



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Guarda Compartilhada

Fábio dos Santos Osorio

Rio de Janeiro  
2009

FÁBIO DOS SANTOS OSORIO

Guarda Compartilhada

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Neli Luiza C. Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof. Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro  
2009

## GUARDA COMPARTILHADA

**Fábio dos Santos Osorio**

Graduado pela Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de  
Janeiro. Advogado.

**Resumo:** é inegável que a evolução da sociedade nas últimas décadas determinou significativas mudanças no sistema familiar. Se houve transformação em relação à família e, conseqüentemente, em suas relações intrapessoais, é necessário que o Direito busque acompanhar tais alterações. O número cada vez maior de rompimento de relações conjugais tornou necessária a busca de um novo modelo de guarda, que cuidasse dos interesses de filhos e pais que não mais convivem. A essência do trabalho é analisar as importantes modificações trazidas pela Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 à atribuição da guarda, que busca equilibrar a relação entre pais e filhos e a manutenção do convívio da criança com ambos os pais após a ruptura do vínculo conjugal.

**Palavras-Chaves:** Família, Filhos, Guarda, Compartilhada.

**Sumário:** 1 - Introdução. 2 - Histórico. 3 – Conceito de Guarda. 4 – O instituto da Guarda no Código Civil de 2002. 5 – Guarda Compartilhada. 6 – A disciplina da Lei 11.698/2008. 7 - Conclusão. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO.

Com o advento da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 foi instituída e disciplinada a Guarda Compartilhada, instituto que há algum tempo vinha sendo utilizado no cenário jurídico pátrio, com alguma aceitação por parte de nossos Tribunais.

O referido diploma legal veio para derrubar a resistência que ainda existia por parte de alguns magistrados na sua aplicação devido à sensibilidade do tema e a lacuna existente na lei, cenário que gerava a insegurança e motivava sua não aplicação.

Durante o tempo em que a família permanece afetiva e fisicamente unida, é inegável que os filhos desfrutam igualmente de ambos os genitores. Com a ruptura da relação conjugal surge a família monoparental e a autoridade, anteriormente exercida pelo pai e pela mãe, geralmente se concentrava em apenas um dos genitores, restando ao outro funções secundárias como, por exemplo, visita, alimentos e fiscalização.

O número crescente de rupturas conjugais – hoje aceitas com muito mais naturalidade pela sociedade – fez surgir, cada vez mais, conflitos relacionados à guarda de filhos de pais que não mais convivem sob o mesmo teto, tendo em vista que o modelo anterior à edição da Lei 11.698 privilegiava a guarda pela mãe, restando ao pai as citadas funções secundárias. A sociedade necessitava de um meio que garantisse um equilíbrio entre os direitos e obrigações de cada genitor, sem deixar de garantir o princípio do melhor interesse do menor que, indubitavelmente, é o mais afetado com a separação dos pais.

É nesse contexto que a guarda compartilhada assume grande importância, na medida em que prima pelo convívio do menor com ambos os genitores, mantendo o exercício conjunto da autoridade parental, bem como reserva aos dois o direito de participar das decisões que se referem à criança.

O presente estudo tem por mira demonstrar tais mudanças trazidas com a instituição da Guarda Compartilhada, além das consequências e vantagens que o seu deferimento poderá acarretar àqueles indivíduos envolvidos no rompimento da relação conjugal, buscando provocar inúmeras reflexões sobre um tema que merece muita atenção, devido sua importância

em razão da expressa admissão como modelo de responsabilidade parental dos filhos de pais que não mais convivem.

## 2. HISTÓRICO.

Assim como a sociedade, o instituto da Guarda vem sofrendo inúmeras modificações ao longo dos anos. Entretanto, nas últimas décadas, o referido instituto não conseguiu acompanhar a grande evolução das relações sociais, sendo necessária uma análise histórica para que se verifique quando deixou de ser capaz de atender aos fins para os quais fora criado.

No início do Século XX a sociedade brasileira privilegiava a figura do homem, sendo que após a ruptura conjugal, a legislação em termos gerais, como pode se verificar das disposições contidas na redação original do Código Civil de 1916 e no Decreto-Lei 3.200 de 1941, primava pelo deferimento da Guarda ao cônjuge varão, conseqüência de seu poder econômico, concluindo-se estar extremamente vinculado a questões financeiras.

Tal panorama durou até o período de industrialização do país, quando foram invertidos determinados valores, atribuindo-se à figura da mãe o dever de conduzir a vida dos filhos após o término do casamento, passando-se a entender que a mulher detinha maiores capacidades para essa empreitada, aliado aos fatos de o homem se encontrar praticamente o dia inteiro no ambiente de trabalho e de que pouquíssimas mulheres se arriscavam em trabalhar fora de casa.

Dessa forma, a partir da edição da Lei 4.121 de 1962, que alterou a redação do Código Civil de 1916, privilegiou-se o deferimento da Guarda à genitora, o que foi confirmado pela Lei 5.582 de 1970 e, posteriormente, pelo advento da Lei 6.515 de 1977.

Entretanto, com a ocorrência de uma nova modificação no quadro social e econômico da sociedade, desta vez com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, o instituto da Guarda se estagnou, não acompanhando a evolução da sociedade, pois a partir de tal momento a mulher ganhou grande destaque na sociedade, trabalhando nas mais diversas áreas, não mais sendo vista como uma figura frágil e dependente do homem, muito pelo contrário, alcançando um status de igualdade frente àqueles. Deste modo, tal evolução levou as mulheres a ficar fora do lar, convocando o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole, o que levou, no momento da separação, o cônjuge varão a reivindicar a guarda dos filhos.

Sendo assim, nas últimas décadas do Século XX e no presente Século XXI, devido a todas as mudanças de valores ocorridas, o pai vem reassumindo uma responsabilidade diante do lar, desejando um maior relacionamento com os filhos após a ruptura da relação conjugal, surgindo conseqüentemente anseios por transformações em relação à Guarda.

Em razão desse desequilíbrio existente, visto que na maioria dos casos de ruptura conjugal é a figura materna que permanece com a guarda dos filhos, contrariando o princípio constitucional da igualdade, é que surgiu a Guarda Compartilhada.

“Na realidade presente começa-se a questionar o denominado instinto maternal, quando a mulher, notadamente a partir da segunda metade do século XX, reconhece para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu instinto paternal, sem perder sua masculinidade, tornando-se mais responsável e envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente, procura-se estabelecer a co-responsabilidade parental,

uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Deve ele saber que não é causa disso, mas sobre ele caem os efeitos”. GRISARD FILHO (2009, p. 123)

Dessa forma, as mudanças comportamentais ocorridas fizeram surgir uma nova concepção para o instituto da Guarda, de forma a assegurar a ambos os genitores, após o rompimento da relação conjugal, o exercício da parentalidade em igualdade de condições, compartilhando-se a responsabilidade pela formação dos filhos em todos os aspectos, como a educação, a saúde e o bem estar.

### 3. CONCEITO DE GUARDA.

É importante a busca pelo conceito do instituto em debate para que se possa entender todos os direitos e deveres dos genitores que dele se originam.

A palavra Guarda deriva do alemão wargem, do inglês warden e do francês garde, sendo interpretada de uma forma genérica como vigilância, proteção, segurança, observância ou administração, abrangendo a idéia de proximidade física: reter junto a si, conservar consigo. Traz, também, a idéia de defesa de uma coisa, ou pessoa, contra qualquer dano ou perigo.

Conceituar o instituto da Guarda não é uma tarefa das mais fáceis, sendo que durante muito tempo, foi entendida como um dos efeitos decorrentes do poder familiar, ou seja, o titular do poder familiar teria um direito de Guarda quase absoluto.

Como poder familiar entende-se o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições, segundo o art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988”. PEREIRA (2004, p. 421)

Entretanto, este conceito aos poucos foi sendo suavizado, passando a Guarda a ser entendida como sendo não da essência, e sim da natureza do poder familiar, começando a ser permitida sua concessão mesmo em casos em que o titular do poder familiar fosse contra, caso isso fosse melhor para os interesses do menor.

Num sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações que venham a ocorrer cotidianamente.

Em outras palavras, é um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Trata-se do direito consistente na posse do menor que pode ser oposta a terceiros e que gera o dever de vigilância e assistência incondicional e irrestrita a este, representando a convivência efetiva dos genitores ou do responsável pelo menor, sob o mesmo teto, com a obrigação de assistência material para o desenvolvimento físico, bem como moral para o desenvolvimento psíquico.

“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 idéia de posse, como diz o art. 33, § 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto

que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC”.  
GRISARD FILHO (2009, p. 58)

Sendo assim, Guarda pode ser conceituada como o direito de posse do menor, oponível a terceiros, que acarreta os deveres de vigilância e ampla assistência, com o objetivo de orientar a formação e educação deste em toda a sua plenitude, bem como defendê-los de qualquer tipo de dano ou perigo.

#### 4. O INSTITUTO DA GUARDA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

A guarda dos filhos, de acordo com a antiga redação do artigo 1.583 do Código Civil, era regulada pelo o que fosse acordado entre os cônjuges, ou seja, relegava sua fixação ao entendimento dos pais quando da dissolução da sociedade conjugal por mútuo consentimento, podendo também ser aplicado em ações litigiosas quando a questão da guarda fosse incontroversa. Importante destacar que tal deliberação deveria ser homologada pelo juiz, não sendo válido o que fosse contrário à ordem pública ou ao interesse dos filhos.

Com mais amplitude, o antigo artigo 1.584 do mesmo diploma legal determinava que uma vez decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que houvesse entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, seria ela atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la, o que veio a romper com o sistema do Código Civil de 1916 que vinculava a guarda dos filhos à culpa dos cônjuges pelo fim da relação. Sendo assim, “disciplinando a guarda dos filhos menores ou maiores incapazes na separação ou no divórcio dos pais, o Código Civil de 2002 abandonou o critério da culpa e da prevalência materna para determinar que ela será, em

qualquer caso, “atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”, na dicção de art. 1584, priorizando os superiores interesses dos menores. Interesses esses que prevalecerão, sempre, sobre os dos adultos”. GRISARD FILHO (2009, p. 159)

O revogado § único do art. 1.584 indicava ao magistrado, nos casos em que os filhos não deviam permanecer sob a guarda dos pais, a alternativa de deferi-la à pessoa que revelasse compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade adotando-se o princípio estabelecido no § 2º do art. 28 da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Note-se que de acordo com tal sistemática, já era possível a pactuação entre os genitores da Guarda Compartilhada como solução oportuna e coerente na convivência dos filhos com os pais após a separação, entretanto, havia pouca admissibilidade jurisprudencial, sendo constantemente confundido com a guarda alternada com visitação livre, sob a alegação de falta de previsão legal no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, destacam-se alguns dispositivos legais que demonstram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada antes da Lei 11.698 em nosso ordenamento jurídico. O texto constitucional, prevendo a absoluta igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher (artigo 226, § 5º), reclama uma paternidade responsável (artigo 226, § 7º). O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre a proteção integral do menor (artigo 1º), impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento. Por isso é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar (artigo 16, V) e de ser criado e educado no seio de sua família (artigo 19), submetendo-se ao poder familiar do pai e da mãe, exercido em igualdade de condições (artigo 21), a quem, conjuntamente, a lei incumbe o dever de sustento, guarda e educação (artigo 22).

Resta demonstrado que o Estatuto da Criança e do Adolescente privilegiou o convívio da criança com ambos os pais, ressaltando a importância de tal convivência sobre seu integral desenvolvimento. É inegável, assim, que o Estatuto acolheu a tese da guarda compartilhada, mostrando-se amplamente a ela favorável.

Essa convicção também encontra amparo no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não com eles no mesmo lar.

## 5. GUARDA COMPARTILHADA.

Para entender o instituto da Guarda Compartilhada é importante diferenciá-lo das outras modalidades de guarda, a fim de evitar equívocos quanto a sua correta compreensão.

Primeiramente, trata-se de Guarda Alternada aquela que possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos, caracterizando-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que poder ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao termo do período, os papéis invertem-se, sendo bastante criticada devido ao fato de contrariar o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar físico e mental da criança, prejudicando a consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. Em outros termos, neste tipo de guarda cada um dos genitores, no período de tempo pré-estabelecido a eles, exerce

exclusivamente a totalidade dos direitos e deveres que integram o pátrio poder, opondo-se fortemente, como já dito, ao princípio da continuidade.

Por Aninhamento ou Nidação entende-se a modalidade de guarda segundo a qual os filhos passam a residir em uma só casa, entretanto, os pais são quem a ela mudam-se, seguindo um ritmo periódico. Tais acordos de guarda geralmente não duram, devido aos altos custos que impõem à sua manutenção, pois são necessárias três residências, uma para o pai, uma para a mãe e outra mais onde o filho recepcionará, de forma alternada, seus genitores. Sendo pouco prática, bastante excêntrica, podendo levar a prejuízos semelhantes aos da Guarda Alternada, é muito pouco defendida e aplicada.

Já a Guarda Dividida, Guarda Única, ou Guarda Exclusiva é o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro. Tal modalidade se mostra mais favorável ao menor, tendo em vista viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não possui a guarda. É bastante criticado, tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez proporcionar o gradual afastamento entre o pai sem a guarda e o filho, até que se verifique o fenecer da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor.

Assim, a sistemática atribuição da guarda à mãe acarretou distorções no sistema da Guarda Dividida, levando os juristas a procurar outro meio, que se mostrasse mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência do filho pela periodicidade forçada desestimula o exercício da guarda, levando os pais a se afastarem da convivência com os filhos, o que possui um efeito destrutivo sobre tal relacionamento, uma vez que propicia o afastamento lento e gradual, até o desaparecimento do afeto e da afinidade entre ambos.

Por sua vez, como guarda compartilhada, também conhecida como Guarda Conjunta, entende-se um sistema no qual os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade de ambos, que vêm a tomar em conjunto as decisões acerca do bem estar, criação e educação.

A guarda compartilhada é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo após o fim da relação conjugal. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem de forma conjunta a autoridade parental, com faziam na constância da união conjugal. Sempre será possível quando os genitores colocarem como prioridade o interesse da criança acima de tudo, num mútuo consentimento, a exemplo da separação consensual, uma vez que caso os dois não estejam de acordo, não haverá instituto capaz de obrigá-los a compartilhar uma guarda de maneira compulsória.

Em outras palavras, é uma situação jurídica onde ambos os pais, após uma separação judicial, um divórcio ou uma dissolução de união estável, conservam mutuamente sobre seus filhos o direito da guarda jurídica e da guarda física, objetivando, dessa forma, a manutenção da relação nos mesmos moldes do período anterior a tal dissolução da convivência, o tanto quanto possível.

Assim, o instituto possui o escopo de tutelar não somente o direito do filho à convivência assídua de ambos os genitores, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, moral, mental e espiritual completo, além da manutenção da referência materno-paterna no dia a dia, mas também o direito dos genitores de desfrutar da convivência assídua do filho, permanecendo os laços afetivos e familiares.

“Colocados os interesses do menor como fundamentos básicos à solução de qualquer questão que lhe diga respeito, a extrema proteção de seus direitos (art. 227 da CF), a guarda compartilhada surge para responder as exigências daquele princípio, reequilibrando os

papéis parentais nos cuidados aos filhos menores de idade ou maiores incapazes”. GRISARD FILHO (2009, p. 189)

Dessa forma, a guarda compartilhada ou conjunta, que constitui o modelo que hoje se apregoa ser o mais recomendável e conveniente (agora com o respaldo e regulamentação legais), por atender de forma mais abrangente os interesses da criança ou do adolescente, e havido como meio mais eficaz de exercício da autoridade parental e da garantia de continuidade do bom relacionamento entre pais e filhos quando fragmentada a família. “É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade, com a ampliação da convivência entre ambos e co-participação equânime na orientação da criação e educação do filho”. OLIVEIRA (2008, p. 57)

## 6. A DISCIPLINA DA LEI 11.698 DE 2008.

Com a expressa previsão legal da guarda compartilhada, garantiu-se um amplo esquema de convivência, contato e comunicação entre pais e filhos, apesar de um dos genitores não mais manter a vida em comum com eles. Trata-se de um direito dos filhos à responsabilização por ambos os genitores pela sua criação e educação, através de uma adequada e ampla aproximação entre eles após a separação conjugal, sendo esta uma realidade em inúmeros ordenamentos jurídicos pelo mundo.

Como anteriormente explanado, era predominante no direito anterior à edição da lei 11.698/2008 a cultura de que após a ruptura da relação conjugal, a mãe era quem melhor

poderia cuidar dos filhos, de forma unipessoal e exclusiva, o que afrontava os princípios da igualdade e da co-responsabilidade parental.

Com base no princípio do melhor interesse da criança, “o modelo da nova lei preserva o pleno exercício do poder familiar sem esvaziar as funções paterna e materna ou eliminar os referenciais masculino ou feminino, assegurando aos filhos um equilibrado desenvolvimento emocional, psíquico e social. Essa é a proposta da nova lei, de construção de uma família democrática, fundada na co-responsabilização de ambos os pais nas tarefas de cuidado e atenções aos filhos menores e em benefício deles”. GRISARD FILHO (2009, p. 193)

A Lei 11.698/2008 trouxe preceitos materiais e processuais acerca da Guarda Compartilhada, representando importante mudança de paradigma com o intuito de acompanhar as transformações sociais, em especial da forma de família, resgatando e equilibrando o exercício do poder familiar após o fim da relação conjugal.

Quanto aos aspectos materiais, a nova redação do art. 1.583 do Código Civil estabelece uma dicotomia entre a Guarda Unilateral e a Compartilhada, sendo que ao expressar um sistema dualístico de cuidados aos filhos depois da ruptura da união de seus genitores, afastou de vez o antigo modelo unilateral como paradigma absoluto.

O § 1º define os dois tipos de guarda. Entende-se como Guarda unilateral aquela atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua (nos termos do § 4º do art. 1.584 do mesmo diploma legal). Por outro lado, conceitua como 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, sendo a hipótese em que os genitores partilham as atribuições relativas à vida dos filhos, que não perderão a convivência com ambos os pais.

Pode-se dizer que a sistemática da guarda compartilhada é baseada num sistema de co-responsabilização no exercício do dever parental em caso de dissolução da relação conjugal, tendo como objetivo impedir que os filhos percam suas referências (paternas ou maternas), sendo o modelo mais indicado pelos especialistas, devendo ser estimulado pelo magistrado, nos termos do § 3º do art. 1.584 do código Civil.

O § 2º do citado art. 1583 elenca os critérios da atribuição da Guarda Unilateral, não muito inovando naquilo em que apontava a doutrina e baseava-se a jurisprudência no cenário anterior à Lei 11.698. Ainda acerca da Guarda Unilateral, o § 3º estabelece a obrigação do pai ou da mãe que não a detenha supervisionar os interesses do filho, evitando, dessa forma, o que se convencionou chamar de abandono moral, sendo um direito-dever natural do genitor não-guardião.

Importante destacar que as palavras “pai” e “mãe” presentes no conceito de guarda compartilhada (art. 1.583, § 1º do CC) não devem ser compreendidas de maneira restrita, ou seja, não se deve restringir seu exercício unicamente aos genitores, tendo em vista que a jurisprudência, mesmo antes da nova lei, já concedia a guarda compartilhada a pessoa diversa dos genitores.

Com a atribuição da guarda compartilhada, há a atribuição da co-participação de ambos os genitores no exercício do poder familiar que, passando a deter iguais deveres e direitos em relação aos filhos, passam também a possuir responsabilidade conjunta, objetiva e solidária pelos danos causados por seus filhos a terceiros.

O novo art. 1.584 do Código Civil trouxe os aspectos processuais da constituição das Guardas Unilateral e Compartilhada, tendo sido desdobrado em dois incisos e cinco parágrafos. Nota-se que o presente artigo reafirmou a dualidade do sistema, trazendo seus incisos as formas de estabelecimento da guarda, qual sejam, por consenso ou determinação judicial.

Primeiramente, faz-se necessário destacar que no inciso I, ao contrário do que sugere uma interpretação literal do dispositivo, a guarda poderá ser requerida por um dos genitores, ou por ambos, não só nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, como também através de ação autônoma. Afirmar o contrário seria negar aos genitores já separados de fato, judicialmente ou divorciados, bem como daqueles de filho havido fora de qualquer tipo de união, o direito de requerer uma homologação de acordo de estabelecimento de qualquer dos dois tipos de guarda em procedimento consensual autônomo, independente do ajuizamento das referidas ações.

O citado inciso I, feita a consideração acima, trata da legitimidade ativa para o requerimento consensual da guarda, podendo ser requerida, obviamente, por ambos os genitores, ou por apenas um deles.

O inciso II do mesmo art. 1584 trata da guarda decretada pelo juiz em situações especiais, ao contrário das previstas no inciso I que são aquelas requeridas pelos genitores ou fixadas em medida cautelar. A guarda decretada pelo juiz deverá atender às necessidades específicas do filho, ou ser fixada em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

O § 1º do mesmo artigo impõe ao juiz o dever de, na audiência de conciliação, informar 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.

Frustrada a conciliação, não chegando os pais a um consenso acerca da guarda dos filhos, será aplicada pelo juiz, sempre que possível, a guarda compartilhada, conforme o disposto no § 2º do art. 1.584. Com tal dispositivo, o legislador demonstrou sua preferência por esse modelo de guarda, levando em conta o melhor interesse do menor.

Para o estabelecimento das 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 multidisciplinar, nos termos do § 3º. O dispositivo visa dar maiores subsídios ao magistrado para a elaboração de sua decisão, sendo tais providências também recomendadas quando o magistrado fizer a opção pela guarda unilateral.

De acordo com as lições de GRISARD FILHO (2009), trata-se de novidade legislativa o disposto no § 4º do art. 1.584 do Código Civil, introduzido pela Lei 11.698/2008. Em sede de audiência de conciliação (§ 2º), o juiz cientificará às partes sobre as sanções que lhes podem ser impostas pelo descumprimento de suas atribuições, advertindo-as quanto à necessidade do cumprimento do que foi homologado ou decretado. Alteração de regime, mudança de domicílio, descumprimento imotivado de cláusula, obstaculização ao exercício do poder familiar, sonegação de informações médicas e escolares, viagens não autorizadas, dentre as mais comuns, implicará a redução de prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Se a alteração tornar impróprio o modelo, pode ser imperativa a modificação do próprio regime adotado. No entanto, essas sanções civis, de duvidosa eficácia, redução de atribuições, inclusive quanto ao número de horas, não estão em sintonia com a atualidade do instituto, que mais penalizam o filho do que o pai ou mãe infrator.

Verificando o juiz 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, nos moldes do § 5º.

Assim, ao instituir a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, a Lei 11.698 de 2008 acolheu o princípio constitucional da proteção à criança e ao adolescente, estabelecendo aspectos materiais e processuais que buscam assegurar a manutenção dos vínculos afetivos familiares entre pais e filhos após a ruptura da relação conjugal, bem como assegurar o desenvolvimento de uma estrutura sólida e equilibrada na formação da personalidade de tais filhos.

## 7. CONCLUSÃO.

Com a nova sistemática de guarda introduzida pela Lei 11.698 de 2008, com fundamento básico no princípio do melhor interesse da criança, elegeu-se um modelo de responsabilidade parental como paradigma, preferencial, permitindo aos magistrados aplicá-lo onde considerar benéfico para o grupo familiar, buscando remarcar o equilíbrio nas relações entre pais e filhos e a manutenção do convívio da criança com ambos os pais.

A partir do momento em que a sociedade e o Poder Judiciário aceitarem que em caso de ruptura da relação conjugal ambos os genitores estão habilitados para a criação dos filhos, a guarda compartilhada, certamente, ajudará a criar um melhor vínculo entre os integrantes das famílias transformadas, fazendo justiça aos filhos de pais que não mais convivem sob o mesmo teto, aumentando a responsabilidade parental.

É importante ter em mente que tal instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação de seus genitores.

Dessa forma, o assunto merece ser acompanhado com o mais acurado interesse, tendo em vista a grande relevância dos interesses envolvidos, devendo ser apreciados os casos que não de se suceder no dia a dia dos Tribunais.

#### REFERÊNCIAS:

GRISSARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda Compartilhada, comentários à lei 11.698/08*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol. V, Direito de Família*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Imperium, 2009.

SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei sobre Guarda Compartilhada*. 2ª ed., São Paulo: Jh Mizuno, 2008.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, LEI 8.069 DE 1990.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, LEI 10.406 DE 2002.