

## GUARDA COMPARTILHADA

Flavio Luciano Rodrigues

Roger Uilian Werlang

Peterson Fernando Schaedler

## Resumo

**RESUMO:** O presente artigo vem fazer colocações sobre Guarda Compartilhada com objetivo de entender a legislação vigente, pretende-se com estas reflexões buscarem saídas e aplicações objetivas envolvendo a guarda dos filhos, procurando reduzir o romantismo e a emoção que influenciam negativamente os operadores do direito de família. A Guarda compartilhada ou Conjunta no que diz respeito a guarda jurídica da criança e adolescente. O papel que os pais exercem juntos na vida da criança e adolescente sem precisar estar morando na mesma casa, sempre tendo em vista o bem estar dos mesmos.

**Palavras-Chaves:** Custódia. Tutela Compartilhada. Criança e Adolescente. Pais.

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da guarda compartilhada ou guarda conjunta vem para socorrer as deficiências que outros modelos de guarda, principalmente o da guarda dividida onde há o tradicional sistema de visitas. Tais modelos, ao privilegiar sobremaneira a mãe, na esmagadora maioria dos casos, levam os profundos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social, no seu desenvolvimento.

O direito de família é um direito civil ligado a todos os cidadãos. Como a transformação na questão da guarda advém do rompimento da convivência conjugal, evoluções na guarda dos filhos fizeram-se necessárias, para evitar que a responsabilidade da guarda dos filhos recaísse sobre um dos genitores apenas.

Pode-se observar normalmente que a guarda dos filhos ficam com as mães e os pais apenas ficavam com a responsabilidade de pagar pensão, não participando da formação, social, psicológica, cultural e econômica, assegurando desta forma ao menor maior interação do laço emocional entre pais e filhos. Dessa forma vamos

esclarecer o que é guarda e suas definições a partir da ruptura conjugal. É possível o desenvolvimento e aplicação desse instituto?

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Conceito e previsão legal

O Estatuto da criança e do adolescente vem esclarecer que:

Guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (ECA, art. 33)

A Constituição Federal esclarece o papel que os pais e a sociedade devem exercer em relação aos filhos menores.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (Artigo 227 - Constituição Federal).

"Os pais tem dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.(Artigo 229 - Constituição Federal).

A expressão guarda deriva do alemão wargem, do inglês warden e do francês garde, podendo ser interpretado de uma forma genérica para expressar vigilância, proteção, segurança, um direito-dever que os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos. Exprime proteção, observação, vigilância ou administração.

A expressão guarda de filhos é uma locução indicativa, ora de direito, ora de dever, que estabelece aos cônjuges, em conjunto ou a cada um, de zelar e proteger a prole nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. Nestesentido, guarda significa custódia e proteção que é devida aos filhos pelos pais.

O instituto da guarda, implícito no texto constitucional vem assegurar a toda criança o direito de ter um guardião a protegê-la, prestando-lhe toda assistência na ausência dos genitores, porém não se confunde com o pátrio poder. Pois a guarda pode ser exercida isoladamente e o pátrio poder pode existir sem a guarda.

Segundo Monteiro, (2016, p. 422):

A guarda unilateral, até o advento da lei n. 11.698, de 11 de junho de 2008, era a mais frequente, já que não havia a regulamentação legal da guarda compartilhada. Esta estabeleceu, com natureza preferencial, a guarda compartilhada, ao modificar o art. 1.584, § 2o, do Código Civil, e dispôr que sua aplicação deve ocorrer sempre que possível, e a lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, manteve a mesma preferência, ao alterar esse mesmo dispositivo legal e estatuir que a guarda compartilhada deve ser fixada desde que ambos os genitores estejam aptos ao exercício do poder familiar.

As transformações sociais sentidas, que determinaram mudanças comportamentais nas relações familiares, exigiram aperfeiçoar os mecanismos de proteção dos menores. Principalmente nas duas últimas décadas, cresceu de forma considerável o envolvimento dos pais com os filhos, o que acarretou uma luta maior pela possibilidade de estar com eles maior tempo e de compartilhar a guarda com a mãe, muitas vezes inclusive assumindo papéis outrora reservados à mulher.

Dessa forma a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passou por algumas transformações nos arts. 1.583 e 1584, que passa a ser definida como Lei Nº 11.698, de 13 de Junho de 2008.

Conforme Resolução da Lei 11.698, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: art. 1o Os arts. 1.583 e 1.584 da, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupofamiliar; II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO). (NR)

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

- requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas

atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (NR)

Art. 2o Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação. (Brasília, 13 de junho de 2008; 187o da Independência e 120o da República.)

Para justificar esse novo sistema de adoção na própria realidade social e judiciária, a lei 11.698, vem para melhor garantir e reforçar a igualdade de interesses das crianças responsabilizando os pais. A Guarda dos filhos pode ser diferenciada de quatro maneiras: guarda alternada, guarda exclusiva, guarda dividida, guarda compartilhada.

## 2.2 Características do instituto

Há uma grande diferença entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, a qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, divide-se o tempo de permanência destes com os pais em suas respectivas residências, nada mais que isso. Essa modalidade está fadada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções (VENOSA, 2018).

A Guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem

estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica (VILELA, 2018).

Na guarda alternada, que não é bem vista no direito brasileiro, estabelecem-se períodos em que o filho permanece com um dos genitores e depois com o outro, sendo que, durante cada um desses períodos, um dos pais exerce a guarda com exclusividade (MONTEIRO, 2016).

No período alternado da convivência com um dos pais, exerce-se exclusivamente a totalidade de poderes-deveres na questão sustento, educação, correção, fiscalização, responsabilidade.

O Aninhamento ou nidação é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal, por isso pouco utilizada. (VENOSA, 2018).

A Guarda Dividida se caracteriza quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo visitas periódicas do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais, que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos (VILELA, 2018).

Com a atuação decisiva do movimento feminista, aliadas a circunstâncias socioculturais, culminaram em profundas reformas no Direito de família, ocorridas a partir de 1962, com a superveniência da Lei nº 4.121, que alterou a regulamentação do regime de guarda de filhos (art. 326 do Código Civil).

Com a Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), o legislador procurou preservar esta evolução, regulamentando a guarda dos filhos através de hipóteses abrangentes, claras e objetivas, mas relativas, posto que permitem ao magistrado socorrer-se de outras formas de fixação do regime de guarda, de acordo com o caso concreto.

### 2.3 Cooperação entre os pais

A Guarda Compartilhada ou Conjuntase refere a uma guarda onde pai e mãe dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações importantes relativas à criança.

Nesse instituto um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, com a responsabilidade de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não deve limitar a supervisão da educação dos filhos, mas participar como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, saúde, lazer, estudos, enfim na vida do filho (VILELA, 2018)

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação como pai e mãe, havendo co-participação em igualdade de direitos e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, que visa o bem estar dos filhos através de benefícios grandiosos nas relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes.

Esse instituto surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. Busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais (VILELA, 2018).

Segundo o estudo de Monteiro, (2016, p.423):

Na guarda compartilhada, ambos os genitores participam igualmente da educação e de todos os deveres e direitos perante a prole. É solução que privilegia os laços entre pais e filhos. Nessa espécie, ambos os pais mantêm a guarda dos filhos após a dissolução da comunhão de vidas no casamento ou na união estável, ou mesmo em caso de filhos havidos de relação que não seja uma entidade familiar, de maneira que ambos mantêm a responsabilidade pela tomada de decisões.

As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelos Estados, para proteção integral dos menores.

A família permanece unida, o menor desfruta dos dois genitores. Cria uma nova estrutura e a responsabilidade parental concentra em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. Na realidade social surgem cada vez mais conflitos envolvendo relações paterno-filiais, porém são escassas as normas legais a respeito. (VENOSA, 2018).

A guarda compartilhada é o exercício comum da autoridade parental, reservando o cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores. O equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família (VILELA, 2018).

A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar e mudanças cada vez mais rápidas na sociedade e nos núcleos familiares, procuram-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição eqüitativa da autoridade parental (VILELA, 2018)

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda conjunta como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações e conseqüentemente tentar promover a saúde física e mental dos filhos.

Dos efeitos da Guarda Compartilhada em relação ao casamento, o exercício da guarda é comum, e tem-se a idéia de que toda a decisão tomada por um dos genitores é natural e conscientemente aceita pelo outro, sempre visando o bem estar dos filhos (VILELA, 2018).

É neste exato momento que a guarda compartilhada aparece e propõe uma diminuição dos efeitos negativos da ruptura da sociedade conjugal sobre a pessoa dos filhos. (VENOSA, 2018).

As famílias mesmo descompostas, independentes dos motivos, permanecem biparental.

A guarda compartilhada viável em nosso direito, deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que a criança tenha uma residência principal



(tanto na casa do pai como na casa da mãe), que seja próxima de seu convívio socialhabitual.

A guarda compartilhada é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é também bem sucedida ainda quando os pais não tenham um bom diálogo entre si, mas que saibam distinguir seus conflitos conjugais do exercício da parentalidade.

A esse respeito, VENOSA (2018, p. 209) declara:

É certo que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. E para isso não são necessárias leis, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores e juízes atentos com sua realidade social. A nova lei traz outras superfetações introduzidas no art. 1.584, bem como normas de direito procedimental como a nova redação ao art. 1.585, sobre medidas cautelares, exigindo que, salvo urgências, só poderão ser concedidas após a oitiva das partes.

As principais vantagens são permitir um maior contato dos filhos com ambos os pais após a separação ou divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles. A guarda compartilhada favorece o envolvimento do genitor não guardador no cuidado aos filhos. As mães, com quem regularmente ficam os filhos, são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos de vida (VILELA, 2018).

Como desvantagens são apontadas as tentativas de centrar a guarda compartilhada na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais, na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada com o meio para negociar menor valor da pensão alimentícia, e na sua viabilidade para famílias de classe socioeconômica mais baixa.

A criança pode e deve privar da presença dos dois genitores. Pode passar um período com a mãe e, igualmente com o pai, sem que, portanto, se estabeleçam rigidamente períodos alternados com um ou com outro genitor. A residência continua sendo única, o que não impede o deslocamento da criança. (VENOSA, 2018).

Na contextualização da importância desse instituto para o desenvolvimento da criança é importante observar o estudo de Coltro (2017 p.328), ressaltando que a “complementaridade, a cooperação e o compromisso compõem a essência do cuidado compartilhado entre os pais, minimizando as consequências negativas decorrentes da separação”.

### 3 CONCLUSÃO

Entende-se que a guarda compartilhada apresenta-se como opção adequada à solução de conflitos relativos à guarda dos filhos de pais que não mais convivem juntos. Se tratando de um novo conceito, a guarda compartilhada ainda não encontrou suficiente sustentação para seu desenvolvimento, contudo, se não procurarmos uma teoria crítica do direito de família, será muito difícil dar aplicação ao novo, seja em matéria técnica, seja em matéria prática.

No entanto, entendemos que o juiz não deverá impor tal regime, mas recomendar, sempre que possível avença entre os pais neste sentido, a fim de que se evitem os prejuízos decorrentes das desavenças e conflitos entre os pais no tocante à criação do filho. Em casos como este, os prejuízos advindos da imposição superarão a de um sistema de guarda dividida, bem regulado, a ser admitido, contudo, apenas em casos excepcionais.

Enfim, o bom senso dos profissionais que atuam nesta área e a maturidade dos envolvidos é que são requisitos indispensáveis a uma eficiente aplicação deste instituto, possibilitando uma consequente e adequada solução dos atritos.

A guarda compartilhada vem fazer com que ambos os pais exerçam o papel de formação dos filhos social, cultural, econômica e psicológica, dessa maneira os genitores atuam ativamente na vida dos filhos não rompendo o laço emocional.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Vade mecum acadêmico de direito Saraiva. 19.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm). Acessado 18.09.2019.

VILELA, Sandra. Guarda dos Filhos. Disponível em: <http://www.pailegal.net/index.php/guarda-compartilhada>. Acessado 18.09.2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, : direito da família. 43. São Paulo Saraiva Educação 2016 recurso online.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil, v. 5 : família. 18. Rio de Janeiro Atlas 2018 recurso online.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Guarda compartilhada. 3. Rio de Janeiro Forense 2017 recurso online.

Sobre o(s) autor(es)

Flavio Luciano Rodrigues - Acadêmico VII período de Direito - UNOESC

Roger Uilian Werlang-Acadêmico IX período de Direito - UNOESC

Peterson Fernando Schaedler- Mestre e professor coordenador do Curso de Direito Universidade-UNOESC.