), em entrevista concedida ao *site* de uma revista eletrônica, o qual mais adiante complementou: [...] da forma como foi criado, o projeto pode não atingir a meta que pretendeu. Muito difícil implantar um modelo obrigatório em situação que não tem acordo e diálogo [...] (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2014, *on line*).

Por sua vez, a juíza Jaqueline Cherulli, do TJMT, autora de um artigo intitulado “guarda compartilhada com ou sem consenso”, utilizado na justificação do PL nº 117/2013, em entrevista concedida ao “Programa Brasil Justiça”, mostrou-se bastante satisfeita com a aprovação não só desse dispositivo, mas de toda a Lei nº 13.058/14 e espera que, doravante, a vontade do legislador seja cumprida, contribuindo para o aumento do número de casos de guarda compartilhada no Brasil (YOUTUBE, 2015).

Outra inovação da lei em comento que merece destaque é a que está prevista no art. 1.583, §2º, de nossa Codificação Civil, que, visando a assegurar a plenitude do compartilhamento, recebeu a seguinte redação: “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” (BRASIL, 2002).

De acordo com a opinião da Juíza Jaqueline Cherulli, manifestada na mesma entrevista citada, a frase “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada” deve ser entendida como divisão exatamente igual do tempo dos filhos com cada um dos genitores (YOUTUBE, 2015).

Saliente-se, todavia, que esse entendimento não é unânime. De acordo com Rosa (2015, p. 123), por exemplo, “não há como interpretar a expressão tempo de convivência equilibrada com o sentido de convívio dividido”. E continua [...] “mesmo com a guarda compartilhada a custódia física permanece com um dos genitores e em relação ao outro progenitor é que será necessário estabelecer o tempo de convívio com a prole”.

Segundo esse mesmo autor:

Ao estabelecer [...] que essa convivência seja equilibrada, importa na impossibilidade da antiga fixação de ‘finais de semanas alternados’. Afinal, quatro dias para um dos pais em detrimento de outros vinte e seis de companhia da prole com o outro jamais poderão ser interpretados como ‘convivência equilibrada’, que passa a ser a lógica do sistema jurídico (ROSA, 2015, p. 123).

Quanto aos alimentos, frise-se que não é o fato de a guarda ser compartilhada que fará com que, automaticamente, haja um redimensionamento de seu valor. Tudo dependerá do caso concreto, sendo possível que haja ou não alteração. Posicionamento, aliás, que não decorre da nova lei, mas que já é adotado desde 2008, quando da edição da Lei nº 11.698.

Todavia, o §5º, do art. 1.583 do CC/02 traz uma novidade que pode ser aplicada aos alimentos, em casos de guarda unilateral. Deduz-se dele que o genitor terá direito à ação de prestação de contas (BRASIL, 2002), possibilidade sempre rechaçada pela jurisprudência pátria, inclusive pelo STJ, o que, por certo, será matéria muito polêmica e proporcionará muitos debates entre os operadores do Direito de Família em nossos Tribunais.

Por sua vez, o §6º desse dispositivo passou a prevê que “qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a quaisquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 por dia pelo não atendimento da solicitação” (BRASIL 2002), o que se espera que contribua para evitar a prática de atos de alienação parental.

Já o artigo 1.634 do CC/02, que trata das regras como o poder familiar poderá ser exercido, positivou novos direitos e obrigações aos genitores em relação aos filhos, independentemente da situação conjugal. De acordo com o seu teor, por exemplo, os filhos precisarão ter o consentimento de ambos os pais para poderem viajar ao exterior ou para mudarem sua residência permanente para outro município (BRASIL, 2002).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os estudos de psicólogos e psicanalistas, o convívio da criança e do adolescente com ambos os pais permite o desenvolvimento daqueles menores de forma mais satisfatória e saudável. Por isso, sempre que possível, a presença diária dos pais na vida dos filhos deve ser incentivada e facilitada.

Destarte, não há dúvidas de que o modelo compartilhado de guarda é o que mais preserva os interesses da criança e do adolescente, pois é o que mais proporciona o convívio intenso e constante entre pais e filhos. Também não restam dúvidas de que tal modelo é o que mais possibilita por em prática o princípio da igualdade entre homens e mulheres em matéria de guarda, pois é o que mais preza pelo amplo exercício do poder familiar, por ambos os pais, mesmo após o divórcio ou a dissolução da união estável destes.

Entretanto, quando entre os ex-cônjuges (ou ex-companheiros) não existe o mínimo diálogo ou respeito, e eles vivem em clima de constantes conflitos, surgem sérias dúvidas acerca da eficácia prática da guarda compartilhada.

Isso porque compartilhar a guarda de filhos é tarefa das mais complexas, que exige dos pais muita dedicação e compreensão mútuas, além de comunicação efetiva, ágil e respeitosa. Não existindo consenso, não há a convivência harmoniosa que é absolutamente necessária para o funcionamento adequado deste modelo de guarda. Em tais situações, a guarda unilateral parece ser menos prejudicial aos interesses da criança e do adolescente.

Não se pode criar a falsa expectativa de que com o atual regramento do Código Civil sobre a guarda dos filhos tudo será resolvido. Não é impondo a guarda compartilhada que o antigo casal irá conseguir administrar as diferenças que resultaram em sua separação e solucionar a contento os problemas cotidianos da criação e educação de sua prole.

A imposição poderá, inclusive, intensificar os conflitos, pois, não conseguindo estabelecer os mesmos parâmetros nos cuidados com os filhos, cada um dos genitores se achará no direito de fazer o que bem entender, tendo isso como provável consequência o aumento das demandas judiciais por parte dos genitores, que tenderão a procurar o Judiciário sempre que surgir uma discordância entre eles no trato com os filhos.

Ademais, há de se atentar que, embora o objetivo da Lei nº 13.058/14 tenha sido claro no sentido de impossibilitar o juiz de, em sua decisão, atribuir a guarda exclusiva a um dos

genitores, quando ambos a desejarem e estiverem aptos a exercer o poder familiar, a mudança legislativa efetivamente não torna a guarda compartilhada obrigatória, como faz crer uma leitura apressada do dispositivo, pois a lei deve sempre ser interpretada de acordo com a Constituição Federal, podendo o caso concreto vir a demonstrar que nem sempre o interesse da criança e do adolescente será mais bem atendido com a imposição daquele modelo.

Em síntese, em casos de consenso e harmonia entre os pais, não há dúvidas de que a modalidade compartilhada de guarda é a ideal, tanto para os filhos quanto para os pais, pelos motivos expostos ao longo desse trabalho. Contudo, quando o litígio é uma constante entre o antigo casal tal modalidade não se apresenta como a mais viável na busca da concretização do melhor interesse da criança ou do adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil** de 2002. Brasília: Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008.

_____. **Constituição Federal** (1988) Brasília: Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008.

_____. **Estatuto da Criança e o do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. **Lei da Alienação Parental**. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. **Lei do Divórcio**. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1615.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. **Lei de Guarda**. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. **Nova Lei de Guarda**. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.251.000/MG**, 3ª Turma, Relatora: Min. Nancy Andrichi, Julgado: 23/08/2011. Publicação: Informativo nº 481. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência. REsp 1.428.598/RS**, 3ª Turma, Relatora: Min. Nancy Andrichi, Julgado: 25/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em 19 mai. 2015.

CENTOFANTI, Marcella. **Guarda compartilhada: o que mudou com a nova lei**. Veja.com, 25 dez. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei/>> Acesso em: 14 mai. 2015

CHERULLI, Jaqueline. **Brasil Justiça | Juíza do TJMT esclarece mudanças na guarda compartilhada**. Youtube, fev. 2015. Entrevistadora: Renata Brandão. Entrevista concedida ao Programa Brasil Justiça. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4BnpbTLCDsQ>> Acesso em: 21 mai. 2015.

DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. **Guarda compartilhada: compartilhando o amor**. Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mario Luiz. São Paulo: Editora Método, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 6: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NAZARETH, Eliana Ripert. APASE. **Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família.** Disponível em <<http://www.apase.org.br/91003-comquemfico.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio. **Guarda compartilhada. Comentários à Lei nº 11.698/08.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei de Guarda Compartilhada** – São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre guarda compartilhada.** 2. ed. Leme. J. H. Mizuno, 2015.

SILVA, Rodrigo Daniel. **Projeto de guarda compartilhada trará o aumento das demandas judiciais.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/projeto-guarda-compartilhada-trara-aumento-demandas-judiciais>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.