

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ANA LUIZA PIRES MOREIRA**

GUARDA COMPARTILHADA: a facultatividade em sua aplicação

**Juiz de Fora
2016**

ANA LUIZA PIRES MOREIRA

GUARDA COMPARTILHADA: a facultatividade em sua aplicação

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Ms. Cláudio Roberto Santos.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

ANA LUIZA PIRES MOREIRA

GUARDA COMPARTILHADA: a facultatividade em sua aplicação

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Ms. Cláudio Roberto Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Orfeu Sérgio Ferreira Filho
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Dra. Kelly Cristine Baião Sampaio
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 18 de julho de 2016.

Agradeço à minha família, em especial à minha mãe, ao Charles e às minhas irmãs pelo apoio incondicional; às minhas meninas pelo incentivo e companheirismo sempre que eu desanimava; e à Dra. Samyra, pelas ideias e materiais para elaboração deste estudo.

“O impossível é apenas uma grande palavra usada por gente que prefere viver no mundo como ele está, em vez de usar o poder que tem para mudá-lo, melhorá-lo. Impossível não é um fato. Impossível não é uma declaração. É um desafio. É hipotético. É temporário. O impossível não existe.” Muhammad Ali

RESUMO

As constantes mudanças sociais ocorridas ao longo do tempo acarretaram alteração do papel do par parental nas relações familiares e, principalmente, na vida dos filhos, modernizando o conceito de guarda e prevendo modalidades que coadunam com os interesses sociais. Com a edição das Leis nº 11.698/08 e nº 13.058/14, que versam expressamente sobre guarda compartilhada, verifica-se a busca por equilíbrio de período de convivência do filho fruto de um lar desfeito com seus genitores, sem que o menor sofra com a dissolução da sociedade conjugal. A guarda compartilhada deve sempre atender aos princípios constitucionais e legais do superior interesse do menor, da proteção integral da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, podendo ser considerada grande evolução no Direito de Família. Nesse sentido, caso não estejam sendo preservados os mencionados princípios, não se compreende benéfico ou salutar ao menor a aplicação desta modalidade de guarda, contrariamente ao entendimento de parte da doutrina. O Novo Código de Processo Civil pode auxiliar sobremaneira na análise acerca da aplicação da guarda compartilhada em observância ao bem-estar do menor, através das audiências de mediação e conciliação e da equipe multidisciplinar para estudar o caso. Assim, visa o presente estudo a analisar acerca da possibilidade de a guarda compartilhada ser considerada de aplicação facultativa. Nesse espeque, devem ser observados alguns fatores e algumas condições para que o magistrado aplique o compartilhamento da custódia do menor.

Palavras-chave: Autoridade parental. Par parental. Responsabilidade. Superior interesse do menor. Proteção integral.

ABSTRACT

The constant social movements brought about changes in the role of parents in family relations, especially in the lives of children, modernising the concept of custody and anticipating methods that are in line with social interests. The enactment of Laws No. 11.698/08 and No. 13.058/14, which expressly provide for shared custody, made possible the search for a balance in the relationship between parents and their children in a scenario of a broken home without having the children suffer with the dissolution of the marital society. The shared custody should always comply with the constitutional and legal principles of the best interests of the child, the full protection of children and adolescents and the dignity of the human person and can also be considered a great breakthrough. In this sense, should the aforementioned principles are not observed, it is not beneficial or healthy for the child the choice for this type of custody, which goes in different direction to part of the doctrine understanding. The new Civil Procedure Code can greatly assist in the analysis on the implementation of shared custody in compliance with the well-being of the child, through mediation and conciliation hearings and multidisciplinary team to study the case. Thus, this study aims to analyse the possibility of considering shared custody as an alternative. In that scenario, some factors and conditions must be observed so that the judge can decide for the child shared custody arrangement.

Keywords: Parental authority. Parents. Responsibility. Best interests of the child. Full protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CFRB/88	Constituição da República Federativa Brasileira
CCB/02	Código Civil de 2002
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NO BRASIL.....	11
2.1 a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77)	11
2.2 a Constituição Federal de 1988	12
2.3 o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)	13
2.4 o Código Civil de 2002	14
2.5 a Lei nº 11.698/08	15
2.6 a Lei nº 13.058/14	16
3 O INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	18
3.1 guarda compartilhada	18
3.2 guarda compartilhada X guarda alternada	20
3.3 fatores e condições a serem observados na aplicação da guarda compartilhada.....	21
4 A FACULTATIVIDADE NA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	24
4.1 os reflexos do novo Código de Processo Civil na aplicação da guarda compartilhada	29
5 CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS	34

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui a finalidade de analisar se a guarda compartilhada, após a edição da Lei da Igualdade Parental ou Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/14), ainda pode ser considerada de aplicação facultativa, diante do caso concreto, ao contrário do que se depreende de sua redação, que traz a ideia de que esta modalidade de guarda passa a ser regra no nosso ordenamento jurídico, sendo afastada tão somente quando um dos genitores renuncia expressamente à guarda de seu filho menor ou quando o magistrado verifica que um dos genitores não possui condição de ser guardião do menor.

Para tanto, será realizada uma análise doutrinária acerca do tema, estudando, no capítulo 2, as modificações ocorridas no instituto da guarda e nas relações familiares desde o surgimento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), até a atualidade, com a redação da nova lei já mencionada, que traz às relações familiares uma maior igualdade parental e uma maior participação dos genitores na vida de seus filhos, mesmo em situação de rompimento da sociedade conjugal, ao prever a modalidade de guarda compartilhada como preferencial.

Assim, o presente estudo traz, em seu segundo capítulo, uma breve exposição do histórico acerca das relações familiares, da autoridade parental e da guarda, iniciando pela Lei nº 6.515/77, que trouxe a primeira previsão de que o juiz pode decidir o caso concreto nas ações de guarda de forma diferente da já prevista em lei, caso verifique ser mais favorável ao superior interesse do menor. Após, é feita uma breve análise da Constituição Federal de 1988 (CFRB/88), que, em seu texto, prevê a igualdade entre o par parental, a proteção dos filhos e o respeito aos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e do superior interesse do menor, abarcando os direitos fundamentais do menor e os deveres dos pais a fim de garantirem aos filhos tais direitos.

Passa-se, ainda, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, que traz em seu texto formas de proteção aos direitos fundamentais do menor e aos princípios supramencionados, previstos pela CFRB/88. Posteriormente, analisa-se a redação do Código Civil de 2002, que traz um capítulo dedicado exclusivamente à proteção dos interesses do menor, legislando acerca da forma de definição da guarda dos filhos em situações de extinção da sociedade conjugal, de acordo com a previsão constitucional e legal, retirando da análise da guarda quem do par parental deu causa à separação ou ao divórcio.

Ao final do capítulo, chega-se a uma breve análise das Leis nº 11.698/08 e nº 13.058/14, que modificaram a redação do Código Civil, abarcando a previsão atual de definição e aplicação de guarda em seu texto legal, bem como ampliando os direitos e deveres do par parental com relação ao menor, tudo em prol dos interesses deste.

No capítulo 3, adentra-se na conceituação acerca do instituto da guarda compartilhada, apresentando as duas formas em que ela pode ser aplicada: legal e física, bem como seu objetivo, sua finalidade e as formas que o magistrado possui para ser auxiliado na análise de sua aplicação. Apresenta-se, ainda, neste capítulo, uma necessária diferenciação entre a guarda compartilhada física e a guarda alternada, bem como uma mais necessária ainda exposição acerca do que é fundamental ser apreciado enquanto condição para aplicação da guarda compartilhada.

Assim, entende-se pela necessidade de uma relação minimamente harmônica entre o par parental, de responsabilidade dos pais para o cumprimento de seus deveres e a proteção dos direitos dos menores, do respeito ao período de tempo de convívio de cada genitor com seu filho, da tomada de decisões em conjunto e, principalmente, do atendimento ao superior interesse do menor, à proteção integral à criança e ao adolescente e à dignidade da pessoa humana.

Por fim, no capítulo 4 é feita uma apreciação acerca da facultatividade na aplicação do instituto da guarda compartilhada, nas ações em que se discute a guarda do menor e em que os pais não fazem prévio acordo acerca de como ela deve ser estabelecida. Neste sentido, pondera-se que, quando não se veem presentes os fatores e as condições apresentados para a aplicação da guarda compartilhada, ela não deve ser determinada pelo magistrado, eis que traria prejuízo ao menor cuja guarda é disputada pelos genitores, eis que iria de encontro à proteção integral e ao superior interesse deste, permitindo, dessa forma, que viva em meio a constante conflito entre o par parental.

Assim, encerra-se o presente estudo apreciando como o Novo Código de Processo Civil, com a primazia pela conciliação e a devida observância aos princípios constitucionais e legais, pode auxiliar o magistrado na aplicação da guarda compartilhada, tendo em vista os instrumentos previstos pelo diploma legal mencionado, relativos à equipe multidisciplinar para elaboração de estudo do caso concreto e às audiências de mediação e conciliação.

2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NO BRASIL

Compete aos genitores criar seus filhos enquanto estes não atingirem a maioridade, garantindo a eles proteção, vigilância, administração de seus interesses. A tal “função” se dá o nome de guarda, oriunda da autoridade familiar.

Conforme conceitua Jorge Shiguemitsu Fujita (2011, p. 86), guarda é o instituto através do qual uma pessoa maior de dezoito anos, não havendo que ser obrigatoriamente o genitor, assume a responsabilidade sobre um menor, passando a ter o dever de garantir a ele toda a assistência moral e material de que necessita para crescer de forma saudável. Assim, deve o guardião (aquele que detém a guarda) prover ao menor alimentação, higiene, vestuário, moradia, educação, lazer, saúde, afeto.

A fim de regulamentar o instituto da guarda, o direito brasileiro passou por algumas mudanças normativas que são consideradas de suma importância, conforme veremos a seguir.

2.1 A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77)

No Brasil, no final do ano de 1977, com o surgimento da Lei 6.515, Lei do Divórcio, passou-se a conferir aos genitores o direito de decidir sobre a guarda dos filhos em situação de dissolução da sociedade conjugal através da separação judicial consensual (art. 4º da mencionada lei), de forma inovadora e contrariamente ao que ocorria anteriormente, em que a guarda sempre era entregue à mãe, provedora do afeto nas relações familiares. Todavia, quando a separação era litigiosa, cabia a guarda do filho menor ao cônjuge que não deu causa ao rompimento da relação. Já em caso de ambos os cônjuges terem sido causadores da ruptura da sociedade conjugal, a guarda dos filhos era conferida à mulher.

Contudo, ao contrário do que se via até então na sociedade brasileira, era permitido ao magistrado, no momento da separação judicial, decidir de maneira diferente caso entendesse que a definição da guarda como acima explicitado traria prejuízo ao filho, situação em que a proteção deste seria atribuída a um terceiro, familiar de reputação idônea, conforme preconiza o art. 10, § 2º da Lei do Divórcio.

Aqui, o que se verifica é o início do entendimento de que deve ser preservado o interesse do menor em situações de encerramento da sociedade conjugal, grande novidade

para o direito familiar brasileiro, eis que demonstra uma ruptura com o modelo de família trazido há séculos de que o homem é quem detém toda e qualquer autoridade familiar.

No que se refere à guarda compartilhada, cabe destacar o posicionamento de Sérgio Gisckow Pereira (1986). *In litteris*:

No afã de cada vez mais aperfeiçoar os mecanismos de proteção aos menores, profissionais do direito, da medicina, da educação, da sociologia, etc., buscam novas fórmulas para atenuar o impacto negativo de situações familiares conflitantes e de quadros de abandono. Cuida-se de tentar reduzir os efeitos patológicos, sob o prisma psíquico, das circunstâncias adversas vivenciadas por quem está em fase de constituição da personalidade e do caráter. Nesta perspectiva, vem-se estudando em nosso país a guarda ou custódia conjunta, ou seja, a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados. (...) Relevante é ressaltar, está evidenciado, pela experiência alienígena, que pelos menos em determinado número de hipóteses reais se mostra valiosa a guarda conjunta para o bem-estar do menor, razão bastante para uma maior análise da questão.

Antes mesmo do surgimento de tal conceito de guarda de forma legal, o mencionado autor escreveu um artigo trazendo esta previsão noticiosa. Em seu trabalho, afirma que o bem-estar das crianças e adolescentes envolvidos em disputas de guarda deveria sempre ser priorizado, a fim de buscar novas fórmulas de minimizar o impacto negativo de situações familiares conflitantes.

2.2 A Constituição Federal de 1988

No ano de 1988, o surgimento da Constituição Federal (CRFB/88) foi um grande marco na transição do conceito de família, uma vez que trata o tema de forma mais humanista e prevê a igualdade de todos perante a lei, não colocando o homem acima da mulher, igualando, ainda, os direitos e deveres entre o casal na sociedade conjugal, o que vai de encontro com os costumes sociais anteriormente preconizados, de que o homem era, por dever, provedor do lar e a mulher, por sua vez, detinha a responsabilidade de cuidar da casa e de educar os filhos.

Tal entendimento é extraído do art. 5º, *caput* e inciso I, e do art. 226, § 5º, ambos da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição;

Art. 226. (...)

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Ademais, foi abarcada na redação da Lei Maior, em seu capítulo VII, a proteção do Estado à instituição familiar, eis que considerada a base da sociedade (art. 226, da CF/88), prevendo, em seu art. 227, o chamado princípio da proteção integral do menor, ao determinar que é dever tanto do Estado, quanto da família e da sociedade assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à dignidade, à saúde, à educação, à alimentação, à cultura, à profissionalização, ao lazer, ao respeito, à convivência familiar e comunitária e à segurança.

2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em observância à igualdade trazida pela CF/88, previu, de forma clara, em seu art. 21, a igualdade do par parental, dirimindo qualquer dúvida que porventura existisse sobre o tema, ao afirmar que o poder familiar será exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. Este texto modificou sobremaneira a visão de que a figura paterna representa o chefe da sociedade familiar e de que apenas ele possui autoridade perante os filhos.

Tais previsões abarcadas pelo texto legal são de suma importância ao ordenamento jurídico e à sociedade como um todo, eis que transformaram as relações familiares e o conceito de pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, conforme entendem Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 26):

Hoje em dia o conceito de pátrio poder não se restringe apenas à noção de ser um direito exclusivo dos pais decidirem sobre o futuro dos seus filhos da maneira como melhor lhes convém, posto que, com a incontestável assunção da moral cristã nos países ocidentais, o pátrio poder mudou, e **passou a ser delineado pelos princípios de mútua compreensão e da afetividade, assumindo características de direito protetivo, de forma que todos os membros do núcleo familiar passaram a ser vistos individualmente como pessoas detentoras de direitos e deveres em iguais proporções, logo, merecedoras de tratamento igualitário.** (grifo meu)

Ainda, em seu art. 19, o ECA preconiza que os menores possuem direito de serem criados e educados no seio de suas famílias, e, em situações excepcionais, em famílias substitutas, devendo ser assegurada sua convivência familiar. Assim, em tal texto legal, a guarda possui a finalidade de regularizar a posse de fato, observando sempre a proteção sociojurídica integral do menor, proposta pela ONU (Organização das Nações Unidas).

Saliente-se, também, que em tal norma legal, em seu art. 33, é assegurado, em favor do menor, o dever legal dos genitores de sustento, guarda e educação dos filhos, cabendo àqueles concretizar e efetivar as necessidades e as aspirações destes, enquanto carecedores de cuidados, demonstrando a responsabilidade dos ascendentes com a sua prole e a importância da manutenção do vínculo parental para o menor.

No entanto, o ECA abarca previsões de guarda mais no que se refere à colocação do menor em famílias substitutas do que ao exercício da autoridade parental sobre o mesmo, trazendo, contudo, algumas novidades relativas ao exercício dos deveres e direitos dos genitores com relação ao filho, o que refletiu em previsões futuras do instituto da guarda, conforme se verá no decorrer do presente estudo.

É de se ressaltar que, dentre as previsões do ECA no que se refere à guarda no sentido de colocação do infante em família substituta, se não for o caso de posterior adoção por tal família, prevê que a guarda conferida a terceiro não suspende ou extingue o poder familiar (DIAS, 2016), mantendo o direito de convivência do menor com seu par parental, se tal direito não prejudicar o interesse do infante.

2.4 O Código Civil de 2002

Em 2002, o Código Civil Brasileiro (CCB/02), entendendo a importância do melhor interesse do menor, mas ainda de forma insuficiente ao tratar da guarda, trouxe um capítulo destinado exclusivamente ao tema, denominado “Da proteção da pessoa dos filhos” (Livro IV, Título I, Capítulo XI), em atenção às previsões trazidas pelo ECA e pela Constituição Federal.

Assim, a redação original dos arts. 1.583 e 1.584 do CCB/02 dispunha que cabia ao casal separando decidir sobre a guarda dos filhos, afastando a preferência da mãe pela guarda nas ações de separação judicial litigiosas, não trazendo consequências sobre quem do par parental deu causa à separação. *In verbis*:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

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 de 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 a 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.

Ainda não se vê em tal instituto a previsão da guarda compartilhada, entretanto, já se observa a transposição de barreiras relacionadas aos costumes sociais trazidos há décadas acerca da dissolução da sociedade conjugal e as consequências trazidas por ela, enxergando a separação e o divórcio de forma mais natural, sem se falar em culpa e, com isso, atribuindo relevância ao que realmente importa na ruptura familiar: o interesse do menor.

2.5 A Lei 11.698/08

A Lei 11.698, de 2008, trouxe nova redação a alguns artigos do CCB/02, passando a guarda compartilhada a ter prioridade de aplicação pelo magistrado quando as partes litigantes em uma ação judicial não entram em acordo, o que não impede que esta seja aplicada através de pedido consensual pelos genitores do menor.

Assim, pai e mãe passam a dividir direitos e deveres na criação do filho quando aplicada tal modalidade de guarda, devendo as decisões referentes à educação, à saúde e ao bem estar do menor serem tomadas em conjunto pelo par parental.

Nesse espeque, o art. 1.583, do CCB/02, passou a prever que a guarda será unilateral ou compartilhada, conceituando-as:

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, § 5.º) 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.

Interessante observar que tal previsão permite que o pai participe mais da vida de seu filho, diferente do que acontecia anteriormente, eis que, de maneira usual, a guarda era

deferida unilateralmente à mãe, excluindo-se o genitor, na maioria das vezes, da educação e do dia-a-dia do menor e não permitindo um grande estreitamento da relação paterno-filial.

Ademais, previu a nova redação do artigo supracitado que a guarda, se unilateral, será conferida ao genitor que apresentar melhores condições de exercê-la, a fim de proporcionar ao menor os direitos fundamentais previstos pela Carta Magna, nos já citados arts. 226 e 227.

2.6 A Lei 13.058/14

Sancionada no ano de 2014, a Lei 13.058, denominada Lei da Igualdade Parental, trouxe ao Direito brasileiro um novo conceito de guarda compartilhada para complementar o já abarcado pela Lei 11.698/08, reduzindo substancialmente o uso da guarda unilateral, ou, pelo menos, essa era a ideia com a edição da mais recente lei sobre o tema.

Conforme preleciona Fernanda Rocha Lourenço Levy (2016, p. 124):

Sob o ângulo pedagógico, as novas disposições visam dar ênfase ao compartilhamento do exercício dos direitos e deveres do poder familiar e da responsabilidade parental em casos de inexistência ou rompimento de relação conjugal entre os pais de filhos comuns.

Nesse sentido, a lei é projetada com o objetivo de enaltecer e garantir formalmente a participação ingualitária da figura paterna na criação e educação de seus filhos, buscando gerar uma nova cultura e transformar o paradigma vigente que prestigia a guarda unilateral conferida à mãe.

Assim, a nova lei traz consigo a ideia de responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres de forma igualitária entre o par parental que não viva sob o mesmo teto, referentes ao poder familiar dos filhos em comum.

Nesse sentido, novamente, os arts. 1.583 e 1.584, do CCB/02, tiveram sua redação alterada, passando a prever que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio dos filhos deve ser dividido, de forma equilibrada, com os pais, observando-se, sempre, o melhor interesse do menor e as condições fáticas, sendo considerado como referencial domiciliar deste, o lar que melhor atender às suas necessidades.

Ainda, leciona que, não havendo consenso entre os genitores acerca da forma de fixação da guarda do menor e estando ambos os pais aptos a exercerem tal função, pode a guarda compartilhada ser decretada de ofício pelo juiz.

Tal previsão traz enormes discussões doutrinárias, levantando questionamento se a obrigatoriedade da guarda compartilhada é benéfica aos filhos ou se esta pode ser

considerada de aplicação facultativa. Afinal, como pode o magistrado, baseado tão somente em critérios objetivos trazidos pela Lei, decidir uma questão tão delicada quanto a guarda de uma criança?

3 O INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Guarda compartilhada

Do ponto de vista jurídico, entende-se por guarda compartilhada a modalidade em que ambos os genitores da criança ou do adolescente são detentores da autoridade parental, sendo possível a ambos tomar as decisões concernentes à vida dos filhos. Assim, permite-se que sejam mantidos os laços de afetividade entre o núcleo familiar, a fim de que se minimizem os efeitos da ruptura do lar conjugal na vida do menor, tanto no que se refere à relação paterno/materno-filial, quanto no que se refere à autoridade exercida pelo par parental e, mais ainda, no que se refere ao princípio do melhor interesse do incapaz.

Pode-se afirmar que esse modelo de guarda permite um novo enfoque da parentalidade, em que se valorizem as relações afetivas e o equilíbrio de “forças” no âmbito familiar, ao invés de privilegiar as relações fundadas em modelo de poder.

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho (2014, p. 64):

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

O que procura a guarda compartilhada é permitir que os genitores continuem sendo responsáveis pela integral formação, educação, criação e manutenção dos filhos, independente do rompimento da relação pessoal entre eles. Dessa forma, preservam-se e estreitam-se os vínculos com ambos os pais, minimiza-se a possibilidade de ocorrência da síndrome da alienação parental, auxilia-se na criação e na educação dos filhos, preservam-se os vínculos com a família e as referências paterna e materna na vida do infante (CARVALHO, 2010).

Prevê o direito civil brasileiro duas modalidades de guarda compartilhada: física e legal. Nesse espeque, aduz-se por guarda compartilhada legal aquela em que ocorre apenas a tomada de decisão em conjunto acerca da vida dos filhos, sendo compartilhadas a autoridade familiar e as responsabilidades parentais. Todavia, não é obrigatório que o tempo de convivência entre o menor e seus pais seja repartido de forma equilibrada, sendo fixada a residência de um dos genitores como referencial domiciliar do menor, conferindo ao outro

genitor, que não está em “posse fática” do filho, o direito de convivência e o dever de prestação alimentícia em favor do menor. Tal forma de guarda compartilhada é regulada pela Lei 11.698/08.

Por outro lado, a guarda compartilhada física é aquela na qual, além das responsabilidades parentais serem compartilhadas e as decisões acerca da vida do menor serem tomadas em conjunto, ocorre a divisão equilibrada do tempo de convívio do filho com ambas as partes do par parental, regulada pela Lei 13.058/14.

Saliente-se que divisão equilibrada de tempo não significa que o menor deva ficar exatamente o mesmo período de tempo com cada genitor, mas tão somente que deve conviver com ambos na medida de seu interesse e da disponibilidade de tempo dele e de seus pais, para que se possa atingir a igualdade parental trazida pela lei mencionada.

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 517):

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venham a ocorrer.

É de se ressaltar que, ao se aplicar a guarda compartilhada legal, em que deve ser fixado um referencial domiciliar para o menor, devem as partes acordarem ou o magistrado determinar um período de convivência entre o menor e o genitor com o qual não irá residir. Este período de convivência tem o fim de cumprir o propósito da aplicação da guarda compartilhada, qual seja, permitir amplo convívio do menor com o seu genitor e o estreitamento da relação paterno/materno-filial. Isso porque o direito de convivência é direito do próprio filho, observando-se o princípio da proteção integral do menor, objetivando atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.

Cabe destacar, ainda, que o direito de convivência é direito de personalidade do menor, assegurado no âmbito constitucional e legal, com previsão no ECA e no Código Civil e gera uma obrigação de fazer infungível e personalíssima, que deve ser cumprida pessoalmente, cabendo, inclusive, ajuizamento de ação de execução do regime de convivência em caso de descumprimento por parte do genitor que porventura esteja impedindo a concretização de tal direito.

Para garanti-lo, pode o magistrado impor medidas coercitivas ao genitor que está impedindo a concretização deste direito do menor, como a imposição de astreintes. Tal imposição possui, ainda, um sentido ético de romper com a resistência do guardião, que causa, com seu ato, prejuízo ao menor e à figura parental que é impedida de conviver com o filho e desrespeita imposição judicial ao inadimplir com a convivência estabelecida em juízo entre genitor não guardião e filho (DIAS, 2016).

Ademais, o regime de compartilhamento não reflete necessariamente na obrigação de prestação alimentícia ao menor, devendo suas despesas serem suportadas por ambas as partes do par parental de forma proporcional às suas possibilidades contributivas.

3.2 Guarda compartilhada X Guarda alternada

É de suma importância diferenciar a guarda compartilhada física da guarda alternada, institutos mal interpretados com certa frequência.

Isso porque a guarda alternada, instituto sem previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, pressupõe a alternância de residências por parte do menor, segundo um ritmo de tempo que pode variar de um ano, um semestre, um mês, uma semana, um dia. No entanto, a grande diferença existente entre mencionada modalidade de guarda e a guarda compartilhada é que na alternada, durante o período em que o filho estiver com um de seus genitores, este irá, com exclusividade, exercer a autoridade parental.

Na visão de Silvio Neves Baptista, a guarda alternada “constitui em verdade uma duplicidade de guardas unilaterais e exclusivas, isso obriga que os filhos tenham mais de um local para morar sem um ponto de referência” (BAPTISTA, 2008, p. 31).

Ora, na guarda compartilhada física, muito embora possa ocorrer a alternância de residência do menor entre o lar materno e o lar paterno, em todos os momentos a autoridade familiar continua imutável, sendo exercida por ambos os genitores, com o fim de preservar, dessa forma, o melhor interesse do menor.

Segundo Conrado Paulino da Rosa (2015, pp. 64 e 65):

Alerta Rolf Madaleno que a guarda conjunta não é guarda repartida, como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, muito embora a Lei de Guarda Compartilhada viabilize uma maior distribuição do tempo dos pais para com seus filhos comuns, justamente para criar as condições de atendimento à guarda repartida.

Na mesma senda já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no sentido de que **a guarda em “que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou corresponsabilidade, consiste, em verdade, em ‘guarda alternada’, indesejável e inconveniente à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança”**. (grifo meu)

Ainda, conforme Maria Berenice Dias (2016, p. 520):

Apesar da celeuma que se instalou, principalmente entre os profissionais da área psicossocial, não houve a consagração da guarda alternada: **modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado**, anual, semestral, mensal ou semanal. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e **não se confunde com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens**. (grifo meu)

Saliente-se que, embora, na teoria, tal diferenciação possa não parecer difícil de se fazer, bastando que seja analisado se as responsabilidades concernentes ao filho são divididas entre o par parental ou alternadas, sendo exercidas de forma unilateral ora por um genitor, ora por outro, conforme a criança ou o adolescente alterne de residência, na prática se torna quase impossível tal diferenciação.

3.3 Fatores e condições a serem observados na aplicação da guarda compartilhada

Conforme leciona Bernardo Cruz Gallardo (2012, p. 495), a guarda compartilhada não é modalidade que deva ser implementada em qualquer situação de dissolução de sociedade conjugal em que haja filhos menores envolvidos, mas um regime alternativo de convivência. Assim, afirma ser necessário, para sua aplicação, que se observe a presença de alguns pressupostos, a fim de se alcançar o adequado funcionamento dessa modalidade e a efetiva proteção do melhor interesse da criança, devendo sempre prevalecer os vínculos de afeto e afinidade existentes entre os filhos e os genitores, nos moldes do que determina o ECA.

Neste esboço, verifica-se de suma importância a afinidade e a predisposição dos pais para acordarem os cuidados que desejam atribuir aos seus filhos e a boa relação entre

eles, a fim de que o menor não viva em constante campo de guerra, em um meio cercado por brigas.

O que se busca, aqui, é que a relação entre o par parental seja minimamente pacífica para que possam dialogar acerca do que é melhor para o filho, tomar as decisões acerca da educação e da criação do mesmo, sem que haja disputa constante entre eles. Isso porque foram rompidos os laços conjugais, mas não os laços familiares dos pais com o infante, conforme entende Maria Berenice Dias (2016, p. 528):

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (...) A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Ademais, para que seja aplicada a guarda compartilhada com respeito ao superior interesse do menor, é importante se observar a aptidão de ambos os genitores para exercer o poder familiar, devendo agir com responsabilidade e deferência aos direitos e deveres do incapaz, destacando-se o necessário respeito aos períodos de tempo do outro com o menor, colocando o interesse da prole a frente de seus interesses pessoais.

Tal pressuposto traduz a mútua cooperação entre o par parental, permitindo a redução de casos de alienação parental, cuidando-se para não estabelecer nenhuma perda de autoridade diante dos comandos e das orientações “desenhadas e indicadas de parte de cada genitor, sob o grave risco de os filhos perderem o respeito em relação a seus pais e de criarem vias de exploração de chantagens emocionais e de absoluto controle da vontade dos genitores” (MADALENO, 2015, p. 199).

Cumprido salientar, ainda, que, ao se aplicar a guarda compartilhada física, é de extrema relevância a proximidade geográfica entre o par parental, para resguardar a equivalência de períodos de convivência de ambos os genitores com o menor, tendo em vista que a distância física entre eles é passível de causar prejuízos à relação familiar e ao estreitamento dos laços paterno/materno-filial.

Não significa que uma distância geográfica maior impeça o compartilhamento da guarda física, mas pode-se considerar que tal distância dificulta sua aplicação na prática do

dia-a-dia, sendo capaz de prejudicar os períodos de descanso do menor e de se tornar penoso ao mesmo o convívio com ambos os genitores, por exemplo.

Ainda, conforme prevê a Lei 13.058/14, o tempo de convívio dos pais com seus filhos deve ocorrer de forma equilibrada, observando-se os interesses dos menores e as peculiaridades do caso concreto. Contudo, é de se ressaltar que equilíbrio não significa igualdade. Isso fica claro inclusive pela nova redação conferida pela mencionada lei ao § 2º do art. 1.583, CCB/02. *In verbis*:

Art. 1.583. (...)

§ 2º. Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, **sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.** (grifo meu)

Nesta seara, devem as partes, o magistrado e o representante do Ministério Público, atuando na causa devido à existência de interesses de incapaz, observarem os fatos concretos do cotidiano de cada genitor, verificando o período de trabalho de cada um deles e a disponibilidade de tempo para convívio com o menor, compatibilizando sua carreira profissional com o exercício da autoridade familiar.

O principal objetivo da guarda compartilhada é permitir que o tempo de convivência com os filhos seja dividido de forma equilibrada com seus genitores a fim de que ambos mantenham a autoridade familiar sobre o menor e os laços familiares entre eles. Todavia, para se fazer uma justa distribuição desse tempo, torna-se imprescindível observar as atividades do filho, sua rotina, suas horas de lazer e, sobretudo, o superior interesse deste.

Assim, os princípios trazidos pela Constituição Federal e defendidos pelo ECA de proteção integral da criança e do adolescente, de melhor interesse do incapaz e da dignidade da pessoa humana são os principais fatores a serem observados na aplicação da guarda compartilhada, ainda que seja apenas a legal, e não a física. Entende-se que apenas tendo em mente tais princípios é que se pode analisar os demais fatores mencionados com a devida acuidade, pensando-se no benefício dos filhos, e não nos interesses exclusivos dos genitores, podendo, neste caso, a realização de um estudo psicológico e social ajudar sobremaneira na análise do caso concreto.

4 A FACULTATIVIDADE NA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

O instituto da guarda compartilhada surgiu com o fim de assegurar maior aproximação física e afetiva do filho com o par parental como um todo, na medida em que, quando ocorre o rompimento do convívio do menor com os pais ao haver a dissolução da sociedade conjugal, acaba, no mais das vezes, havendo também uma certa redefinição das funções parentais, com divisão de encargos na criação do infante.

Ao se estabelecer o compartilhamento da guarda do menor entre os genitores, com respeito aos fatores e condições anteriormente mencionados, verifica-se grande benefício ao infante, que continuará convivendo com seus pais sem que haja rompimento da autoridade de qualquer deles, remediando o afastamento causado na prática pelo término da relação conjugal do par parental.

Afirma Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 64) que a guarda compartilhada traz para a vida dos filhos a concepção de que a separação se dá apenas da família conjugal, e não da família parental, o que significa que pais e filhos não se separam, mas tão somente os pais entre si, devendo ambos os genitores continuarem participando da vida dos filhos, de sua rotina e de seu cotidiano.

Assim, se vê garantida a corresponsabilidade parental, conforme afirma Maria Berenice Dias (2016, p. 516), o que a simples visitação estabelecida quando se define a guarda unilateral dos genitores não abre o adequado espaço.

Contudo, o que se verifica é que a Lei 13.058/14, ao introduzir no ordenamento pátrio uma segunda espécie de guarda compartilhada (física), não traz parâmetros para analisar se a guarda compartilhada é indicada e benéfica em todos os casos e, ainda, transmite a falsa ideia de que o regime mencionado é a regra de aplicação em situações em que os pais não pactuam de forma diversa, sendo, nesse caso, imposta pela autoridade judicial.

Entende-se que a dificuldade para se utilizar a guarda compartilhada aparece quando existem interesses conflitantes no caso concreto e a guarda é decidida através de intermediação de terceiros, não envolvidos no contexto familiar, cabendo ao Poder Judiciário determinar a modalidade de guarda que melhor contemple os interesses do menor envolvido no conflito.

Para João Roberto Parizzato (2015, p. 130), a guarda compartilhada não é direito inquestionável do par parental, mas um direito do menor, que deve ser garantido desde que não prejudique o melhor interesse e a proteção integral deste, ou seja, quando observados os pressupostos já mencionados, uma vez que, na ausência dos fatores e das condições necessárias para se aplicar tal modalidade de guarda, estar-se-ia prejudicando o pleno desenvolvimento do infante.

Afirma o autor:

De se observar que a guarda compartilhada pressupõe uma harmonia e consenso dos pais em relação a criação e educação dos filhos. (...) assim a guarda compartilhada somente deve ser concedida a partir do momento em que se verificar que os pais, mesmo após a separação, mantêm uma convivência saudável a fim de preservar o melhor interesse da criança (Ac. 3ª Câmara do Direito Civil do TJSC, no AI 299.491, j. 25-11-09). Tem-se, portanto, que o conflito entre os genitores impede o próprio compartilhamento (Ac. 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na Ap. com Revisão 619.064-4/4-00, j. 01-12-09), devendo nesse caso ser estabelecida a guarda unilateral a um dos cônjuges (levando-se em conta o benefício exclusivo do menor), facultando-se ao outro o indiscutível direito de visita. (grifo meu)

Conforme já ressaltado, o texto legal não estabelece qualquer parâmetro capaz de avaliar a viabilidade da aplicação da guarda compartilhada além da possibilidade de o magistrado determinar de ofício, ou do Ministério Público requerer a realização de um estudo profissional do caso concreto. Assim, cabe ao juiz decidir de acordo com a realidade fática apresentada nos autos e em estudo técnico, observando os pressupostos mencionados e preservando o superior interesse do incapaz, contrariamente ao entendimento bastante difundido de que o compartilhamento deve ser imposto em qualquer hipótese em que os genitores não acordem previamente por outro regime de guarda.

Preceituam Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 200) que a constante busca por políticas que sirvam a todas as entidades familiares pode ser prejudicial à individualidade da criança e da família como um todo e não é realista. Assim, entendem que devem ser desenvolvidos “procedimentos que permitam aos filhos discutirem suas necessidades e seus desejos, pois não há como generalizar, como faz a Lei 13.058/2014 a respeito de uma guarda compartilhada física como sendo uma regra geral” (MADALENO; MADALENO, 2015).

A bem da verdade, verifica-se que, após a edição da Lei 13.058/14, tornou-se “regra” a guarda compartilhada, já que se trata da modalidade de exercício de autoridade

parental que traz maiores benefícios à convivência familiar e ao desenvolvimento sadio do menor. Assim, tal forma de guarda, além de ser considerada, no mais das vezes, a melhor solução, pode ser aplicada mesmo que não haja concordância entre os pais, sendo imposta pelo juízo. É o que conclui Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 80-82).

Infere-se que, para muitos doutrinadores, a preferência legal de regime de guarda é pelo compartilhamento, tendo em vista que garante maior participação de ambas as partes do par parental no crescimento e desenvolvimento de seus filhos, podendo tal modelo ser considerado um grande avanço, retirando do instituto da guarda a ideia de posse do menor e implementando a de convivência do mesmo com seus familiares.

Ocorre, no entanto, que não se pode olvidar da vigência, no direito de família, dos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do incapaz e da proteção integral à criança e ao adolescente. E, por isso, o dispositivo mencionado deve ser aplicado tão somente se respeitados todos os princípios constitucionais já mencionados.

Acerca disso, afirma Maria Luiza Póvoa Cruz (2016, p. 216):

A interpretação tradicional, a norma, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos, e o juiz, com a função de identificar no ordenamento jurídico a norma aplicável ao problema a ser resolvido (aplicáveis mediante subsunção), *perdem espaço para a interpretação constitucional*. Isso porque a solução dos problemas nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. E ao juiz, intérprete da lei, já não caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltando para revelar a solução contida na norma. Exercerá a coparticipação do processo de criação do Direito, “completando o trabalho do legislador”, ao fazer valorações para as cláusulas gerais, aplicando-as ao caso concreto.

Destarte, para que haja guarda compartilhada, por mais que a lei não tenha previsto expressamente, depreende-se necessário fazer um esforço interpretativo, já que é importante haver entre os genitores um mínimo de entendimento e maturidade para a tomada de decisões em conjunto acerca da vida dos filhos.

Não é outro o entendimento doutrinário difundido por Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 198):

Os pais devem estar dotados de uma predisposição para ajudarem na solução conjunta dos problemas relacionados aos seus filhos e, portanto, não podem partir de um estado de beligerância e de um constante enfiamento na conquista de posições unilaterais, como se vissem sua progênie como troféus conquistados pelas reações de apoio dos filhos diante da discórdia dos seus pais. O constante desencontro e desalinho de metas dos pais influencia negativamente no desempenho, aprendizado e formação dos seus rebentos, e

por isto mesmo se faz imprescindível avaliar o nível de entendimento e de predisposição dos progenitores para a adoção de uma guarda compartilhada, que precisa estar voltada para o sincero benefício dos filhos e um bom termômetro, como visto, será e sempre, a avaliação histórica do precedente papel dos pais.

Nesta toada, compreende-se que obrigar genitores que possuem relacionamento conturbado a dividir a guarda de seus filhos, a educação e as decisões em geral acerca de suas vidas, pode prejudicar o pleno desenvolvimento destes, indo de encontro aos princípios da proteção integral à criança e ao adolescente, do superior interesse do menor e da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal e no ECA.

No mesmo sentido, como recentemente decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, mesmo após a edição da nova lei da guarda compartilhada, em acórdão relatado pela Desembargadora Heloisa Combat:

AÇÃO DE GUARDA COM PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR - MENOR.

Não há nos autos prova de qualquer conduta que desabone o genitor, mostrando-se adequado e necessário que seja garantido e estimulado o convívio saudável entre pai e filho.

As situações em que os pais não estão alinhados com relação à forma de educar a criança e em que não se dispõem a tomar decisões conjuntas, mantendo um relacionamento marcado por rivalidades e desavenças não são propícias ao exercício da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada se sujeita à condição de melhor interesse do menor. Recurso parcialmente provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.276120-4/002, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/04/2015, publicação da súmula em 29/04/2015)

É este também o entendimento de Flávio Tartuce (2015, p. 493):

(...) sempre se acreditou na existência de certos entraves para a efetivação da guarda compartilhada. Isso porque, **para que seja possível a concreção dessa modalidade de guarda, este autor acredita ser necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma convivência pacífica mínima. Ressalte-se, nesse contexto, a existência de prejuízos à formação do filho**, pelo clima de guerra existente entre os pais. (grifo meu)

Muito embora este não seja posicionamento unânime em nossa doutrina e jurisprudência, grande parte dos autores vêm entendendo neste sentido e tal postura se expande a cada dia, na medida em que vão surgindo mais e mais casos de pedidos de guarda compartilhada ou de aplicação, de ofício, de tal instituto pelo magistrado que julga a causa.

Quando a guarda compartilhada não for possível, diante das condições fáticas verificadas no caso concreto, por não atender aos interesses do incapaz, deve permanecer a aplicação da guarda unilateral, a ser deferida ao genitor que apresente melhores condições de exercê-la, ou de outra modalidade de guarda, caso o magistrado entenda que tal solução seja melhor.

Assim, contrariamente ao que se depreende de simples leitura da Lei 13.058/14, não deve a guarda compartilhada ser aplicada como regra geral em qualquer caso, observando apenas se há acordo entre os genitores que estabeleçam a guarda de forma diferente.

Nesse sentido, afirma Fernanda Rocha Lourenço Levy (2016, p. 127):

O modelo de guarda compartilhada requer, como o próprio nome diz, compartilhamento entre pai e mãe de decisões e atitudes cotidianas em relação ao exercício dos deveres e direitos relativos aos filhos em comum. Vai muito além da “divisão” equilibrada do tempo de convívio entre pai e mãe com os filhos.

Compartilhar a guarda significa agir em uníssono e conjunto em várias situações que, se já são de difícil condução para pais que convivem sob o mesmo teto e possuem laços afetivos que os unem, quão difícil será para pais desunidos e em discórdia, o exercício da guarda compartilhada imposta por decisão judicial!

Entende-se de suma importância que o magistrado analise, caso a caso, a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada e os benefícios que ela possa trazer ao menor, devendo estes serem mais importantes que os danos que possa trazer em situação de animosidade entre o par parental. Isso porque, apesar de a guarda compartilhada ser o modelo considerado ideal para manter os laços familiares, ela se encontra muito distante da nossa realidade atual.

É este o entendimento explicitado por Ricardo Cabezon, mesmo antes da aprovação do Projeto de Lei que levou à promulgação da Lei da Igualdade Parental ou da Guarda Compartilhada:

Nesse sentido esperamos sinceramente que os protestos vindos do Poder Judiciário nos bastidores da tramitação do PL se materializem pela inaplicação da compulsoriedade prevista na norma, por nítido conflito constitucional com o princípio da prioridade absoluta insculpido no artigo 227 de nossa Carta Magna, bem como o da não intervenção do Estado na Família, dentre outros, a fim de que apenas se decrete a Guarda Compartilhada em casos especiais, PACÍFICOS, que se revelarem benéficos à prole.

Dessa forma, pode-se perceber que só seria possível a aplicação da guarda compartilhada mediante a presença de todos os fatores e condições já explicitados, como a responsabilidade dos genitores, a boa relação entre eles, a afinidades deles com o menor, o respeito aos períodos de tempo deste com cada genitor, a proximidade geográfica entre o pai e a mãe a ponto de não sacrificar o conforto do infante, os princípios constitucionais do superior interesse do menor, da proteção integral à criança e ao adolescente e da dignidade da pessoa humana.

É este o entendimento que deve ser adotado no que se refere à aplicação da Lei 11.698/08 e da Lei 13.058/14, eis que, de outra forma, tal instituto poderia ser considerado de aplicação inconstitucional em algumas situações, na medida em que, se aplicado em larga escala, sem qualquer análise aprofundada de cada caso concreto, vai de encontro a princípios protegidos constitucionalmente.

4.1 Os reflexos do novo Código de Processo Civil na aplicação da guarda compartilhada

Conforme já discutido, é necessário certo esforço das partes que não desejam mais manter a sociedade conjugal, a fim de que tenham a melhor relação possível e de que busquem sempre um consenso no que se refere aos interesses de seus filhos, cabendo ao juiz decidir de ofício por uma das modalidades de guarda em pouquíssimos casos, apenas quando as partes não chegam a consenso.

Isso não significa que os genitores não saibam ou não possam dialogar entre si para entender o que é melhor para a prole, permitindo-se que o magistrado aplique a guarda compartilhada mesmo quando estes não entram em acordo. Porém, para tal, é importante que ele utilize da estrutura que tem a seu alcance para realizar a apreciação do caso concreto.

Diante de tudo o que já foi exposto, pode o novo Código de Processo Civil (CPC/15) ser benéfico na análise acerca da possibilidade de aplicação da guarda compartilhada em situações em que os pais não entram em acordo. Pois tem como um de seus pilares a primazia das soluções alternativas de conflito, que giram em torno de mediação, conciliação, autocomposição.

No entendimento de Fernanda Rocha Lourenço Levy (2016, p. 129):

A mediação é um instrumento não adversarial de gestão de conflitos interpessoais conduzidos por um terceiro devidamente capacitado, o mediador, que auxilia os mediandos no processo de restabelecimento da comunicação com vistas à compreensão e transformação do conflito. É um

meio amigável de gestão de conflitos baseado fundamentalmente na livre autodeterminação das pessoas que, de maneira conjunta, constroem possíveis caminhos e soluções que melhor atendam a seus interesses e necessidades.

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 529), “A mediação é uma das formas mais adequadas para solver esse tipo de controvérsia, a solução, em vez de ser ditada pelo juiz, é encontrada pelos pais, que assumem suas próprias responsabilidades, (...)”. Isso porque permite que os genitores em conflito, como bem evidencia o ajuizamento de ação que verse sobre a guarda do menor, restabeleçam sua comunicação e possam, de forma pacífica, tomarem as decisões mais adequadas acerca da vida dos filhos, preservando sempre os interesses destes.

Nesta toada, preconiza que, ajuizada uma ação de família, deve o juiz designar audiência de mediação e conciliação, conforme previsão dos arts. 694 e 695 do mencionado diploma legal, momento em que o magistrado deve informar aos genitores, nas ações de guarda, sua importância, bem como seus direitos e deveres enquanto pais.

Ademais, prevê o novo código que as ações de família devem receber assistência de equipe multidisciplinar, formada por psicólogo, assistente social, psiquiatra, mediador, dentre outros profissionais que possam auxiliar no entendimento do que é mais benéfico ao menor, verificando que o CPC/15, assim como a Constituição Federal e o ECA, dá grande importância ao superior interesse do menor.

Entende o enunciado 335 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal que “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se sempre que possível da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

Após tal análise realizada pela equipe técnica, o juiz terá melhores condições de tomar sua decisão acerca da aplicação de uma ou de outra modalidade de guarda, cabendo a ele, quando constatar que o menor não deve permanecer sob a guarda de um dos genitores, deferi-la àquele que revele melhores condições e compatibilidade com a natureza da medida.

O enunciado 102 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal afirma que “A expressão melhores condições no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Dessa forma, assim como entende João Roberto Parizzato (2015, p. 115-118) a análise do caso por meio de equipe multidisciplinar é de suma importância para se verificar se estão sendo atendidos os princípios norteadores da aplicação da guarda compartilhada, destacando-se os interesses do incapaz.

Cabe destacar, também, que o Conselho Nacional de Justiça expediu recente recomendação sugerindo que, em ações que alterem a estrutura familiar, como divórcio e guarda, os juízes sugiram às partes, ao despacharem a petição inicial, que participem da Oficina de Pais e Mães, disponibilizada através da internet, a fim de aprenderem a lidar melhor com a nova realidade que estão vivendo sem ocasionar aos filhos prejuízos emocionais.

Todavia, o Judiciário brasileiro vem enfrentando grande dificuldade de se adequar ao CPC/15 de forma integral, não possuindo recursos financeiros e de pessoal suficientes para se aplicar todas as suas previsões, inclusive a previsão de existência de equipe multidisciplinar, de modo que a análise do caso concreto pode restar, em parte, prejudicada na ausência de profissional capacitado para analisar os interesses do infante em meio a um litígio.

5 CONCLUSÃO

A constante evolução dos costumes e as grandes mudanças sociais havidas desde a promulgação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) até os dias atuais trouxeram uma redistribuição das funções do par parental. Nesse espeque, a mulher passou a acumular funções dentro e fora do lar que antes não possuía, ao mesmo tempo em que o homem passou a ter maior participação na vida familiar, não só como provedor do lar. Assim, ambos os genitores passaram participar conjunta e efetivamente da vida dos filhos, de sua criação, educação e sustento.

É nesse contexto que ganha importância a guarda compartilhada, prevista legalmente pela primeira vez em 2008, como novo modelo de divisão das responsabilidades parentais em observância ao superior interesse do menor, passando ambos os genitores a decidir, em conjunto, as questões relativas à vida dos filhos.

Já em 2014, a Lei nº 13.058 traz um novo modelo de guarda compartilhada, que prevê a existência de uma equivalência de tempo de convívio com o par parental. Ainda, traz a guarda compartilhada, aparentemente, como regra, ao não mencionar nenhum parâmetro para sua aplicação e traz o risco de que, ao se intentar aplicar a guarda compartilhada física, com equilíbrio de tempo de convívio do menor com cada genitor, seja, em verdade, aplicada a guarda alternada se os genitores não tiverem a maturidade necessária para manterem um diálogo constante e pacífico acerca da vida do menor.

No entanto, da análise dos princípios constitucionais, reafirmados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002, infere-se que a suposta regra de aplicação da guarda compartilhada admite exceções, não previstas pela mais recente lei, a fim de se preservar os princípios da proteção integral à criança e ao adolescente, do superior interesse do menor e da dignidade da pessoa humana.

Assim, o magistrado deve estudar cada caso em concreto antes de aplicar a guarda compartilhada, a fim de se certificar que decidirá sempre em benefício do menor, e nunca somente de acordo com os interesses do par parental. Dessa forma, cabe analisar a existência de uma relação minimamente harmônica entre o par parental, de responsabilidade dos pais para o cumprimento de seus deveres e a proteção dos direitos dos menores, de respeito ao período de tempo de convívio de cada genitor com seu filho, de tomada de decisões em conjunto e, principalmente, de atendimento aos princípios já mencionados.

É nesse sentido que a presença de uma equipe multidisciplinar é de suma importância para auxiliar o magistrado em sua tomada de decisão de acordo com os princípios constitucionais e legais vigentes, bem como a previsão de audiências de mediação e conciliação nas ações de família pode ser bastante salutar para o convívio familiar em uma nova estrutura pós fim da sociedade conjugal.

Nesse espeque, a análise realizada ao longo desse estudo, principalmente do capítulo 3, permitiu concluir que a guarda compartilhada realmente deve ser aplicada de forma facultativa pelo magistrado, apenas se verificado que tal modalidade atende ao interesse do menor. Isso porque aplica-la em qualquer caso, observando-se apenas se os genitores estão aptos a exercerem o poder familiar, seria um contrassenso e um retrocesso, ignorando todos os princípios mencionados.

Conclui-se, portanto, de maneira contrária ao que se depreende da simples redação da Lei nº 13.058/14, que em sua redação não trouxe nenhum parâmetro para ser aplicada a guarda compartilhada, instituindo-a como regra, podendo, conforme verificado no presente estudo, tal modalidade de guarda não ser aplicada quando se verificar contrária aos interesses do menor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada: Breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008**. Recife: Bagaço, 2008.

BRASIL, **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL, **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, **Lei 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. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL, **Lei 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão guarda compartilhada e dispor sobre sua aplicação. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL, **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABEZON, Ricardo. **Breves comentários sobre a Lei nº 13.058/14**. Disponível em: <<http://cabezon.jusbrasil.com.br/artigos/159452665/breves-comentarios-sobre-a-lei-n-13058-14>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.); TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo et al. **Guarda Compartilhada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.); CASSETTARI, Christiano et al. **Temas contemporâneos de direito das famílias**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Guarda Compartilhada**: visão em razão dos princípios fundamentais do direito. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda Compartilhada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristino Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FILHO, Waldyr Grizard. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GALLARDO, Bernardo Cruz. **La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales**. Madrid: La Ley, 2012.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda Compartilhada**: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda Compartilhada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PARIZATTO, João Roberto. **Ações de família no novo CPC**. São Paulo: Editora Parizatto, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.); FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Euclides de et al. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 36. Porto Alegre: Ajuris, 1986.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória: análise crítica da lei 13.058/14 – Parte II**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em 12 de junho de 2016.

_____. **Direito Civil 5: direito de família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.