

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO DOS PAIS

MARIANA ALVES DE OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

MARIANA ALVES DE OLIVEIRA

A EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO DOS PAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Me. Juliana de Sousa Gomes Lage.

RIO DE JANEIRO
2017 /1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

O48e Oliveira, Mariana Alves de
A EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA SEM O
CONSENSO DOS PAIS / Mariana Alves de Oliveira. -Rio
de Janeiro, 2017.
63 f.

Orientador: Juliana de Sousa Gomes Lage.
Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. GUARDA. 2. GUARDA COMPARTILHADA. 3.
EFETIVIDADE. 4. CONSENSO. 5. MEDIAÇÃO. I. Lage,
Juliana de Sousa Gomes, orient. II. Título.

CDD: 342.1642

MARIANA ALVES DE OLIVEIRA

A EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO DOS PAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Me. Juliana de Sousa Gomes Lage.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017/1º SEMESTRE

Dedico esta Monografia aos meus pais Bebel e Luiz e às minhas irmãs Gabi e Carol.

Dedico também à Vovó Zezé e ao Vovô José Carlos (*in memoriam*).

RESUMO

O objeto da presente pesquisa é esclarecer o instituto da guarda compartilhada que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.698/08 e mais tarde regulamentado pela Lei 13.058/2014. De todos os tipos de guarda ela é a que melhor atende aos interesses do menor, justamente por fazer com que ele tenha convivência com ambos os pais, o que é essencial para um melhor desenvolvimento. O foco principal da pesquisa é como tornar efetivo um instituto que é imposto à pais que estão em conflito e que conseqüentemente não conseguem se entender, já que quando os pais não se entendem a criança vai acabar absorvendo todo o conflito e o instituto não será mais eficaz. Pensando nisso, buscar-se-á demonstrar que antes da aplicação da guarda compartilhada seria de extrema utilidade a utilização da mediação como primeira medida para que os pais resolvam por meio de um diálogo os seus problemas, para que quando o compartilhamento da guarda for definido ela tenha melhores resultados.

Palavras-chave: Guarda; Guarda Compartilhada; Efetividade; Consenso.

ABSTRACT

The objective of this research is to clarify the institute of joint legal custody that was inserted in the Brazilian legal system by the law 11.698/08 and afterwards regulated by the law 13.058/2014. Of all types of child custody this is the one that best meets the minors' interests, precisely by making him the coexistence with both parents, which is essential for his better development. The main focus of this research is how to make an institute effective for parents who are in conflict and consequently they don't come into an agreement or an understanding, in that case, if that parentes dont come into an agrément the child tends to absorb all the conflict in which this could cause a change of the institute. With this in mind, the first arragement is for Father and Mother to work together on all major decisions related to the child's upbringing, and welfare through in out-of-court alternative dispute resolution proceedings like mediation to reach an agreement on the child custody, and visitation before filling for a child custody form so that when the joint custody would be defined the parents will have the best results.

Keywords: Guard; joint legal custody; Effectiveness; Consensus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O PODER FAMILIAR E A GUARDA DOS FILHOS.....	10
1.1 O instituto da Guarda no Direito brasileiro.....	14
1.2 Como determinar quem vai ficar com a guarda?.....	18
1.3 O melhor interesse da criança e do adolescente.....	20
1.4 A cisão da guarda em comum.....	23
2 GUARDA COMPARTILHADA.....	27
2.1 A aplicação da guarda compartilhada com o advento da Lei 11.698/2008.....	30
2.2 A aplicação da guarda compartilhada com o advento da Lei 13.058/2014.....	36
3 IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO DOS PAIS E A SUA EFETIVIDADE.....	41
3.1 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a aplicação do compartilhamento.....	48
3.2 A Mediação como alternativa à imposição do compartilhamento.....	55
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O Código Civil passou por significativas mudanças devido a promulgação da Lei 11.698/08 e mais recentemente pela Lei 13.058/2014 que, além de definir o significado das expressões guarda unilateral e guarda compartilhada, fez da segunda a guarda preferencial mesmo que não exista o consenso entre os genitores.

O objetivo da guarda compartilhada é diminuir os danos da separação para os filhos, visando a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo uma forma de fazer com que a criança tenha durante a sua formação o referencial de ambos os pais.

Ocorre que, o compartilhamento da guarda, por ser um tema relativamente novo, vem suscitando profundos debates na doutrina e nos Tribunais. Não existem dúvidas de que a regra deve ser o compartilhamento, entretanto quando estamos diante da aplicação do instituto no caso concreto existem entendimentos de que a mesma deve ser aplicada pelo juiz com prudência para que não ocorra o desvirtuamento do instituto, visto que em muitos casos os pais não possuem um relacionamento amigável e devido a isso, não conseguem chegar a um acordo sobre quaisquer questões o que acabaria por afetar o crescimento dos filhos. A questão que deve ser levantada é até que ponto a imposição do compartilhamento da guarda é eficaz para aquilo que ela pretende, ou seja, se a imposição da guarda em determinados casos não faria a criança absorver determinados conflitos que atrapalhariam o seu desenvolvimento.

Sendo assim, a presente monografia tem por objetivo apresentar este tema de extrema importância para o Direito de Família, qual seja, a efetividade da aplicação da guarda compartilhada quando não existe o consenso entre os pais.

Para tanto, foi realizada uma análise sobre os aspectos do poder familiar e da guarda dos filhos. Isto se deve para uma melhor compreensão do tema, visto que, é comum interpretar que guarda e poder familiar são institutos excludentes, o que conforme será explicado não é verdade. Ademais, foi necessário adentrar nas origens do conceito de poder familiar para explicar como se dá a sua aplicação na atualidade, para depois chegarmos ao instituto da guarda no direito brasileiro que conforme será demonstrado é pautada no princípio

do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para que seja possível falar em guarda compartilhada ou em guarda única, é preciso que antes ocorra a cisão da guarda por meio de uma separação ou divórcio. Sendo assim, foi necessário tratar de todos os aspectos que envolvem a cisão da mesma, como os direitos e deveres do genitor guardião que de acordo com o que será demonstrado não se resume a simplesmente ter a presença física da criança. Em contrapartida foi também analisado os direitos e deveres do genitor não guardião, afinal, mesmo não tendo a guarda ele mantém o poder familiar e vai exercer esse poder por meio da fiscalização, da visitação e da prestação de alimentos.

Com a promulgação da Lei 11.698/08 foi instituída a guarda compartilhada, que apesar de nunca ter sido proibida não existia uma única lei que a regulamentasse. Mesmo com a sua regulamentação, proporcionada pela nova lei, foi encontrada muita resistência por parte dos Magistrados em aplicá-la sendo, portanto, necessária a promulgação da Lei 13.058/2014, que tornou a aplicação do compartilhamento obrigatória. Ademais, por se tratar de um instituto novo algumas questões foram levantadas e debatidas. Foi indagado se de fato a guarda compartilhada é o modelo ideal a ser seguido, quais seriam as suas vantagens e desvantagens e se a falta de consenso entre os pais não prejudicaria a efetividade do instituto.

O foco principal do presente trabalho foi a reflexão acerca dos aspectos da imposição da guarda compartilhada quando não existe o consenso entre os pais e a sua efetividade. Para tal análise foi utilizado o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e de alguns doutrinadores referência no Direito de família, como Maria Berenice Dias, Waldyr Grisard Filho, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno.

Motivo de grande controvérsia na Doutrina e na Jurisprudência e o foco principal do presente trabalho foi entender até que ponto o instituto é eficiente para atender ao melhor interesse da criança quando não existe o consenso entre os pais. Segundo o Código Civil deve ser aplicada a guarda compartilhada mesmo que não exista o consenso, ou seja, a harmonia entre eles não deve ser pressuposto para a sua aplicação ou não e caso fosse pressuposto faria da lei letra morta. Além disso, ao exigir o consenso é o mesmo que colocar como foco a existência do litígio e mais uma vez deixar de lado o que é melhor para o desenvolvimento dos filhos, priorizando os pais que não conseguem ser maduros suficientes a ponto de deixar

seus conflitos pessoais de lado.

Ocorre que, quando se trata de direito de família é complexo colocar uma regra e dizer que é ela que deve ser seguida, pois cada caso tem as suas peculiaridades ainda mais quando crianças estão envolvidas. Pensando nisso, foi questionado se não seria necessário que antes da imposição da guarda compartilhada fosse realizada uma mediação entre os pais, pois poderia ser prejudicial aos filhos tentar adequar as suas vidas a simples entendimentos doutrinários. Pais que não conseguem deixar os seus problemas e frustrações de lado acabam fazendo com que a criança absorva todos os conflitos o que de longe atenderia ao seu melhor interesse.

1 O PODER FAMILIAR E A GUARDA DOS FILHOS

O conceito de família deve ser interpretado à luz do contexto histórico que a sociedade da qual pretende-se tratar está vivenciando, não é estático e sim mutável, de modo que ele vai se adaptando às necessidades e aos anseios da coletividade. Atualmente, por exemplo, não se fala mais em Direito de família, mas sim em Direito das famílias, o que engloba todos os tipos de famílias existentes. Da mesma forma que a expressão “família” passou a se chamar “famílias”, tivemos outras mudanças dentro do instituto que serão tratadas a seguir.

“Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório.”¹

Na Roma antiga o homem era o chefe da família e a mulher e os filhos deviam obediência ao mesmo, era chamado de *pater famílias*. Ademais, a família da Roma antiga não era nos moldes do que conhecemos hoje como família, visto ser formada por um núcleo familiar bem grande e não somente o pai, a mãe e os filhos. Era incluída na mesma, além das figuras já citadas, os avós, os tios, os primos, as noras e genros e os escravos. Portanto, a figura do *pater* costuma ser a do homem mais velho da casa, normalmente o avô.²

O *pater famílias* possuía poderes quase ilimitados quando se tratava do gerenciamento de sua família, possuía o papel de zelar pelos seus entes, de autoridade religiosa e de fornecedor de todos os tipos de bens essenciais para a sobrevivência. Seus poderes eram tão grandes que ele podia abandonar seu filho que acabou de nascer quando a criança tinha alguma deformação, já que como chefe da família ele deveria garantir que os seus herdeiros fossem perfeitos para darem continuidade ao seu legado. Era, portanto, uma sociedade que privilegiava o patrimonialismo e o patriarcalismo em detrimento de qualquer outro valor, inclusive valores humanistas.³

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 8º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pag. 40

² MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

³ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista

Neste sentido, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno aduzem que:

“O pater poderia inclusive dispor de todo o patrimônio de acordo com os seus interesses pessoais, sem qualquer justificativa ou obrigação de corresponder aos anseios dos seus familiares e herdeiros, a riqueza era exclusiva do chefe de família. A função econômica da família não era o único atributo que unia e identificava a família romana, a figura do *pater familias* não se resumia apenas à chefia do conjunto familiar e sua influência sobre os outros membros da família e agregados, o seu papel transcendia o ambiente íntimo, ao passo que o *pater* também assumia uma função política e religiosa, pois era o condutor da religião doméstica, e pelo fato de, em Roma, a família representar a unidade de sustentação da sociedade, a autoridade do *pater familias* era, portanto, fundamental para manter unido e sólido o grupo familiar como uma célula importante do Estado.”⁴

O Código Civil brasileiro de 1916 influenciado por uma sociedade extremamente conservadora possuía ainda como modelo vigente a família patriarcal, patrimonialista e que via no casamento, entre o homem e a mulher, a única maneira de formação de um núcleo familiar. Da mesma forma que na sociedade romana, no Brasil o homem era o chefe da sociedade conjugal e a mulher ao se casar abria mão de seus bens para a administração do marido, além de passar a ser considerada relativamente incapaz, ou seja, para realizar determinados atos da vida civil ela deveria pedir autorização do consorte.⁵ Com relação aos filhos, o pátrio poder também era do homem e somente ele exercia o poder familiar. A mulher só passava a ser considerada chefe da família quando o seu marido vinha a falecer e caso viesse a se casar novamente, ela perdia o pátrio poder que seria exercido pelo seu novo cônjuge.⁶

O objetivo do casamento era a proteção do patrimônio, tanto que era o casamento o contrato que dava legitimidade à união do casal e à legitimidade dos seus filhos. Com relação

dos Tribunais, 2017.

⁴ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pag. 20

⁵ **Código Civil de 1916**: “Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato (art. 1.299)”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acessado em: 24/05/2017.

⁶ **Código Civil de 1916**: “Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acessado em: 24/05/2017.

ao fim da união matrimonial existia apenas a previsão do desquite que colocava fim a sociedade conjugal, porém não dissolvia o vínculo matrimonial. Como uma forma de punir o casal pelo desquite, o Código previa que os filhos menores deveriam ficar com o cônjuge que não deu causa à separação.⁷ Percebe-se, portanto, que a guarda no antigo código em nada priorizava o melhor interesse da criança ou do adolescente, o seu objetivo era o de simplesmente punir um dos pais ou ambos os pais. Ana Carolina Brochado Teixeira, destaca que:

“O fim da sociedade conjugal – que ocorria, num primeiro momento, pelo desquite ou anulação de casamento e, após 1977, pela separação judicial, divórcio ou anulação de casamento – não alterava em nada a titularidade do pátrio poder, salvo quanto ao direito de ter o filho em sua companhia. Quanto à guarda, a culpa do cônjuge pelo fim do casamento era fator determinante, como já mencionado. Não se podia ignorar, entretanto, a preferência materna para cuidar dos filhos, em obediência à divisão sexual do trabalho imposta na sociedade machista, e às supostas leis naturais, que propagavam a existência do “instinto materno”.⁸

Em 1962, o Código Civil foi alterado pelo Estatuto da Mulher Casada. De acordo com o Estatuto o pátrio poder seria exercido pelo homem com a colaboração da sua mulher.⁹ Caso os pais entrassem em conflito devido a alguma divergência com relação aos filhos, iria prevalecer a vontade do homem.¹⁰

⁷ **Código Civil de 1916** :“Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles; § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita. ”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acessado em: 24/05/2017.

⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 25

⁹ Lei 4.121/1962 (**Estatuto da Mulher Casada**): “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial; III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acessado em: 24/05/2017.

¹⁰ Lei 4.121/1962 (**Estatuto da Mulher Casada**): Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acessado em: 24/05/2017.

Somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal da República os direitos e deveres do matrimônio passaram a ser os mesmos para homens e mulheres, conforme o art. 226, § 5º da Constituição da República.¹¹ A família deixa de ter como base o patriarcalismo e o patrimonialismo a passa a ter como alicerce os laços afetivos e a solidariedade entre os seus membros, portanto a sua existência se deve não por existir uma união matrimonial, mas sim pela existência de laços de afeto que ligam um indivíduo ao outro e ao desejo de continuarem unidos, sempre tendo em mente o bem-estar e o desenvolvimento dos seus entes queridos.¹²

Com a conquista da mulher pela igualdade na relação familiar a expressão *pátrio poder* foi substituída pela expressão “poder familiar”, já que o pátrio poder remete ao *pater potestas* que, como já foi dito, refere-se ao poder que o pai, chefe da família, possuía com relação aos filhos. A mãe passou a ter os mesmos direitos que o pai e a ideia que existia de que o filho era uma propriedade do chefe da família também deixou de existir. A palavra para expressar a relação entre pais e filhos deixou de ser controle e passou a ser a palavra proteção, pois os genitores devem sempre priorizar o bem-estar e o desenvolvimento da sua prole. Justamente por não ser mais entendida como o exercício de um poder, mas sim uma responsabilidade, alguns autores afirmam que o mais correto seria a expressão Autoridade Parental e não mais Poder Familiar.¹³

“ A igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal, cujo primado atualmente deve ser estendido aos companheiros que vivem em uma união estável, só foi legalmente consagrada com a promulgação do art. 226, § 5º, da Carta Política de 1988, e depois secundado pelo art. 21 do ECA e, também, pelo art. 1631 do CC. Como referido anteriormente, a função primordial da família nos dias atuais é a de servir como instrumento para a realização pessoal, amparada na efetividade dentro do ambiente íntimo, e cujas relações, outrora pautadas por interesses pecuniários, agora são entendidas pelo prisma do afeto e da solidariedade. As antigas funções econômica, religiosa, política e procracional não estão mais presentes ou tomaram um papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua”¹⁴

¹¹ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 24/05/2017.

¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹³ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁴ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista

Com a Constituição Democrática, ocorreu o reconhecimento de que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direito e que por isso merecem ter uma proteção maior para o seu pleno desenvolvimento. Com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente passou-se a priorizar sempre o melhor interesse da criança e do adolescente. Porém, o Código Civil de 2002, antes das alterações promovidas pelas leis 11.698/08 e 13.058/2014, que tratam da guarda compartilhada, entendia que a guarda era um atributo familiar, ou seja, quando ocorria o divórcio era necessário identificar qual dos pais ficaria com a guarda, sendo que normalmente a mesma era concedida à mãe da criança já que por vivermos em uma sociedade machista entendia-se que somente as mulheres tinham a habilidade de cuidar dos filhos, que os homens eram despreparados para tal função. Ao estabelecerem quem ficaria com a guarda dos filhos, cabia apenas regulamentar o regime de visitas.

Portanto, em muitos casos levados ao judiciário o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não era respeitado, pois a guarda costumava ser dada à mãe e o papel do pai se via reduzido a pagar pensão e a visitar seus filhos nos dias regulamentados, o que levou aos chamados “pais de domingo”. O melhor interesse para a prole seria a convivência com ambos os pais, o que é essencial para o desenvolvimento das crianças, claro que com exceção de casos excepcionais como, por exemplo, naqueles casos em que um dos genitores não quer a guarda do menor, ou quando um dos pais não possui condições de cuidar da criança por motivos de doença mental ou algum outro motivo impeditivo relevante. Ademais, existem ainda casos ainda mais sérios, como quando um dos genitores cometeu crime doloso contra a vida do menor.

1.1. O instituto da guarda no Direito brasileiro

É possível definir a guarda como sendo o controle que uma ou mais pessoas possuem, seja ela o pai, a mãe ou um terceiro, pelo bem-estar físico e psicológico da criança. Significa dizer que aquele que detém a guarda é o responsável por garantir que o menor possua todo o apoio material e afetivo para o seu pleno desenvolvimento. Ademais, Waldyr Grysard Filho esclarece 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 Código Civil.”¹⁵

É necessário esclarecer que guarda não se confunde com o poder familiar ou autoridade parental, visto que uma não exclui a outra. Aquele que detém a guarda pode ou não ter o poder familiar, ou seja, quando a guarda é dada para um dos pais da criança não significa que o outro genitor perdeu a autoridade que possui com relação ao filho. O mesmo ocorre se a guarda for dada para um terceiro, já que mesmo que os genitores não tenham a guarda ainda assim possuem o poder familiar, visto que o poder familiar é uma responsabilidade que surge para os pais a partir do momento que concebem um filho.

O instituto da guarda é regulado pelo Código Civil de 2002 quando trata da separação judicial e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A guarda tratada no Código Civil é aquela oriunda do fim da sociedade conjugal, quando ocorre a cisão da mesma, sendo necessário decidir quem ficará responsável pelo menor. Portanto, estamos tratando de uma guarda exercida, normalmente, pelos pais. Importante ressaltar que independe de um Estado Civil, ou seja, a guarda pode ser dos pais mesmo que nunca tenham casado, ou que tenham sido de fato casados, ou que estejam em regime de União Estável.

Já a guarda que dispõe o Estatuto da Criança e do adolescente é aquela na qual os pais não possuem condições de cuidar de seus filhos, o que será feito por uma família substituta. O ordenamento jurídico brasileiro possui o entendimento de que como regra a criança deve ficar com os seus pais biológicos, ou seja, com a sua família natural. Significa dizer que caso os pais não possam ficar com a criança, a tendência é atribuir a guarda a uma outra pessoa da família. Ocorre que, existem situações familiares na qual a criança não possui pais ou então os pais não podem cuidar da mesma, ou então não possuem parentes que podem ficar com a responsabilidade. Em situações desses tipos merece atenção o Estatuto da Criança e do adolescente.¹⁶

¹⁵ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65

¹⁶ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O Código Civil de 1916, em seu capítulo II - Da proteção da pessoa dos filhos - tratava da guarda nos casos de dissolução da sociedade conjugal por desquite. Caso o desquite se desse de forma amigável prevaleceria o que havia sido acordado entre os cônjuges. Porém, se o desquite se desse de forma judicial a guarda ficaria com o cônjuge que não deu causa à separação. Se ambos os cônjuges fossem culpados pela separação, as filhas menores e os filhos com até seis anos ficariam com a mãe. Sendo que, por motivos que fossem considerados graves o juiz poderia decidir de forma diferente. Percebe-se, portanto, que o critério utilizado para decidir a guarda dos filhos era a idade, o gênero e a culpa ou não do cônjuge pela separação. Já quando se tratava de filho natural o Decreto Lei 3.200/1941¹⁷ estabelecia que o menor ficaria sob o poder do progenitor que o reconheceu e caso ambos os pais o reconhecessem, ele ficaria sob a guarda do pai. Porém, poderia o juiz decidir de forma diferente se fosse para beneficiar a criança.

Em 1962, a Lei 4.121 alterou o regime da guarda no Código Civil no caso do desquite judicial. Os filhos ainda ficariam com o cônjuge inocente, porém, se ambos os cônjuges fossem culpados o menor ficaria sob a guarda da mãe, ou seja, foram excluídos os critérios de idade e sexo. Além disso, o § 2º do artigo 326 do CC, dispunha que caso o juiz entendesse que nenhum dos pais tinha condição de cuidar do menor, a guarda seria dada a um terceiro e o direito de visitas era garantido. A guarda do filho natural também sofreu mudanças por meio da Lei 5582/1970 e seguindo a linha de raciocínio do Código Civil entregou a guarda para a mãe se ambos os cônjuges reconhecessem o menor, a não ser que ficasse constatado que a mãe não teria como garantir o bem-estar dos filhos.¹⁸

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a disputa da guarda passou a ter como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, já que foi assegurado a

¹⁷ **Decreto Lei 3.200/1941:** “Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor. ” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13200.htm>. Acessado em: 24/05/2017

¹⁸ **Decreto Lei 5582/1970:** Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. § 1º Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. § 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5582.htm>. Acessado em: 24/05/2017

toda criança direitos básicos, como saúde, vida, alimentação, educação, dignidade, moradia, convivência familiar e comunitária, dentre outros, sendo dever da família, do Estado e da Sociedade a garantia desses direitos:

“ Nas legislações posteriores, o foco das questões envolvendo a disputa de guarda dos infantes finalmente passou a ser o bem-estar das crianças e dos adolescentes. Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou expressamente assegurado ser um dever, primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, garantir às crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227 da CF; 1988). Por consequência desta intromissão estatal nas relações privadas, e com o intuito de resguardar os direitos fundamentais dos menores, logo em seguida foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente com a Lei 8069/1990 e cuja grande contribuição foi a de regularizar a posse de fato do menor que se encontrava em situação irregular.”¹⁹

O Código Civil de 2002, em sua redação original, manteve a ideia de que caso a dissolução da sociedade conjugal se desse de forma consensual, seja pelo divórcio ou pelo por separação, seria observado o que foi acordado pelos pais quanto a guarda dos filhos. O critério do cônjuge inocente foi abolido, ficando estabelecido que decretada a separação judicial ou o divórcio e caso não exista o consenso entre os pais quanto a guarda, ela será atribuída ao cônjuge que possuir as melhores condições de exercê-la. O mesmo será aplicado aos casos de reconhecimento de filiação quando ambos os pais reconhecem a criança como sendo sua. Percebe-se que a legislação procurou se preocupar com o melhor interesse da criança e do adolescente, mesmo que tenha que ir contra a vontade dos pais. Além disso, o juiz ao analisar o caso concreto tinha a prerrogativa de conceder a guarda a uma pessoa diversa, caso tenha constado que os pais não são aptos a exercer a guarda.

Ocorre que, foram promulgadas as leis 11.698/2008 e 13.058/2014 que instituíram e disciplinaram a guarda compartilhada, alterando o Código Civil de 2002. Apesar da existência da guarda unilateral, a guarda compartilhada passou a ser a regra, pois segundo a doutrina e a jurisprudência é a que melhor atende aos interesses do menor, que vai ter o convívio com ambos os pais de modo que eles terão uma participação por igual na criação e desenvolvimento da prole, participação esta que a guarda unilateral não conseguia promover, já que aquele que não tinha a guarda não conseguia participar de forma significativa do

¹⁹ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48

desenvolvimento do filho.

1.2 Como determinar quem vai ficar com a guarda?

O instituto da guarda passa a ter relevância a partir do momento em que ocorre uma ruptura na sociedade conjugal, seja ela um casamento ou uma união estável. Conforme já explicado, ambos os pais possuem os mesmos direitos e deveres com relação aos filhos, significa dizer que não importa se ocorreu uma separação ou um divórcio entre os pais dos menores, visto que, continuarão responsáveis da mesma maneira pelas suas funções parentais.

Antes do advento das leis 11.698/2008 e 13.058/2014, o artigo 1.584 do CC de 2002²⁰ determinava que em caso de ruptura da sociedade conjugal a guarda seria atribuída ao genitor que tivesse as melhores condições de cuidar da prole. Por um lado, tivemos o fim do critério da culpa e da preferência materna como determinantes para a escolha da guarda. A criança passou a ser a prioridade, pois ela ficará com aquele que tiver as melhores condições de atender a todas as suas necessidades e de proporcionar um melhor desenvolvimento. Por outro lado, a mesma se viu cada vez mais envolvida no conflito que existe entre os pais, pois passou a se tornar motivo de disputa. Os pais teriam que provar em juízo quem possuía as melhores condições de ficar com o filho, o que acirrava a animosidade já existe e em nada contribuía para a saúde física e psicológica deles.

O modelo de guarda mais aplicado era a guarda única e ao ser definida levava-se em conta o princípio do melhor interesse da criança, que devido a sua importância será analisado em outro tópico. Entretanto, cabe já asseverar que um dos critérios utilizados para determinar quem ficaria com a guarda era o que melhor atendesse a esse princípio, ou seja, o que pudesse proporcionar o melhor desenvolvimento possível, seja ele emocional, psicológico, físico e que, também, tivesse condições econômicas de sustenta-lo.

A importância do princípio é tal, que se hoje em dia existe o entendimento de que a

²⁰ **Código Civil de 2002:** “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. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica. (redação original).” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 25/05/2017

regra para a aplicação da guarda deve ser a compartilhada e não mais a única, é devido a uma releitura do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, justamente por manter os dois pais na vida do menor e amenizar a separação que é muito traumática para a criança.

O Código Civil de 1916 instituía a idade e o sexo da prole como critérios para a fixação da guarda²¹, conforme já analisado. Os artigos que tratavam deste assunto foram revogados e atualmente não existe mais a distinção. A mudança de entendimento aconteceu ao ficar constatado que não importa que idade a criança tenha ou se é uma menina ou um menino, não existe uma fórmula ideal para definir que crianças até uma determinada idade terão um desenvolvimento melhor se ficarem com a mãe ou então que as meninas devem ficar com a mãe e os meninos devem ficar com o pai.

“A legislação atual não leva em conta o gênero dos filhos como critério determinante da guarda, repetindo aqui que o que interessa é o bem-estar do menor, independentemente de seu sexo. Não existe inconveniente de se atribuir a guarda de uma filha a um pai de bons princípios e dotado de boa visão educativa, em face da mãe que não sabe valorar as exigências éticas e as relações sociais. Do mesmo modo, não se há negar a guarda de um filho a uma mãe, embora não possua grande cultura, porém, moralmente sã, perante um pai de vida irregular”²²

Critério que ainda existe e é muito utilizado quando se aplica a guarda única é o de não separar os irmãos. O motivo de mantê-los juntos é o entendimento de que a família já sofreu um abalo muito forte com a separação do casal e que separá-los, ainda mais quando são de idades muito próxima, só contribui para que a criança fique mais revoltada ainda com a situação, inclusive levando a danos psicológicos e emocionais que podem afetar o seu bem-estar. Além disso, em momentos de divórcio ou separação ter um irmão com quem se possa contar alivia um pouco da carga emocional que o fim do relacionamento proporciona, pois apesar do que venha a ser resolvido judicialmente eles sabem que passarão por tudo juntos.

²¹ **Código Civil de 1916:** “Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos. Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai. Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais. Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro. Art. 328. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acessado em: 25/05/2017

²² FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 85

Critério que deve ser analisado, também, é quanto a opinião do menor. Afinal, é possível ouvir o que a criança ou o adolescente tem a dizer? Até que ponto o juiz leva em consideração o que ela tem a dizer? Acontece que o ordenamento jurídico brasileiro não possui nenhuma previsão quanto a se ouvir o menor no processo de cisão de guarda. Apesar disso, é prática dos juízes em processos de família escutar a opinião do menor, que é o mais interessado na solução do litígio.

Na prática as crianças são ouvidas, mas em nenhum momento é exigido delas que escolham se querem ficar com a mãe ou com o pai. Não se deve exigir delas uma postura de escolha por diversos motivos. Um dos motivos é a constatação de que elas são extremamente influenciáveis, o que significa dizer que um dos pais pode colocar ideias negativas na cabeça da criança com relação ao outro genitor. Outro motivo é que ninguém quer ter que escolher se quer ficar com a mãe ou com o pai, a separação em si já é um processo muito doloroso e só pioraria se tivessem que escolher com quem quer ficar, afinal um dos pais poderia ficar chateado ou então mesmo que os pais não ficassem tristes com a escolha, a criança poderia se sentir culpada por ter escolhido um deles.

O comportamento dos pais é o último critério que se costuma levar em conta. Significa dizer que o juiz ao analisar o pedido de guarda costuma também levar em conta as condições materiais e morais dos genitores, ou seja, o local de moradia, a profissão, o salário e ainda o caráter, a idoneidade e o círculo social.²³

1.3 O melhor interesse da criança e do adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente é o critério utilizado para definir qual genitor ou se ambos os genitores estão aptos a ficar com a guarda. A sua definição é indeterminada, então o juiz terá que analisar o caso concreto e decidir sempre pela opção que traga benefícios à criança, que não afete o seu desenvolvimento. Significa que muitas vezes os pais terão que abrir mão de seu direito de morar com a prole e de participar de todos os momentos da vida dos mesmos para que o melhor interesse seja atendido.

²³ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Não é um princípio novo no ordenamento jurídico, visto que ele estava previsto na legislação brasileira desde o Código Civil de 1916 ao estabelecer que existindo motivos graves o juiz poderia decidir de acordo com o achasse mais conveniente para os filhos.²⁴ Com a promulgação do Código Civil de 2002²⁵, o entendimento se manteve e o juiz continua tendo a prerrogativa de decidir com quem ficará a criança caso um dos pais não seja apto a exercer a guarda.

A atual Constituição reforçou esse entendimento e a criança passou a ser melhor protegida já que assumiu um patamar nunca antes alcançado por ela, passou a ser detentora de direitos na medida em que lhe foi garantido a vida, a liberdade, a dignidade, a saúde, a alimentação, à convivência familiar e social, a educação e a moradia, entre outros direitos básicos.

“A criança e o adolescente surgiram como protagonistas de suas relações. Foram alcançados, pela ordem jurídica, à condição de pessoas em desenvolvimento, sendo alvo de ações prioritárias da família, da sociedade e do Estado. Passaram a exercer papéis ativos em sua própria educação e criação.”²⁶

Foi justamente pensando no melhor interesse da criança e do adolescente que o legislador promulgou as leis 11.698/08 e 13.058/14, que modificaram o Código Civil. As leis mudaram os artigos referentes a guarda ao disciplinar acerca da guarda compartilhada e da unilateral. Ocorre que, a jurisprudência e a doutrina viram na guarda compartilhada o ideal a ser seguido e aplicam-na como sendo a regra.

O argumento utilizado é o de que a separação judicial dos pais é um fato que por si só deixa a prole muito abalada e tentando diminuir os danos causados pela separação o melhor seria tentar mudar o mínimo possível a rotina da criança, tentar manter a normalidade e para

²⁴ **Código Civil de 1916:** “Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais. Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acessado em: 25/05/2017

²⁵ **Código Civil de 2002:** “Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 25/05/2017

²⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35

isso ela precisa da convivência de ambos os pais na sua vida.

O compartilhamento seria, portanto, colocar o interesse das crianças acima do interesse dos genitores, pois eles terão que conviver entre si para poderem entrar em um acordo com relação a criação dos filhos e ao mesmo tempo os filhos terão ambos os pais presentes durante as etapas da vida, terão um duplo referencial que é essencial para o desenvolvimento psicológico e social.

Apesar de ser um fato que pais separados costumam entrar em conflito com grande frequência, principalmente quando o divórcio é recente, os tribunais ainda assim veem o compartilhamento como a melhor opção. A falta de consenso entre os genitores não é um fato capaz de impedir que o juiz aplique a guarda, inclusive a própria lei no art. 1584, § 2º do Código Civil determina que estando ambos os genitores aptos a exercer a guarda ela deverá ser dada aos dois, mesmo que não exista o consenso, a não ser que um dos pais não queira a mesma.

É um entendimento que tem como base o Princípio do Melhor Interesse da Criança, pois os pais serão obrigados ao compartilhamento visando o melhor desenvolvimento do filho. A visão do legislador e que conseqüentemente justificaria a aplicação sem o consenso dos pais, é a de que estamos tratando de adultos que estão se divorciando e que por serem pais devem colocar o interesse da prole sempre acima dos seus interesses, são amadurecidos o suficiente para entender que as crianças sofrem com a separação e que uma forma de minimizar essa dor é o compartilhamento e que por isso devem tentar manter uma convivência pacífica com o ex-companheiro ou ex-esposo, já que as brigas e os desentendimentos afetam profundamente as crianças.

Da mesma forma entende Maria Berenice Dias:

“Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada (CC 1. 583 § 5º). O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Por isso, é indispensável evitar a verdadeira disputa pelos filhos e a excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso,

exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos.”²⁷

1.4 A cisão da guarda em comum

Conforme estabelecido no artigo 226, § 5º da CF²⁸ a família é a base da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, sendo que o homem e a mulher possuem igual papel na sociedade conjugal. Ambos são, portanto, responsáveis na mesma medida pela guarda de seus filhos, exercendo a guarda em comum, o que inclui o sustento e a educação da prole de acordo com o artigo 1.566, IV do CC²⁹.

Quando a sociedade conjugal chega ao fim ocorre a chamada cisão da guarda, que apesar do nome cisão não significa que apenas um dos pais terá poder sobre a criança, muito pelo ao contrário, eles irão conservar a autoridade parental. Mesmo que apenas um dos pais fique com a guarda ou que um terceiro a consiga, a autoridade parental em nada irá se modificar com a simples separação dos pais.

No presente tópico o importante a ser analisado é como ficará a guarda quando estivermos diante de uma separação judicial e divórcio não consensual. Pois bem, diferentemente de legislações passadas, o código civil não mais se utiliza do critério da culpa ou da prevalência materna. Na atualidade a legislação determina que a guarda será unilateral ou compartilhada.

De acordo com o artigo 1.583, § 1º do CC entende-se como guarda unilateral aquela que é atribuída a apenas um dos genitores ou a terceiro, quando os pais não possuem condições de criar os filhos, e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não convivem mais juntos.³⁰

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 442

²⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 25/05/2017

²⁹ **Código Civil de 2002**: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos” Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 25/05/2017

³⁰ **Código Civil de 2002**: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda

Quando ambos os pais possuem condições de cuidar dos filhos a tendência do judiciário, atualmente, vem sendo a aplicação da guarda compartilhada, por entender ser a melhor modalidade que atende aos interesses da criança e do adolescente, já que o convívio com ambos os pais é melhor para o seu desenvolvimento do que o simples regime de visitas estabelecido na guarda unilateral. Inclusive durante a audiência de conciliação o juiz fica com o dever de informar aos pais o significado do compartilhamento e o quanto é importante a sua aplicação.

Entretanto, existem casos em que um dos pais não possui a condição de criar o filho ou casos em que um deles não quer a guarda, levando o juiz a aplicação da guarda unilateral. Conforme já explicado, mesmo que estejamos diante de casos como esses o pai ou a mãe não perde a autoridade parental, tendo direito a visitas determinadas, a fiscalização e ao dever de alimentos.

Quando da aplicação da guarda unilateral, o genitor guardião passa a ter determinadas funções:

“ Guarda, como se disse, é o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe a residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor. Nesse viés, compete ao genitor guardião escolher a residência de ambos, velar e proteger o filho, educá-lo e sustentá-lo, nos limites, porém, que conhecia antes da ruptura. Seus direitos encontram fronteiras nos de visita, companhia e fiscalização do outro, o não guardião, como ressalvados pelo artigo 1589 do CC”³¹

Além do direito de morar com a criança cabe ainda o dever de administrar os bens da mesma. O artigo 1.689 do CC³² preceitua que um dos encargos do poder familiar é que tanto o pai como a mãe possuem sob a sua autoridade a administração dos bens dos filhos. No entanto, diante da cisão da guarda em comum passa a caber somente ao genitor guardião a administração desses bens, sob a fiscalização do genitor não guardião, visto que não pode o

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 25/05/2017

³¹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112

³² **Código Civil de 2002**: “Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. ” Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 25/05/2017

guardião querer fazer o que bem entender com o patrimônio do filho. Conforme dito, o patrimônio é da criança e não do pai ou da mãe para que utilizem para outros motivos que não o de beneficiar a prole, devido a isto o ordenamento jurídico brasileiro fez questão de deixar claro que cabe ao genitor não guardião a fiscalização.

“ Traduz-se ele no cuidado, na diligencia dos pais ao integral desenvolvimento dos filhos. É o exercício indireto, pelo genitor não guardião, da sua responsabilidade parental, que fica latente e só se manifesta quando o genitor guardião obra com irregularidade, abuso, omissão, negligencia. Sempre que houver exercício incorreto do *mínus*, pode o genitor não guardião reclamar ao juiz providencias para a reparação do deslize.”³³

Ao pai não guardião um dos direitos próprios reservados é o da visitação. O objetivo do direito de visitação é fazer com que os laços de afeição existentes entre pais e filhos não sejam bruscamente interrompidos, é direito dos pais continuar convivendo com os seus filhos, da mesma forma que é direito dos filhos manter o contato com os pais. Importante destacar que não é um direito absoluto, pois se ficar comprovado que as visitas não fazem bem ao menor, que ao invés de contribuir para uma melhor formação acabam por afetar a criança psicologicamente as visitas serão interrompidas. Isso se deve ao princípio do melhor interesse da prole, no qual o direito de participar da vida do menor será mitigado quando for prejudicial ao filho.

A lei 12.398/2011 determinou ser também direito dos avós a convivência com os seus netos, inclusive já se entende que a visitação também deve ser estendida aos tios, irmãos, padrinhos, madrinhas, pois é sempre bom manter na vida de uma criança todos os laços de afetos existentes, eles só contribuem para uma vida mais feliz.³⁴ Além disso, em 2014 foi sancionada a lei 12.962 que mudou o Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando que

³³ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121

³⁴ “APELAÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA AVOENGA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1.O parágrafo único ao artigo 1589 do Código Civil, na redação da recente Lei 12.398/2011 prevê o direito de visitas dos avós, sempre observando os interesses da criança. 2.Foi demonstrada estreita relação entre os autores e o menor, não se admitindo afastá-lo de seus avós maternos, considerando o grande sofrimento já vivenciado pela morte de sua genitora 3.O regime de visitação, determinado na sentença, não se mostra excessivo, sendo usualmente aplicado em demandas análogas e caberá aos autores permanecer com seu neto por 2 (dois) dias em finais de semana alternados, ou seja, 4 (quatro) dias por mês, o que se mostra como período mínimo a manter o vínculo familiar. 4.Negativa de seguimento ao recurso, nos termos do art. 557, caput, do CPC. “ (ABICAIR, Benedicto Ultra. Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0011904-58.2009.8.19.0014. Sexta Câmara Civil. Data do julgamento: 13 de Setembro de 2013. Data da publicação: 23/09/2013. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380606408/apelacao-apl-119045820098190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goitacazes-1-vara-de-familia>>. Acesso em: 25 maio 2017.)

mesmos os pais privados de sua liberdade, com condenação criminal, ainda assim, possuem direito ao convívio com os filhos, a não ser que tenham sido condenados por crime doloso contra a sua própria prole.³⁵

A verdade é que o direito de visitação passará a ser cada vez menos aplicado, pois com a guarda compartilhada o regime de visitas não faria mais sentido. A não ser quando tratamos de casos excepcionais, no qual um dos pais não possui condições de ficar com a guarda, mas estão aptos a permanecer convivendo com os filhos. A guarda compartilhada seria uma solução para um dos problemas que podem ocorrer mesmo com a determinação do direito de visitas, ela evitaria a alienação parental, visto que, muitos guardiões tentam impedir ou obstruir o regime de visitas e quando isso ocorrer caberá uma responsabilização civil, conforme o artigo 1584, § 1º do CC.

O segundo direito próprio é o de fiscalização. Foi determinado no artigo 1583, § 5º do CC que o genitor que não detém a guarda é obrigado a supervisionar o interesse dos filhos e para isto ele poderá solicitar informações e ou prestação de contas com relação a saúde física e psicológica e a educação dos filhos.

Já o terceiro diz respeito ao dever de prestar alimentos, que é fruto do entendimento de que mesmo o genitor não guardião deve contribuir para o sustento e para a educação dos filhos. Sendo assim, será fixado pelo juiz uma quantia que deverá ser disponibilizada ao filho sempre na proporção dos recursos dos pais.

Ademais, pontua Waldyr Grisard Filho que:

“O dever de alimentos não se extingue com a entrega dos filhos a parentes ou a estranhos, assim como não há *dies ad quem* à sua cessação, exigindo exame especial cada situação, podendo prolongar-se para além da maioridade, objetiva e casuisticamente analisada, *v.g.*, quando o credor dos alimentos estuda. O art.33 do ECA obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional à criança, entendendo-se por assistência material o amparo e o provimento das necessidades básicas do menor. Essa obrigação não autoriza dispensar os genitores de prestar alimentos, que a tem naturalmente. Razão não teria o art. 1694 ao dispor que os parentes podem exigir um dos outros os alimentos de que necessitam para subsistir; nem o art. 1.696 antes referido, pois, como se disse, o dever de alimentos decorre do só fato biológico da paternidade e da maternidade, A obrigação alimentar

³⁵ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

dos pais só cessará com a sentença de adoção”³⁶

Com a separação judicial ou divórcio não consensual, a segunda modalidade prevista no Código Civil é a guarda compartilhada que será analisada nos capítulos seguintes.

2 A GUARDA COMPARTILHADA

Antes do advento das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014 o Código Civil de 2002 determinou que a guarda fosse dada ao genitor que melhor tivesse condições de cuidar de sua prole, nos casos da disputa pela mesma chegar ao judiciário³⁷. A redação do Código acabou com o entendimento de que a guarda deveria ser apenas da mãe ou então daquele que não deu causa a separação. A mudança de entendimento se deve ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme entende Waldyr Grisard Filho:

“Dessa maneira, a nova lei incorporou ao ordenamento civil os universais princípios revelados pela evolução de todo o direito de família, e em especial o das crianças e dos adolescentes, ocorrida nos últimos anos, tanto no discurso legislativo como na prática social. No moderno direito de família a guarda, como expressão do poder familiar, é um dos poderes dos pais em relação a seus filhos, dentre as várias obrigações que lhe competem, não mais um direito como no passado”³⁸

Percebe-se pela redação original do Código Civil de 2002 que em nenhum momento ocorreu à proibição da guarda compartilhada, ela apenas não era disciplinada no código. O que existia, portanto, era uma cultura de não aplica-la, pois o que sempre era aplicado era a guarda unilateral para a mãe e o regime de visitas ao pai, tendo como base o entendimento ultrapassado de que o melhor para criança seria ficar com a mãe por ela possuir o “dom da maternidade”. E mesmo com a Lei 11.698/2008 que instituiu e disciplinou o compartilhamento, ela ainda assim quase não era usada, existia muita resistência à sua aplicação. Foi preciso o advento da Lei 13.058/2014 para obrigar a aplicação da mesma.

³⁶ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 123

³⁷ BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.. 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. Parágrafo Único: Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade, de acordo com o disposto na lei específica

³⁸ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161

A insistência na aplicação do compartilhamento se deve a estudos feitos por assistentes sociais, por psicólogos, por psiquiatras, entre outros profissionais que chegaram à conclusão que o melhor para o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes é que diante do rompimento conjugal de seus pais a melhor forma deles lidarem com isso seria manter em sua vida o convívio com ambos os pais. A separação traz sofrimento para qualquer criança e uma forma de minimizar esse sofrimento é tentar alterar o mínimo possível a rotina da prole e demonstrar que apesar da separação seus genitores vão continuar lhe dando afeto, carinho, proteção e que em nada irá mudar a relação e o vínculo que eles possuem.

Veja bem, não é que com o modelo da guarda unilateral o genitor não guardião perdia o poder familiar. Mesmo com a guarda única, o que muda, como o próprio nome diz, é a guarda e não o poder familiar que os pais possuem. O próprio Código Civil no artigo 1.632 determina que: “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”.

Acontece que, o compartilhamento faz com que a criança conviva fisicamente com ambos os pais e na guarda unilateral a criança convivia com apenas um dos pais e ao outro restava o direito de visitas. Com a obrigatoriedade desse novo modelo de guarda a tendência é que acabe essa confusão de achar que guarda e o poder familiar são a mesma coisa. Porém, existem minoritariamente na doutrina, autores que defendem que o compartilhamento em nada resolveria a confusão existente, conforme explica Rolf Madaleno e Rafael Madaleno:

“Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos finais de semana. Assim, o pai deverá levar seu filho à escola durante a semana, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá estar com ele em certas manhãs ou tardes para acompanhar seus deveres escolares. Note-se que há por trás da norma projetada uma grande confusão. Não é pelo fato de a guarda ser unilateral que as decisões referentes aos filhos passam a ser exclusivas daquele que detém a guarda. Decisão sobre escola em que estuda o filho, religião, tratamento médico entre outras sempre foi decisão conjunta de ambos os pais, pois decorre do poder familiar. Não é a guarda compartilhada que resolve essa questão que, aliás, nenhuma relação tem com a posse física e companhia dos filhos.”³⁹

Ana Carolina Brochado Teixeira, em seu livro “Família, Guarda e Autoridade

³⁹ SIMÃO, José Fernando. **Guarda Compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013.** Disponível em: [www.cartaforense.com.br]. Acesso em: 17.04.2017

Parental”, defende que o papel da guarda compartilhada é muito mais social do que propriamente jurídico, alegando que o mérito do instituto foi reafirmar que tanto o pai quanto a mãe possuem direito ao pleno exercício da autoridade parental.⁴⁰ Alega ainda, que o que importa mesmo não é qual modelo de guarda foi escolhido, mas sim que os pais cumpram os seus deveres de criar, educar e assistir estabelecidos no artigo 229 da Constituição da República. Além de ser fundamental que nenhum genitor, de maneira arbitrária e injustificada, tente impedir o outro de exercer o seu papel de pai ou mãe da melhor forma possível de modo a garantir que ambos participem do processo educacional.⁴¹

A verdade é que a Lei 11.698/2008 ao disciplinar esse instituto trouxe o reequilíbrio dos papéis que a guarda unilateral não era capaz de fazer, pois mesmo que não existisse a confusão entre poder familiar e guarda, ainda assim a criança e o adolescente se veriam privados de ter o convívio de um dos pais, já que um deles ficaria apenas com as visitas e com a pensão alimentícia. Com a aplicação do novo instituto ambos os pais serão responsáveis na mesma medida pela criação das crianças e vai além, já que a participação no desenvolvimento dos mesmos não se dará apenas por meio de recursos materiais ou de opiniões quanto à escola, o tratamento médico ou a religião e sim com a presença constante de ambos os pais na rotina da prole.

Ocorre que, mesmo com a lei, o judiciário não aplicava o instituto e a justificativa era a redação do artigo 1.584, § 2º do Código Civil que determinava que caso não existisse acordo entre pai e mãe quanto à guarda, a guarda compartilhada seria aplicada sempre que possível. A expressão “sempre que possível” passou a ser usada como a justificativa para aplicar a guarda unilateral. O fato é que se os pais procuraram o judiciário para definir com quem ficaria a guarda é mais do que óbvio que não conseguem chegar a um consenso, o que levava os juízes a aplicação da guarda unilateral, porém o objetivo da lei era que somente em casos excepcionais o compartilhamento não deveria ser determinado e não ao contrário, inclusive o próprio artigo deixava claro que a guarda compartilhada deveria ser a aplicada caso os pais não chegassem a um acordo.

Diante deste cenário foi preciso a publicação da Lei 13.058/2014 que deixou clara a

⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 111

⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 116

obrigatoriedade do instituto, principalmente ao modificar o artigo 1.584, § 2º do CC, dando a seguinte redação ao mesmo: “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”. Ademais, ela não aboliu a guarda unilateral, que continuou disciplinada pela nova redação, mas deixou bem claro que a mesma somente deveria ser aplicada quando um dos pais não tivesse interesse na guarda ou então quando fosse prejudicial à criança.

Ainda assim, existe muita resistência por parte da doutrina em aceitar o instituto e isso se deve ao fato de que em muitos casos de divórcio, separação ou fim da união estável o ex-casal está em conflito, ou seja, não conseguem chegar a um acordo mesmo quando se trata de assuntos simples de se resolver e muito menos de compartilhar uma guarda. Esses autores advertem que o compartilhamento nesses casos seria prejudicial, pois ao invés de trazer benefícios à criança, iria arrasta-la para um ambiente de conflitos constantes.

Após esta breve introdução, será analisada de forma detalhada as mudanças que a Lei 11.698/08, responsável por tornar a guarda compartilhada preferível em relação às outras, e a Lei 13.058/2014, responsável pela obrigatoriedade do compartilhamento, trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro, para mais adiante tratar da sua efetividade quando não existe o consenso entre os pais.

2.1 A aplicação da guarda compartilhada com o advento da Lei 11.698/2008

O passar dos anos trouxe diversas mudanças para o Direito de Família, que precisou se adaptar aos tempos modernos para poder atender aos anseios da sociedade. A guarda, como um dos institutos do Direito de Família, não ficou de fora das transformações. Acontece que, a aplicação do sistema unilateral de guarda não mais atendia às famílias modernas e isso se deve a grandes mudanças que ocorreram ao longo do tempo, como a inserção da mulher no mercado de trabalho, o movimento feminista, a facilidade do divórcio e o advento da união estável. A mulher deixou de ser a “dona de casa” e o homem deixou de lado o papel de único provedor da família. Ademais, a própria mentalidade dos genitores mudou muito, os pais passaram a querer participar mais da vida dos filhos, não mais se contentavam em apenas delegar esse papel à mãe da criança. Todas essas mudanças deixaram clara a necessidade de aplicação de uma guarda que reequilibrasse os papéis parentais.

Passou-se então a ser questionado se a legislação brasileira permitia o advento de uma guarda que não fosse única, se essa mudança não seria contrária à Constituição da República e ao Código Civil. Chegou-se a conclusão que em nenhum momento a legislação proibiu o compartilhamento da guarda e que na verdade ela só não era aplicada devido a uma cultura machista e enraizada que entendia ser a genitora a que melhor cuidaria dos filhos. Entendimento este também defendido por Maria Berenice Dias:

“Mesmo antes de inserido de forma expressa na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. Além disso, as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício. Dentre os deveres e direitos relacionados ao exercício do poder familiar, são atribuídos a ambos os pais o de dirigir a criação e a educação dos filhos e o de tê-los em sua companhia e guarda (CC 1.634). A separação dos pais, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632).”⁴²

Outrossim, foi constatado que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002 possuíam artigos que mostravam ser possível a guarda compartilhada no Direito brasileiro. O artigo 229 da Constituição da República determina que é dever dos genitores assistir, criar e educar os filhos menores e o artigo 1.690, p.u. do CC diz que é dever comum dos pais decidirem todas as questões relativas aos filhos e a seus bens. Ademais, existiam enunciados do Conselho da Justiça Federal sobre o tema. O Enunciado 101 aprovado na I Jornada de Direito Civil preceitua que “Art. 1583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de ilhós”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.” Já o enunciado 335 aprovado na IV Jornada de Direito Civil diz que: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

Portanto, apesar de não ser positivado no ordenamento jurídico o compartilhamento já era possível de ser aplicado. Desta forma, como uma forma de instituir e disciplinar o instituto, foi criada a Lei 11.698/2008 com o intuito de influenciar os juízes a aplicar a guarda compartilhada que trouxe como um de seus benefícios a igualdade entre o homem e a mulher na responsabilização da criação dos filhos.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011., P. 444

“(…) O modelo da citada lei preservava o pleno exercício do poder familiar sem esvaziar as funções paterna e materna ou eliminar os referenciais masculino e feminino, assegurando aos filhos um equilibrado desenvolvimento emocional, psíquico e social. Essa foi a proposta da lei, de construção de uma família democrática, fundada na corresponsabilização de ambos os pais nas tarefas de cuidados e atenções aos filhos menores e em benefício deles”⁴³

A verdade é que mesmo antes da Lei 11.698/2008 existiam alguns raros casos em que o compartilhamento era aplicado. Portanto, a Lei acabou por estender essa aplicação visto que, a mesma era restrita a casos em que os pais tinham um divórcio amigável e decidiam entre eles dividir a guarda. A partir da publicação da lei da guarda compartilhada, mesmo que não exista acordo entre os pais, o juiz deve preferencialmente aplica-la, o que significa dizer que a regra passou a ser o compartilhamento e não mais a guarda unilateral.

No entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira trata-se de uma positivação desnecessária do instituto. Acredita que quando existirem litígio entre os pais a guarda a ser aplicada é qualquer uma que é permitida pelo direito brasileiro e não necessariamente o compartilhamento, pois quando é determinado que um instituto deve sempre ser aplicado ao invés de qualquer outro é o mesmo que ir contra o melhor interesse da criança e do adolescente. Aduz que:

“(…) Talvez, nesse caso, quando os pais não tiverem condições de compor seu conflito – pelo menos em assuntos afetos a interesses dos filhos – deve-se considerar todos os tipos de guarda existentes, de modo que o caso seja enquadrado na hipótese que melhor atenda aos interesses da criança ou do adolescente, sem atribuir prioridade a nenhum tipo abstratamente.”⁴⁴

Já Maria Berenice Dias possui a seguinte passagem em seu Manual de Direito das Famílias que deixa claro ser o compartilhamento a melhor tradução do que seria o exercício pleno do poder familiar:

“No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo os filhos com ambos os genitores, acaba havendo uma redefinição de papeis. Tal resulta em uma divisão dos encargos com relação à prole. O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares faz vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade. É o modo

⁴³ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 172

⁴⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro. Renovar. 2009. Fls. 114

de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhamento da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.”⁴⁵

Vejamos:

A nova lei mudou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002. Segundo a redação original do Código com o fim da sociedade conjugal seria observado o acordado entre os cônjuges acerca da guarda dos filhos quando ela se der por mútuo consentimento. E ainda, quando ocorresse a separação judicial ou o divórcio e não existisse acordo entre os pais a guarda seria atribuída àquele que tivesse as melhores condições de exercê-la. Caso o juiz percebe-se que nenhum dos pais tinha condições de cuidar da prole, a guarda seria dada a algum outro familiar que fosse próximo do menor.

O novo artigo 1.583, caput, do CC instituiu dois tipos de guarda no Direito brasileiro, a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Ao conceituar o que seria cada uma das guardas deixou claro que a guarda unilateral é aquela exercida por apenas um dos genitores ou então por um terceiro, como no caso dos avós, tios, irmãos, ou seja, uma outra pessoa que possa exercer a mesma quando os pais não podem. Já a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que estão pondo fim à sociedade conjugal.

Pensando no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o § 2º do artigo determina que na hipótese de aplicação da guarda unilateral, ela deverá ser dada ao genitor que possui as melhores condições de exercê-la. E não para por aí, ele ainda enumera de forma objetiva o que se espera do genitor guardião, como: afeto, saúde, segurança e educação. Importante destacar, que apesar de enumerar os fatores não se trata de *numerus clausus*, visto que a própria constituição elenca diversos outros deveres dos pais com relação aos filhos.

O § 3º trouxe uma grande novidade que em muito contribuiu na aproximação e convívio entre pais e filhos. De acordo com o parágrafo, aquele que não possui a guarda tem o direito e o dever de supervisionar os interesses dos filhos, promovendo uma maior

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. Fls.443

participação dos pais na vida da criança. Foi uma mudança de extrema importância, pois conseguiu uma reaproximação que o regime de visitas e a pensão alimentícia não era capaz de fazer.

O artigo 1.584 do CC determina que a guarda compartilhada ou a unilateral poderão ser requeridas pelos pais ao juiz e ainda, dá a possibilidade do judiciário decretar qualquer uma das duas ao analisar o caso concreto e chegar a conclusão que naquela determinada situação deverá ser aplicado o compartilhamento ou a unilateralidade. Ademais, por se tratar de um instituto novo e pouco conhecido, durante a audiência de conciliação deve o juiz informar a importância do compartilhamento e esclarecer as dúvidas referentes à sua aplicação.

A principal mudança trazida pela lei e que deixou claro que o legislador tinha a intenção de privilegiar a guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, foi a determinação de que mesmo que não exista acordo entre os pais o compartilhamento deveria ser aplicado, sempre que possível. O grande problema que contribuiu para a lei não ter a eficácia que deveria ter foi justamente a expressão “sempre que possível”, pois os juízes começaram a entender que quando os pais estavam em conflito não seria um bom momento para a aplicação do compartilhamento. O que na verdade acaba sendo um pouco contraditório já que se eles buscaram o judiciário é porque não conseguem chegar a um acordo, então se não conseguem entrar em um consenso o compartilhamento nunca será aplicado e deveria ser justamente o contrário. A guarda unilateral deveria ser aplicada apenas em casos muito específicos e não se tornar a regra como vinha acontecendo.

Diversos seriam os benefícios que a guarda em conjunto traria para as crianças e pensando nisso, foi preciso editar uma nova lei que tornasse a nova modalidade obrigatória já que simplesmente privilegia-la não estava dando resultado. Entre esses benefícios podemos destacar os que se seguem.

Não seria mais necessária a imposição do direito de visitas. Nesse novo modelo o menor teria uma residência fixa, que poderia ser a casa da mãe, do pai ou de uma terceira pessoa, e os pais passariam a conviver com a criança diariamente. Poderiam, por exemplo, fixar que a mãe iria levar a criança na escola e o pai iria buscá-la ou que a mesma ficaria uma semana tendo a mãe como a sua responsável e na outra semana o pai que seria o responsável

pelas tarefas do dia-a-dia, como levar e buscar na escola, levar ao médico, levar para as atividades de lazer, aos cursos, às festas, ao cinema e etc. Arranjos como estes, colocariam fim ao regime de visitas que possibilitava que o genitor não guardião encontra-se com a prole em dias específicos fixados pelo judiciário e que em nada contribuía para a relação entre pais e filhos, que ao final se encontrava desgastada e distante. O regime de visitas levava a um afastamento dos pais com os filhos, levando ao fenômeno do “pai de domingo”, no qual, normalmente o pai, buscava a criança na casa da mãe de 15 em 15 dias e a levava para passar um final de semana divertido em algum lugar. Os laços afetivos aos poucos iriam perdendo a força e a tendência sempre era o afastamento de um dos genitores.

Com relação a pensão alimentícia nada muda, visto que ambos continuam responsáveis pelo sustento do filho. Não é porque ambos possuem a guarda que a pensão alimentícia não será aplicada. O que vai ocorrer é um equilíbrio, pois além de pagar a pensão o genitor terá também uma participação maior no cotidiano da criança ou do adolescente, vai contribuir não apenas materialmente, mas também afetivamente. Neste ponto, interessante destacar a questão da prisão do devedor de alimentos. Quando os pais não pagam a pensão alimentícia a consequência pode vir a ser a prisão, visto que a única prisão civil aceita atualmente pelo direito brasileiro é a do devedor de alimentos. A prisão em nada beneficia a criança, que é a que mais sofre diante desta situação. Neste sentido, Waldyr Grisard Filho entende que:

“O descumprimento desse dever - que se verifica em altíssimo grau - leva, frequentemente, os pais ao Tribunais (e, às vezes, à prisão), aumentando os conflitos parentais em ambiente (normalmente) já hostil, de efeitos devastadores sobre a prole, deixando inevitáveis sequelas ao desenvolvimento psicoemocional do menor.”⁴⁶

A separação, o divórcio ou o fim da união estável trazem consequências psicológicas para as crianças e uma maneira de minimizar esses impactos seria deixar claro para as mesmas que não existe nenhum tipo de disputa entre os pais, muito pelo ao contrário, que ambos estão empenhados em manter a normalidade na vida do menor. Fica claro que sem a disputa de quem vai ficar com a guarda quem sai ganhando é a criança. Ela será a única beneficiada quando a mãe e o pai se veem envolvidos na sua criação e educação. Pensando no melhor para elas, foi editada a Lei 13.058/2014 que veio para dar a efetividade que a lei

⁴⁶ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 188

anterior não conseguiu ao instituto.

2.2 A aplicação da guarda compartilhada com o advento da Lei 13.058/2014

A Lei 13.058/2014 nasceu com o objetivo de dar efetividade à Lei 11.698/2008, visto que esta quase não era aplicada pelos juízes no divórcio não consensual. A explicação para a sua não aplicação era o § 2º do art. 1.584, que determinava que a guarda conjunta seria aplicada, sempre que possível, quando não houvesse acordo entre o pai e a mãe. Com o advento da nova lei, a guarda em conjunto passa a ser obrigatória.

Chegou-se à conclusão que era necessário a criação de leis que dessem voz ao compartilhamento, e essa necessidade surgiu após observarem que a guarda unilateral afastava o genitor não guardião da vida do filho, ele não participava do dia-a-dia do menor. A sociedade possui costumes e um desses costumes é o de dar a guarda pra mãe, o que ocasionava o entendimento errôneo de que como a mãe possui a guarda ela é a única que também possui o poder familiar. Como já explicado, essa é uma visão equivocada do que seria a guarda unilateral.

A proposta da guarda compartilhada foi justamente a de devolver ao genitor não guardião o poder familiar que lhe foi tirado devido o senso comum de que a guarda única faz com que apenas o genitor guardião tenha a autoridade parental. Com o advento da Lei 13.058/2014 fica mais claro que ambos os pais possuem o poder familiar. Qual seria então a diferença da guarda compartilhada para a guarda unilateral, se em ambos os casos o poder familiar se mantém? A diferença crucial é que os pais terão a presença física da criança e com a guarda unilateral isso não era possível. É a linha de raciocínio seguida por Waldyr Grisard Filho que entende que:

“A partir da hermenêutica proposta, pode-se afirmar que a Lei 13.058/2014, ao tornar obrigatória a guarda compartilhada, além de garantir aos filhos um convívio mais próximo com ambos os genitores, resolve também a problemática advinda do senso comum que confunde o conteúdo da guarda e do poder familiar, pois, tornando aquela obrigatoriamente compartilhada, a lógica do próprio senso comum reafirma que também o exercício do poder familiar será compartilhado. É esse o grande mérito da nova lei: funcionalizar o instituto da guarda compartilhada para garantir uma convivência próxima dos filhos com ambos os genitores e simultaneamente facilitar o exercício conjunto do poder familiar, em sua plenitude”⁴⁷

⁴⁷ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São

Como uma forma de exemplificar a importância de sua obrigatoriedade, temos as estatísticas do Registro Civil realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE. Segundo constatado, no ano de 2014⁴⁸, portanto, passados seis anos da publicação da Lei 11.698/2008, a guarda era majoritariamente atribuída às mulheres, visto que, 85,7% dos casos a guarda fica com a mãe. Já no ano de 2015⁴⁹ a pesquisa demonstrou que mesmo com o advento da Lei 13.058/2014 a guarda ainda era das mulheres, com um percentual de 78,8%. Percebe-se que entre 2014 e 2015 ocorreu um aumento da aplicação do instituto que foi de 7,5% para 12,9%. O que, na verdade, ainda é muito pouco. Com o entendimento dos Tribunais superiores que de fato deve-se aplicar a guarda compartilhada, mesmo que não exista consenso entre os pais, os números devem e precisam aumentar.

A nova lei alterou os artigos 1.583, 1.584 e 1.585, todos do Código Civil de 2002. Serão destacada as principais mudanças a seguir.

Apesar do §1º do artigo 1.583 CC falar apenas em pai e mãe⁵⁰ ao definir o que é a guarda conjunta, a jurisprudência vem entendendo pela possibilidade de termos o compartilhamento de guarda entre terceiros. É possível ainda o compartilhamento entre pais que nunca foram casados, como nos casos de união estável e até mesmo em situações na qual os pais nunca mantiveram um relacionamento amoroso.

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão

Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 205

⁴⁸ IBGE. **Estatística do Registro Civil**, Rio de Janeiro, pág. 57, 2014

⁴⁹ IBGE. **Estatística do Registro Civil**, Rio de Janeiro, pág. 36, 2015

⁵⁰ BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido.⁵¹

Um dos parágrafos mais criticados foi o § 2º que foi completamente revogado, ganhando um texto totalmente novo. O parágrafo que antes tratava da guarda unilateral e estabelecia critérios objetivos para a sua aplicação passou a tratar do compartilhamento determinando que o tempo de convívio com o filho deverá se dar de forma equilibrada entre o pai e a mãe⁵². O problema todo surgiu com a expressão “equilibrada”, pois existem doutrinadores que entendem que por meio dessa expressão o código acabou por transformar a guarda em alternada.

Rafael Madaleno e Rolf Madaleno corroboram do entendimento de que ocorreu a transformação da guarda conjunta em alternada, alegando que foi criada uma segunda modalidade de guarda compartilhada, dividindo a guarda compartilhada em guarda conjunta física e guarda conjunta legal e que elas em nada se confundem, visto que a primeira na verdade seria alternada. Argumentam que os únicos beneficiados por essa guarda alternada seriam os pais, que teriam a companhia da prole quando fosse conveniente com o seu tempo, sem levar em conta o interesse do menor. Dessa forma, aduzem que:

“A residência sucessiva ou alternada é a da guarda compartilhada do tempo dos filhos, e não mais apenas o compartilhamento do exercício conjunto do poder familiar, e neste aspecto se traduz e interpreta a vitoriosa conquista da guarda sucessiva ou alternada que a legislação vigente (Lei 13.058/2014) pretende impor com a repartição do tempo de custódia física da prole em períodos que podem ser de um ano com cada genitor; ou só do ano escolar; ou de um mês com o pai e outro com a mãe; ou de uma semana para cada um, ou parte de uma semana, ficando três dias com um e os quatro dias restantes com o outro, alternando estes períodos a cada semana e trocando os filhos de residência como verdadeiras crianças pêndulos, que vão e vêm, mudando constantemente de uma casa para outra.”⁵³

Já Waldyr Grisard Filho discorda veementemente dessa posição, acredita que não se trata de guarda alternada, pois como o próprio artigo diz o tempo de convívio será de forma equilibrada e não igualitária, ou seja, não irá ocorrer uma divisão matemática do tempo, até porque os pais possuem seus afazeres o que seria inviável para eles e as crianças também

⁵¹ STJ - REsp: 1147138 SP 2009/0125640-2, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2010

⁵² BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Art. 1583§ 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: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

⁵³ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 183 e 184

possuem atividades não podendo ficar reféns do tempo que seus pais possuem como disponível. Argumenta ainda, que não teria como se tratar de guarda alternada, pois seria contrário ao artigo 1.634 do Código Civil⁵⁴, já que fracionaria o poder familiar⁵⁵.

“A expressão equilibrada é dotada de especial funcionalidade: torna poroso o modelo de divisão do tempo, de modo que sua construção não se limitará a elementos jurídicos, mas integrará também elementos fáticos da vivência e do cotidiano das partes envolvidas para encontrar, para aquele caso, a melhor solução possível. Estabelecer que o pai diariamente buscará o filho na residência materna e o levará para a escola é um meio de garantir um convívio diário do filho com o genitor com quem não reside. Havendo essa possibilidade, será uma forma equilibrada de divisão do tempo semanal, sem com isso afetar o referencial de residência da criança ou atrapalhar sua rotina.”⁵⁶

Vai além, ao destacar que a criança não precisa ter duas residências, que o ideal seria que ela tivesse uma residência principal, o que facilitaria a sua rotina e a faria perceber que mesmo com a separação ela continuaria tendo uma casa base. Seria um transtorno muito grande se o menor tivesse que fixar duas residências, pois o mesmo não se sentiria em casa em nenhuma delas, não conseguiria criar um vínculo e passaria a ser a “casa da minha mãe” e a “casa do meu pai” e não “a minha casa”. É uma questão que não foi especificada pela lei, ficando a cargo do juiz e dos pais decidirem qual será a residência fixa do menor. Como a lei não determinou que a criança deve obrigatoriamente ter duas residências, não seria viável se utilizar desse argumento para a não aplicação do instituto.

Ademais, corroborando com os pensamentos de Waldyr Grisard Junior os enunciados 603, 604 e 606 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal preceituam que a divisão de convívio na guarda compartilhada deve sempre atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e que a o termo “divisão equilibrada” não deve ser interpretado de forma matematicamente igualitária e que não deve ser confundida com a

⁵⁴ BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

⁵⁵ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 214

⁵⁶ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 215

imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica somente 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 dos filhos.

Com relação ao artigo 1584 do CC, é importante ressaltar o § 2º que é o responsável pela obrigatoriedade do modelo. O dispositivo deixa claro que quando não existir o consenso entre os pais e ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar a guarda compartilhada deverá ser aplicada, a não ser que um dos pais não queira a guarda do filho, o que levará a aplicação da guarda unilateral.

A obrigatoriedade do instituto, conforme já explicado, se deve a pouca aplicação do compartilhamento pelos tribunais, o que se deve ao entendimento equivocado de que só deveria ser aplicado quando os pais não estivessem em conflito. Ocorre que, quando um casal se divorcia ou deixam de ser companheiros, na maioria dos casos, eles acabam criando uma certa animosidade entre si, tudo é motivo de briga e não conseguem chegar a um acordo sobre quase nada. Como são raros os casos em que o término de um relacionamento se dá de forma amigável, o compartilhamento quase nunca era aplicado, sendo a falta de consenso a principal justificativa para a sua não aplicação.

O legislador resolveu então, deixar claro que mesmo sem o consenso o instituto deveria ser sim aplicado. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1251000/MG da relatoria da Ministra Nancy Andrihgy, se pronunciou no mesmo sentido, alegando que o compartilhamento é o ideal a ser alcançado e que o litígio entre os pais não é motivo para a sua não aplicação. Ademais, entende a Terceira Turma do STJ que a guarda compartilhada é a guarda que melhor atenderia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e que ao não aplica-la com a justificativa de que os pais não se entendem, estaríamos colocando o interesse dos pais a frente dos interesses das crianças.⁵⁷

Entretanto, apesar de obrigatória ela não é absoluta. Não deverá ser aplicada quando um dos pais não estiver apto a exercer o poder familiar ou quando um dos genitores não quiser a guarda dos filhos. Muitos doutrinadores criticam a parte final do parágrafo que aduz: “(...) salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.” e isto se deve a facilidade que a lei da ao genitor de abdicar da guarda de seu filho, o que seria

⁵⁷ Resp. 1251000/MG, rel. Ministra Nancy Andrihgy, 3ª Turma., J. 23.08.2011, DJE 31.08.2011

contrário ao interesse do menor. Além disso, a doutrina entende que os casos devem ser analisados de forma isolada, e que se ficar constatado que em um determinado caso específico o melhor é a guarda única, ela deverá ser aplicada. Porém, sempre tendo em mente que somente o argumento de ausência de diálogo não é motivo suficiente para não aplicar a guarda conjunta.

O último ponto a ser destacado é a questão dos alimentos. É errôneo o entendimento de que a fixação da guarda conjunta impede a aplicação dos alimentos. A obrigação alimentar existe independente de ser guarda compartilhada ou guarda única e isso se deve ao fato de que é um dever próprio do poder familiar, os pais possuem o direito de conviverem com os filhos e o dever de sustentá-los. Inclusive temos o Enunciado 607 da VII Jornada de Direito Civil que preceitua que a guarda conjunta não implica na ausência de pagamento da pensão alimentícia.

Já analisadas as principais mudanças trazidas pela nova legislação e os motivos de ser tão importante a sua aplicação, o próximo capítulo tratará de analisar a efetividade do instituto quando ele é aplicado mesmo sem o consenso entre os pais.

3 IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO DOS PAIS E A SUA EFETIVIDADE

Objetivando a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, foi positivado no ordenamento jurídico a guarda em conjunto. A proteção se dá na medida em que o modelo passou a garantir que os filhos tivessem ambos os pais envolvidos diretamente na sua criação, de modo que pai e mãe pudessem exercer de forma plena o poder familiar que possuem por direito.

A própria Constituição Federal de 1988 possui alguns artigos que determinam que o homem e a mulher devem ter os mesmos direitos, o que significa dizer que não é obrigação apenas da mãe a criação, amparo e a educação dos filhos menores, conforme o artigo 229 da CR. O texto constitucional determina ainda em seu artigo 5º, I, que homens e mulheres são iguais com relação aos seus direitos e obrigações e em seu artigo 226, § 2º preceitua que o mesmo acontece no ambiente familiar, visto que os direitos e deveres referentes à sociedade

conjugal devem ser exercidos de forma igual.⁵⁸ Cabe destacar ainda que o artigo 9º, § 3º da Convenção sobre os Direitos das Crianças⁵⁹ determinou que os Estados Partes devem respeitar o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de tal forma que a mesma continue mantendo regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja prejudicial ao desenvolvimento e a segurança da criança.

Além do mais, com as transformações que a organização social veio passando o compartilhamento passou a refletir os anseios da sociedade, visto que, garantiu o equilíbrio dos papéis dos genitores na criação dos filhos. Conforme já explicado, quando ocorria o fim da união estável ou o divórcio, na maioria dos casos concretos quem ficava com a guarda da criança era a mãe. Ocorre que, com as mudanças na sociedade a mulher veio gradativamente abandonando a figura imposta a ela de “dona de casa” e ao mesmo tempo passou a conquistar o seu espaço no mercado de trabalho e ao direito de ter uma vida na qual não dependa mais do marido.

Sendo assim, o compartilhamento foi essencial para que a mãe pudesse dividir com o pai da criança os encargos que a criação de um filho gera e ao mesmo tempo permitiu que o filho tivesse o pai presente, o que não era nem de longe suprido com a visitação e com o pagamento da pensão alimentícia. Uma guarda que responsabilizasse ambos os pais era uma medida de extrema urgência, não era mais adequado o entendimento de que a figura paterna se resumisse a mero genitor.

Entende Waldyr Grisard Filho que:

“Se o modelo contemporâneo de família, e suas relações intrapessoais, é hoje diferente do precedente, modificado pelas transformações econômicas, políticas, culturais e sociais operadas, tornou-se demais evidente a necessidade de se considerar, também, um modelo diferente para o cuidado dos filhos quando profundas mudanças estruturais incidem sobre a família.”⁶⁰

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

⁵⁹ BRASIL. Convenção sobre os Direitos das Crianças (1990). **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Art. 9. § 3º 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

⁶⁰ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 240

Maria Berenice Dias, ao escrever o artigo “Filho da mãe”⁶¹ coaduna do mesmo entendimento explicitado acima. Segundo a autora a mãe sempre foi vista como a única responsável pelo filho, porém, com as mudanças sofridas pela sociedade o homem percebeu que também é capaz de cuidar, dar afeto e de ser responsável pela educação do filho, que não é apenas um dever e obrigação da mulher. E vai além ao dizer que:

“Ao contrário do que todos proclamam esta não foi uma vitória dos pais, mas uma grande conquista dos filhos, que não podem mais ser utilizados como moeda de troca ou instrumento de vingança. Acabou a disputa pela posse do filho que, tratado como um mero objeto, ficava sob a guarda da mãe que detinha o poder de permitir ou não as visitas do pai.”⁶²

A guarda compartilhada apesar de necessária e desejada, assim como qualquer outro instituto, possui as suas vantagens e as suas desvantagens. Waldyr Grisad Filho em seu livro “Guarda compartilhada, um novo modelo de responsabilidade parental”⁶³ possui um capítulo próprio em que apresenta quais seriam para ele essas vantagens e desvantagens.

Segundo o autor o compartilhamento é o modelo que consegue reequilibrar os papéis entre os pais. O homem e a mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres e ambos se empenharão da mesma forma na criação do filho. Diferentemente da guarda unilateral e da guarda alternada, no compartilhamento a criança vai continuar convivendo com os pais da mesma maneira que convivia quando eles ainda estavam casados ou em união estável. O que é maravilhoso para o menor, pois mostra que mesmo os pais separados nada mudará no relacionamento entre pais e filhos e isso diminui a sensação de abandono que a criança possa vir a ter e que é normal que tenha, já que, devido a pouca idade, não entendem que o que acabou foi o relacionamento amoroso dos pais e não o vínculo que existe com os seus genitores.

Acrescenta ainda que a guarda compartilhada se diferencia da guarda alternada e que com ela não pode ser confundida, visto que na guarda alternada se a criança se encontra com a

⁶¹ Dias, Maria Berenice. **Filho da mãe**. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_filho_da_m%E3e.pdf>. Acesso em: 02 maio 2017.

⁶² Dias, Maria Berenice. **Filho da mãe**. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_filho_da_m%E3e.pdf>. Acesso em: 02 maio 2017.

⁶³ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 238 e seguintes.

mãe, é a mesma responsável por decidir as questões relativas ao filho e o mesmo acontece se a criança estiver com o pai, será ele o responsável por tomar todas as decisões. Percebe-se que na guarda alternada cada cônjuge vai decidir separadamente. Já no compartilhamento, ambos decidirão de forma conjunta tudo o que for relativo ao menor, existe uma cooperação entre eles.

Esta cooperação é essencial para a criança, pois demonstra para ela que seus pais estão empenhados na sua criação como eram quando ainda estavam em um relacionamento amoroso. Com o divórcio os filhos passam a nutrir um sentimento de abandono, rejeição e perda, como se o fato dos pais não estarem mais juntos afetasse a relação que existe entre pai e filho. O que de fato pode vir a afastar, quando aplicada a guarda única, visto que um dos pais acaba por perder o convívio com o filho e passa a vê-lo somente durante os dias de visita, que como o próprio nome diz, trata-se de ficar com o filho por alguns dias e não conviver com o mesmo.

“A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva).

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.”⁶⁴

Outra vantagem explicada pelo autor é a constatação de que a mãe não vai ficar mais tão sobrecarregada, já que era uma tradição do judiciário brasileiro entregar a guarda única para a mãe. Com o fim do seu relacionamento com o pai da criança e com o reequilíbrio dos papéis entre os genitores, a mãe poderá seguir mais facilmente os sonhos profissionais e até mesmo amorosos, constituindo uma nova família, por exemplo.

Era muito comum de acontecer do pai da criança, após o divórcio, construir uma nova família e ver a sua carreira profissional ir evoluindo, já que são raros os casos em que ele ficava com a guarda, tendo apenas como obrigação o período de visitação e o pagamento da

⁶⁴ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 243

pensão alimentícia. Em contrapartida, a mãe que ficava com a guarda do menor, tinha muitas dificuldades em constituir uma nova família e de crescer profissionalmente, pois era ela a responsável de dar conta dos encargos de cuidar dos filhos sem a ajuda do pai, tendo que lidar com todas as preocupações e problemas que só quem possui filhos passa.

Maria Berenice Dias em seu artigo “Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!”⁶⁵ trata também das vantagens do novo instituto. Assim como Waldyr Grisard Filho, acredita que o compartilhamento irá aumentar a participação de ambos os pais no crescimento da criança e que a visitação não era capaz de garantir em sua vida a presença que ela necessita para o seu desenvolvimento. Ademais, acrescenta que o instituto trouxe uma mudança muito bem-vinda que é a de ter retirado da guarda a ideia de posse.

“(...)O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.”

Importante destacar que não significa que a guarda unilateral tenha sido extinta. Muito pelo contrário, pois sabemos que existem casos concretos em que um dos genitores não possui condições de cuidar do menor, ou situações em que seria muito prejudicial à criança que um dos pais tenha a sua guarda. Quando estivermos diante de situações desse tipo fica claro que deverá ser aplicada a guarda unilateral.

Além disso, o próprio artigo 1.584, § 2º determina que se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor, não deve ser aplicado o compartilhamento. Ademais, não se pode confundir como sendo um obstáculo à aplicação da guarda em conjunto a falta de consenso entre os pais, visto que a jurisprudência já entende que para não aplicá-la deve existir algum obstáculo que não seja a ausência de acordo entre eles.

Um dos pontos mais controvertidos da nova lei e que gerou inúmeros debates tanto na Doutrina como na Jurisprudência, sendo inclusive visto como uma desvantagem do instituto para muitos autores, é justamente a aplicação do instituto quando não existe o consenso dos pais. Muito se questiona se a sua aplicação obrigatória, quando os pais não se dão bem e não

⁶⁵ Dias, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!**. Disponível em:< [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_603\)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_603)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2017.

conseguem manter um diálogo seria efetiva. Acontece que o artigo 1.584, § 2º do Código Civil⁶⁶ foi alterado pela lei 13.058/2014 que ao dispor acerca da guarda compartilhada determinou que quando não existir consenso entre o pai e a mãe da criança e ambos se encontrarem aptos ao exercício do poder familiar, deverá mesmo assim ser aplicada a guarda compartilhada.

Diversos podem ser os motivos que levam ao fim de um relacionamento como, por exemplo, uma traição, não importando se é por ter se envolvido com uma outra pessoa ou por ter tomado alguma atitude que o parceiro tenha considerado imperdoável; ou quando um deles simplesmente parou de sentir amor pelo outro e não quer mais estar junto; ou quando o casal vive brigando e um deles ou ambos decidem por fim ao relacionamento; ou quando o relacionamento ficou desgastado pela rotina; ou por não aguentar mais a interferência da família do outro e etc. Percebe-se que diversos são os motivos que culminam no término de um casamento ou de uma união estável.

O que estes motivos costumam ter em comum é que na maioria dos casos os ânimos dos envolvidos estão exaltados, pois existem situações em que somente um deles queria a separação e casos em que ambos queriam a separação, mas ainda assim brigam por qualquer motivo. Somente quem já teve um relacionamento amoroso sabe o quanto podemos ser infantis quando se trata de provocar o ex-parceiro, tudo é motivo de briga e não gostamos de ceder em absolutamente nada quando se trata de beneficiar o outro.

Diante desta incapacidade que alguns casais possuem de conviver após o fim do relacionamento, é que se questiona se o melhor para a criança não seria a aplicação da guarda única. Os Doutrinadores Rafael Madaleno e Rolf Madaleno, em seu livro “Guarda Compartilhada Física e Jurídica”⁶⁷ alegam que apesar das vantagens que existem, como as já explicadas acima, o compartilhamento em alguns casos não deveria ser aplicado, simplesmente porque no caso concreto não seriam efetivos. Acreditam que os juízes aplicam a guarda em conjunto por ser mais fácil, já que não precisaria de uma análise minuciosa do

⁶⁶ BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Art.1584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

⁶⁷ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

caso, basta sempre aplicar pelo simples fato de ter se tornado a regra. Diante de situações assim, os filhos acabam envolvidos nos conflitos dos pais, pois passam a escutar e a conviver com todo os tipos de brigas possíveis o que gera extremo sofrimento já que nenhuma criança se sente feliz quando seus pais falam coisas ruins um do outro ou para o outro.

“(…) Mas, a principal desvantagem da concessão usual e automática da guarda compartilhada é o fato de que ela traz às crianças mais malefícios do que benefícios, como, por exemplo, aumentam as chances de os menores serem usados como armas e espiões dos conflitos parentais, porque não são impostas restrições entre pais não cooperativos, sendo provável o uso dos filhos e, certamente, a custódia isolada não protegerá as crianças desta situação, mas reduzirá as oportunidades de os pais envolverem seus filhos nesta ordem de manipulações.”⁶⁸

Apesar de entender ser o compartilhamento a melhor opção, Waldyr Grisard Filho acredita que assim como qualquer outro instituto, o compartilhamento também possui as suas desvantagens. Se utilizando da mesma linha de raciocínio de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno, aponta que o compartilhamento não deveria ser aplicado quando a relação entre os genitores é muito ruim, brigam o tempo todo e não possuem diálogo. Argumenta que a criança sofreria com isso e que a sua educação ficaria muito prejudicada, então o melhor seria que o juiz analisasse qual genitor teria melhor condição de ter a guarda e desta forma aplicar a guarda única.⁶⁹

Acontece que a justificativa que se dá para a aplicação do compartilhamento é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Então, acredita-se que os pais devem deixar de lado os conflitos que possuem entre si pelo bem de seus filhos, já que o melhor para a criança é ter ambos os pais acompanhando o seu desenvolvimento, sem que um deles tenha mais ou menos presença no seu crescimento e educação.

Ocorre que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um princípio que não possui uma definição precisa e devido a isso pode gerar algumas interpretações diferentes. Quem fica com a função de interpretar o que seria melhor para a criança é o juiz, que acaba se utilizando da sua vivência para dar uma solução para aquele caso, o que não significa que a solução que vá chegar é realmente a melhor solução para o caso concreto, sempre existe um risco de estar tomando uma decisão equivocada.

⁶⁸ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 204

⁶⁹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 250

Com a obrigatoriedade da guarda, o que se questiona é que esse risco acaba aumentando já que foi determinado pelo legislador que deve-se aplicar a guarda compartilhada. É claro que existem casos em que ela não será aplicada, mas segundo a jurisprudência em hipótese alguma a falta de consenso poderá ser usada como único argumento para não aplicá-la. Porém, ainda assim muitos consideram preocupante que a justificativa para aplicar sem o consenso, seja que os genitores devem colocar seus filhos à frente de seus problemas pois o compartilhamento sempre será a melhor opção. Sabemos perfeitamente que os pais antes de mais nada são seres humanos, e que, portanto, possuem sentimentos que são difíceis de serem controlados e desta forma as chances dos filhos se tornarem alvos de seus conflitos são muito grandes.

Cumpramos analisar a seguir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a aplicação da guarda, quando deverá ser aplicado o compartilhamento e os motivos que a tornam preferencial.

3.1 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a aplicação do compartilhamento

Apesar das desvantagens que a imposição da guarda compartilhada pode vir a ter quando os pais não se dão bem, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a falta de diálogo entre os genitores não é motivo suficiente para não aplicar a guarda em conjunto. Sendo assim, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por duas vezes, nos anos de 2011 e 2014 se mostrou favorável à aplicação do instituto, alegando que para a sua não aplicação deve existir algum motivo que se mostre relevante, visto que a falta de consenso não é motivo suficiente para a não aplicação.

Em 2011, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento, por unanimidade, ao Recurso Especial nº 1.251.000 – MG (2011/0084897-5)⁷⁰ interposto pelo pai

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1251000 MG, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data do julgamento: 23/08/2011. Data da publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-esp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acesso em: 10 maio 2017.

da criança, em processo no qual o mesmo buscava a guarda única de seu filho. O genitor alegava que a mãe da criança por diversas vezes tentou se mudar com o menor para outra cidade e objetivando dar um basta nesta situação resolveu pedir a guarda única, além de alegar ser mais capacitado que a mãe para ficar com a guarda.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais deu seu parecer a favor da guarda compartilhada e o juiz, na sentença, entendeu ser de fato a guarda em conjunto a melhor solução para o caso. Ademais, foi estabelecido que a criança ficaria alternadamente com os pais durante as férias da escola, os feriados e os finais de semana e que durante a semana ela passaria um número determinado de dias com a mãe e um número determinado de dias com o pai.

Diante do que foi determinado pela sentença e depois de diversas tentativas de reformular a mesma, o genitor interpôs o Recurso Especial. Sustentou que a guarda compartilhada não poderia ser aplicada no caso, pois os pais não possuíam uma boa relação entre si e que o que foi decidido pelo juiz com relação ao tempo de permanência da criança com os genitores, em verdade, se tratava de guarda alternada e que a mesma seria prejudicial ao menor.

Antes de mais nada, é preciso destacar que o julgamento ocorreu enquanto estava vigente a Lei 11.698/2008, portanto, ainda não existia a previsão expressa de que a guarda compartilhada seria a regra a ser aplicada e muito menos de que deveria ser aplicada mesmo com a falta de consenso dos pais. Ocorre que, a 3ª Turma do STJ já vinha adotando este tipo de entendimento e justamente por ser pouco adotado que foi preciso uma nova lei para dar efetividade ao compartilhamento.

Segue a Ementa do acórdão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.
2. 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.

3. 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.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. 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.

6. 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.

7. 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 de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.⁷¹

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1251000 MG, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data do julgamento: 23/08/2011. Data da publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acesso em: 10 maio 2017.

A Relatora Ministra Nancy Andrigui debateu cada um dos pontos levantados pelo genitor e esclareceu que a guarda conjunta é o modelo que possui uma maior proteção ao princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes e para isto se utilizou do argumento de que o gênero das pessoas não é mais usado para definir a forma como a sociedade é organizada e devido a isto o instituto da guarda deveria se adequar a nova realidade, de modo que a guarda em conjunto seria, portanto, a melhor solução já que não privilegia nem a mãe e nem o pai.

Acrescenta, ainda, que apesar do divórcio ou da separação do casal não ser suficiente para fragilizar o exercício do poder familiar, na prática isto acabava acontecendo, visto que, a guarda única, modalidade de guarda mais aplicada no Brasil, ficou encarregada de tal tarefa, pois existe o entendimento equivocado de que aquele que detém a guarda física da criança é único detentor do poder familiar, o que não é verdade. O genitor que possui a guarda única é somente detentor unicamente da guarda física, ficando o poder familiar intacto.

Ademais, na prática, com a guarda única, somente aquele que ficou com a guarda mantém o contato rotineiro com a criança, participa de forma efetiva da educação e do desenvolvimento do menor. O papel do outro genitor acaba resumido a mero fiscalizador da atuação do que possui a guarda, isso quando fiscaliza, o que levou ao fenômeno chamado de “pais de domingo”, que são aqueles pais que buscam seus filhos em um final de semana para darem um passeio, como se uma saída ao cinema, ou à um parque de diversão ou a qualquer outro lugar que a criança queira fosse suficiente para preencher a falta que um contato rotineiro faz para o desenvolvimento físico e psíquico do menor

“Conclui-se, assim, que 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.”⁷²

Com relação ao argumento trazido aos autos, pelo genitor, de que precisaria de consenso para a aplicação do compartilhamento, a Ministra argumentou que o importante em

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1.251.000 – MG, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de Julgamento: 23/08/2011. Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 maio 2017.

um processo de guarda é o melhor interesse do menor e quando o compartilhamento não é aplicado utilizando-se do argumento da falta de consenso, é o mesmo que privilegiar o conflito e deixar de seguir o que é melhor para os filhos.

“A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses.”⁷³

Além disso, acredita que junto com a aplicação da guarda deve existir todo um trabalho, com profissionais capacitados, que expliquem aos pais como é importante que resolvam suas diferenças para que o instituto tenha eficácia, que eles necessitam manter um diálogo. Apesar disso, a Ministra reconhece que mesmo diante de todo o cuidado com a sua aplicação, ainda assim não é um modelo infalível.

Por fim, foi rebatido o argumento alegado pelo genitor de que em verdade o juiz fixou a guarda alternada e não a guarda compartilhada, pois a criança ficaria ora na casa da mãe e ora na casa do pai. A Relatora esclareceu que a novidade da guarda compartilhada é justamente a previsão de uma custódia física em conjunto com a custódia legal. Esta novidade é o que torna o compartilhamento o ideal a ser seguido, já que na guarda única aquele que detinha a guarda, tinha a custódia física e a legal e o que não detinha era possuidor apenas da custódia legal.

“A ausência de compartilhamento da custódia física esvazia o processo, dando à criança visão unilateral da vida, dos valores aplicáveis, das regras de conduta e todas as demais facetas de aprendizado social.”⁷⁴

O que muito se confunde é a guarda compartilhada com a guarda alternada. A Ministra explica, então, que diferentemente do que alguns doutrinadores, advogados e operadores do direito de um modo geral possam vir a pensar, existe uma grande diferença quando tratamos

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1.251.000 – MG, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de Julgamento: 23/08/2011. Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1.251.000 – MG, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de Julgamento: 23/08/2011. Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 maio 2017.

da custódia física na guarda alternada e quando tratamos da custódia física na guarda compartilhada. Na guarda alternada quando o menor se encontra com o pai, é ele que vai exercer de forma exclusiva o poder familiar e por sua vez, quando a criança estiver com a mãe, é ela a que vai ter o poder familiar. Com a guarda compartilhada foi possível dar aos genitores a custódia física da criança ao mesmo tempo. Significa dizer, que nada impede que a criança fique um tempo com a mãe e um tempo com o pai de forma alternada, pois isso não significa que ocorreu a aplicação da guarda alternada. Ademais, quem vai decidir como se dará a divisão do tempo dos filhos com os pais é o juiz ao analisar as peculiaridades do caso em concreto.

“A forma é repudiada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pois representa verdadeiro retrocesso, mesmo em relação à guarda unilateral, tanto por gerar alto grau de instabilidade nos filhos – ao fixar as referências de autoridades e regras de conduta em lapsos temporais estanques – como também por privar o genitor que não detém a guarda de qualquer controle sobre o processo de criação de seu filho.”⁷⁵

Em 2014, no Recurso Especial nº 1.428.596 – RS (2013/0376172-9)⁷⁶ de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, novamente, os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acordaram que deve-se aplicar o compartilhamento nos casos que envolvem guarda de menores:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDACOMPARTILHADA. 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.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1.251.000 – MG, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de Julgamento: 23/08/2011. Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1.428.596 – RS, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/06/2014. Data de Publicação: DJe 25/06/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj/inteiro-teor-25178210>>. Acesso em: 10 maio 2017.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
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.

Trata-se de ação de divórcio litigioso com pedido de guarda compartilhada e alimentos. O Tribunal de 2º grau do Rio Grande do Sul havia entendido que como não existia uma convivência harmoniosa entre os pais, deveria ser aplicada a guarda única. O genitor não guardião recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando que seus direitos em conviver diariamente com seus filhos estava sendo infringido, assim como o direito da criança em ter a participação ativa do pai em sua vida.

Os ministros se reportaram ao julgamento do Recurso Especial analisado anteriormente, deferindo, portanto, o compartilhamento. Entenderam, que no caso em questão não existia nenhum fundamento que pudesse ser considerado grave a ponto de ter que ser aplicada a guarda unilateral.

Aduz a Ministra Nancy Andrigui que:

“Se há, e na espécie não se apontou nenhuma, nódoa no comportamento do outro ascendente, essa questão deve ser brandida no curso do regular processo de guarda, dando-se as partes o direito de provar a existência de empeco insuperável à guarda compartilhada, decorrente de condições sociais, geográficas, ou pessoais de um dos genitores, nunca se afastar a guarda compartilhada por falta de consenso.”⁷⁷

Por meio da análise dos dois votos podemos afirmar que a tendência dos tribunais vem sendo de fato a aplicação do compartilhamento, o que corrobora com o art. 1584, § 2º do CC. Possuem o entendimento de que aplicar a guarda única somente pelo fato dos pais não conviverem em harmonia é o mesmo que negar o direito do menor, colocando o conflito entre

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Guarda Compartilhada. REsp 1.428.596 – RS, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/06/2014. Data de Publicação: DJe 25/06/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj/inteiro-teor-25178210>>. Acesso em: 10 maio 2017.

os genitores acima do direito que as crianças possuem de crescerem com um duplo referencial. Como explicado não é uma previsão absoluta, ou seja, pode ser que no caso concreto exista algum motivo grave que levaria a aplicação da guarda única, quando, por exemplo, a convivência com um dos pais é um risco para o menor, pois o mesmo sofre algum tipo de abuso físico ou psicológico ou quando por motivos de doença ou incapacidade um dos genitores não possui condições de ter a guarda.

Os conflitos entre o ex-casal poderiam ser amenizados se adotadas técnicas diversas à imposição da guarda. A mediação, técnica alternativa de resolução de conflitos, poderia ser mais explorada no direito de família visto que o seu objetivo é o de levar as partes a chegarem a uma solução, por elas mesmas, do seu conflito. Os pais se sentiriam mais confortáveis em exercer o compartilhamento se conseguirem, por meio da mediação, resolver os seus problemas. Trata-se de uma solução alternativa de conflitos que ao invés de impor uma solução levam as partes a uma conscientização.

3.2 A mediação como alternativa à imposição do compartilhamento

A mediação é uma alternativa de resolução dos conflitos, que diferentemente de uma ação proposta no judiciário, não possui a figura do juiz, mas sim, a presença de um mediador que é uma pessoa que não possui vínculo com as partes e que vai auxiliar os envolvidos a chegarem a uma solução para o conflito.⁷⁸

Um dos grandes avanços do Código de Processo Civil de 2015 foi a introdução da mediação no Direito de Família, conforme preceituam os artigos 693 a 699 do CPC. De acordo com o artigo 694 do CPC⁷⁹, quando o litígio for referente a ações de família deve-se sempre buscar a solução consensual do conflito devendo, inclusive, existir profissionais

⁷⁸ PINHEIRO, Raphael Fernando. **A mediação familiar como alternativa para a resolução dos conflitos familiares: o programa de mediação familiar do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11787>. Acesso em maio 2017.

⁷⁹ **Código de processo Civil de 2015:** “Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessado em: 27/05/2017

capacitados e disponíveis para auxiliarem as partes a resolverem suas desavenças por meio da mediação ou da conciliação. Inclusive, caso as partes requeiram, o juiz poderá suspender a ação judicial enquanto os litigantes resolvem seus problemas por meio de uma mediação extrajudicial ou por meio de um atendimento multidisciplinar.

A mediação pode ser utilizada nas ações de família que envolvem a guarda de menores, como uma alternativa à imposição da guarda compartilhada pelo juiz. Atualmente existe um entendimento por parte de alguns doutrinadores especialistas em Direito de Família, que a mediação pode e deve ir conquistando cada vez mais espaço nesta área do direito, já que o Estado não deve interferir a todo o momento nas relações familiares, os sujeitos possuem uma autodeterminação que necessita ser respeitada.

Entendimento este de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno:

“O crescimento e a utilização da mediação como estratégia de resolução de desordens familiares muito se devem ao reconhecimento da autodeterminação do sujeito, liberado para a livre condução das suas relações horizontais de família, pois estas deixaram de ser um monopólio do Estado diante do crescente reconhecimento de um livre trânsito da autonomia privada, afastando-se o Estado-juiz de obrigatoriamente intervir nas relações familiares existentes entre adultos e que respeitavam a faixa de sua própria autonomia. Para isto também contribuiu significativamente a crise que se instalou no Poder Judiciário com sua atual incapacidade de dar solução efetiva aos conflitos de ordem familiar, especialmente quando o próprio Estado admite não estar autorizado a interceder na comunhão de vida instituída pela família (CC, art. 1.513).”⁸⁰

Quando um conflito familiar é levado ao judiciário ao invés de acalmar os ânimos das partes, o que ocorre é que a disputa parece se intensificar mais. A impressão que fica é que os pais do menor já comparecem ao judiciário munidos de todas as armas para tentar desqualificar o outro genitor, com o objetivo de mostrar ao juiz que deve ser aplicada a guarda única, pois o outro genitor não possui condição de cuidar do menor da mesma forma que ele possui. Os pais se esquecem que o que está em jogo não é um objeto, mas sim seus filhos, que sofrem constantemente com os conflitos e que necessitam que seus pais consigam resolver as suas diferenças para que a falta de consenso entre eles não atrapalhe a relação que possuem com a criança e não atrapalhe o desenvolvimento psicológico e físico do menor.

⁸⁰ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 150

O que justifica a aplicação da mediação é o fato de que a proposta do instituto é fazer com que os pais se reúnam com um mediador para que em conjunto cheguem a uma solução do conflito. Diferentemente do que acontece em uma audiência com o juiz, os genitores não vão precisar expor os seus problemas para todo um judiciário, o que muitas vezes causa constrangimento e “lavação de roupa suja” e além disso, não é o juiz que vai decidir o que será feito, e como sabemos nem sempre a decisão do juiz é satisfatória para ambas as partes.

As partes irão debater os seus problemas e tentarão encontrar uma solução que seja satisfatória para elas e para o menor envolvido. O objetivo é leva-los a ter uma atitude conciliadora e facilitadora da negociação. O mediador vai fazer com que os envolvidos identifiquem qual conflito precisam resolver de forma a identificar as necessidades e os interesses dos genitores e posteriormente será realizado um acordo, que foi fruto da vontade de ambos.

Percebe-se que para as ações que envolvem a guarda o instituto da mediação possui uma importância muito grande, principalmente quando tratamos da guarda compartilhada. Conforme já explicado repetidamente, o compartilhamento é o melhor modelo e deve sim ser aplicado, pois garante a prevalência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na medida em que mantém na vida do menor a presença de ambos os pais. Da mesma forma, muito se falou da desvantagem do instituto que é a sua aplicação quando os pais estão em conflito, a ponto do conflito levar a tantas desavenças que o mais prejudicado seria a criança. Ocorre que com a mediação os genitores poderão, sem uma imposição judicial, resolver os conflitos e chegar a conclusão que o melhor para os filhos deles é a guarda compartilhada. Portanto, os conflitos que antes existiam poderão ser minimizados de tal forma que torne o compartilhamento mais efetivo.

Ademais, quando os pais conseguem criar uma harmonia entre eles e a mediação é eficaz, no momento de construírem um acordo, ninguém melhor do que eles para decidir como ocorrerá a divisão do tempo, de tal forma que possam compartilhar a guarda física. Eles sabem qual a rotina que eles possuem e que o filho possui, de modo que eles próprios poderão decidir como será a convivência. Depois de realizado o acordo, basta leva-lo para homologação já que envolve filhos menores.

O instituto da mediação é tão bem visto que a doutrinadora Maria Berenice Dias, em

entrevista dada à Revista Consultor Jurídico,⁸¹ acredita que a mediação no âmbito do direito de família é essencial e foi uma grande conquista no atual Código de Processo Civil, porém, o CPC ao tratar da mediação deveria ter reproduzido o modelo argentino, no qual, antes de propor uma ação perante o judiciário é preciso provar que tentou dar uma solução à lide por meio da mediação, de modo que todos os conflitos do direito de família obrigatoriamente teriam que antes de mais nada passar pelo processo da mediação.

“O que peca tanto na Lei da Mediação, mas basicamente no novo Código de Processo Civil, nesse ponto da mediação, é não ter copiado o modelo argentino. Para se entrar com uma ação na Justiça na Argentina, no âmbito das relações de família, é necessário comprovar documentalmente que foi tentada uma conciliação extrajudicial. Primeiro as pessoas têm que fazer uma tentativa de mediação e documentá-la. Este documento é expedido pelos serviços de mediação. É a forma mais eficaz de diminuir o número de processos na Justiça — que é a finalidade primeira de incentivar formas conciliatórias”⁸²

Conclui-se, portanto, que a guarda compartilhada é um dos institutos mais importantes do direito de família e que é preciso sempre buscar a sua aplicação, mas para isso é necessário que a sua efetividade não seja corrompida, pois, caso isso aconteça o que se tornaria a melhor solução para a criança, pode vir a ser muito prejudicial para o seu desenvolvimento e ela pode ser castigada duas vezes pela separação dos pais. A primeira, quando eles terminam o seu relacionamento amoroso e ela se sente triste e traída, com medo de perder um dos pais, e a segunda, quando é estabelecida a guarda compartilhada e eles não conseguem chegar a um consenso, a ponto de utilizarem seus filhos como armas para atingir o outro.

⁸¹ GALLI, Marcelo. **Restrições da Lei de Mediação atrapalham sua aplicação no Direito de Família.** Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 13 julho. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-13/entrevista-maria-berenice-dias-advogada-direito-familia>>. Acesso em 15 maio 2017.

⁸² GALLI, Marcelo. **Restrições da Lei de Mediação atrapalham sua aplicação no Direito de Família.** Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 13 julho. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-13/entrevista-maria-berenice-dias-advogada-direito-familia>>. Acesso em 15 maio 2017.

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos conclui-se que, de fato, a guarda compartilhada é o melhor modelo de guarda a ser aplicado, visto que, o melhor para o desenvolvimento das crianças seria a convivência com ambos os pais, um duplo referencial iria garantir que o menor alcançasse um maior crescimento intelectual, espiritual e moral, que dificilmente é alcançado em sua plenitude quando é aplicada a guarda única.

Ademais, o Código Civil ao priorizar o compartilhamento da guarda teve como objetivo atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, colocar as necessidades dos filhos em primeiro lugar e como consequência manteve o poder familiar com ambos os pais, coisa que a guarda unilateral não era capaz de fazer já que o guardião se achava no direito de ter o monopólio do poder familiar, fragilizando o poder do outro pai e o afastando do convívio com o filho, a ponto de existir a expressão “pais de domingo”.

O compartilhamento foi o responsável por garantir o duplo referencial para a criança e o adolescente e também por amenizar os impactos que a separação ou o divórcio podem vir a causar, já que o menor fica muito fragilizado com toda a situação e uma forma de tentar manter a normalidade seria a de mudar o mínimo possível a sua rotina. Sendo assim, quando ele percebe que mesmo com a separação dos pais vai continuar tendo o convívio com os dois, fica mais fácil de aceitar toda a situação.

A grande questão é que se as pessoas vivessem em um mundo ideal, os pais pensando no quanto é difícil e triste para a criança passar por todo o processo de separação, deixariam de lado todas as suas mágoas e frustrações acumuladas no período da separação e tentariam resolver as suas divergências pensando no bem-estar dos filhos. Porém, normalmente, não é o que ocorre. Na maioria dos casos os pais estão em conflito constante, a ponto de não conseguirem chegar a acordos simples, referentes ao dia-a-dia da criança.

Diante de situações de conflito entre os genitores, chegou-se a conclusão de que uma saída para tornar a guarda compartilhada efetiva, cumprindo de fato o seu papel de atender ao princípio do melhor interesse da criança, seria a aplicação do instituto da mediação. A mediação como uma forma de autocomposição de conflitos, faria com que os pais primeiro

conversassem para tentar resolver os problemas que possuem um com o outro e juntos alcançar uma solução que satisfaça a ambos e à criança.

Sendo assim, entende-se ser necessária a aplicação da mediação no direito de família, mais especificamente quando o assunto for a guarda do menor, visto que, em alguns casos a imposição do compartilhamento ao invés de ser bom para os filhos, pode fazer com que eles sejam inseridos em uma rotina constante de brigas e de desentendimentos o que seria péssimo para o seu desenvolvimento, seja físico, social ou psicológico. Com a mediação, as chances da guarda compartilhada ser melhor sucedida aumenta, já que o objetivo do procedimento é fazer com que os pais resolvam os problemas que geram o desentendimento, ou que pelo menos ele seja amenizado, de tal forma que eles próprios cheguem a conclusão de que a guarda compartilhada é o melhor caminho e deste modo evitando uma decisão judicial arbitrária.

REFERÊNCIAS

- MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SIMÃO, José Fernando. **Guarda Compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013**. Carta Forense, Rio de Janeiro, 17 de abril de 2017. Disponível em <www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 17.04.2017.
- DIAS, Maria Berenice. **Filho da Mãe**. Maria Berenice, Rio de Janeiro, 02 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_filho_da_m%E3e.pdf> Acesso em: 02.05.2017
- DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!**. Maria Berenice, Rio de Janeiro, 02 de maio de 2017. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/maneger/arq/\(cod2_603\)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/maneger/arq/(cod2_603)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf)> Acesso em: 02.05.2017
- PINHEIRO, Raphael Fernando. **A mediação familiar como alternativa para a resolução dos conflitos familiares: O programa de mediação familiar do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, Junho 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11787>. Acesso em 17.05.2017.
- GALLI, Marcelo. **Restrições da Lei de Mediação atrapalham sua aplicação no Direito de Família**. Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 13 julho. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-13/entrevista-maria-berenice-dias-advogada-direito-familia>>. Acesso em 15 maio 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil. Recurso Especial. Pedido de guarda compartilhada de menor por tio e avó paternos. REsp 1147138 – SP, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de julgamento: 11/05/2010. Data de

Publicação: DJe 27/05/2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 10/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil. Recurso Especial. Direito Civil e processual civil. Família. Guarda Compartilha. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. REsp 1.251.000 – MG, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de julgamento: 23/08/2011. Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 10/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil. Recurso Especial. Direito Civil e processual civil. Família. Guarda Compartilha. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. REsp 1.428.596 – RS, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Data de julgamento: 03/06/2014. Data de Publicação: DJe 25/06/2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj/inteiro-teor-25178210> >. Acesso em: 10/05/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação. Regulamentação de visita Avoenga. Parcial Procedência. Apelação nº 0011904-58.2009.8.19.0014 – RJ, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, Data de Julgamento: 13/09/2013. Data de Publicação: DJe 23/09/2013. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380606408/apelacao-apl-119045820098190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-1-vara-de-familia> >. Acesso em: 25 maio 2017

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**, Brasília, DF: Senado Federal, 2015

BRASIL. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União -I, Brasília, p. 22.256 e ss, 21/11/1990

Decreto-lei 3200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Diário Oficial da União, Brasília, 19/04/1941

Decreto-lei 9.701, de 03 de setembro de 1946. Dispõe sobre a guarda dos filhos no desquite judicial. Diário Oficial da União, Brasília, 03/09/1946

Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil brasileiro**. Diário Oficial da União, Brasília, 01/01/1916

Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Estatuto da Mulher Casada**. Diário Oficial da União, Brasília, 03/09/1962

Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. Diário Oficial da União, 27/12/1977

Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 13/07/1990

Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da União, 13/06/2008

Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 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. Diário Oficial da União, 13/06/2008

IBGE. **Estatística do Registro Civil**, Rio de Janeiro, 2015.