

**A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA DISSOLUÇÃO  
DO CASAMENTO OU DA UNIÃO ESTÁVEL: UMA REVISÃO À LUZ DA  
LEGISLAÇÃO E DOUTRINA PÁTRIAS**

[Samara Loss Bendlin<sup>1</sup>](#)

[Luciana de Carvalho Paulo Coelho<sup>2</sup>](#)

[Maria Fernanda Gugelmin Girardi<sup>3</sup>](#)

**RESUMO**

A guarda compartilhada é um novo instituto jurídico, adequado ao tempo atual, no qual havendo dissolução do casamento ou da união estável, a guarda dos filhos será atribuída a ambos os pais. Desta forma, a responsabilidade paterna será dos dois genitores e não apenas do genitor guardião. Além do mais, permite a guarda compartilhada que o filho tenha maior contato com os genitores depois do divórcio ou término da união estável. O objeto deste artigo científico é o instituto da guarda compartilhada no Direito brasileiro. Seu objetivo geral é analisar, com base na legislação e doutrina pátria, o instituto da guarda compartilhada no caso de dissolução do casamento ou da união estável. O problema central desta pesquisa repousa na verificação dos contornos, das características gerais da guarda compartilhada, revelando sua conceituação, suas diferenças em relação aos outros tipos de guarda, suas vantagens e desvantagens. Com relação à metodologia, foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, do fichamento, do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais. Ao final, observou-se que o instituto da guarda compartilhada, ao permitir que os genitores continuem mantendo contato direto com os filhos após a ruptura do casamento ou união estável, possui grandes vantagens em relação ao modelo de guarda única.

Palavras-chave: Guarda; Guarda compartilhada; Dissolução do casamento ou união estável.

**1 INTRODUÇÃO**

As várias mudanças ocorridas na sociedade somadas ao desejo dos pais de acompanhar, de perto, o desenvolvimento dos filhos e o destes em ter ao seu lado tanto o pai quanto a mãe, motivou o surgimento do modelo de guarda compartilhada em caso de dissolução do casamento ou união estável.

Neste contexto, será feita uma pesquisa, a qual ao final será apresentado o resultado de uma pesquisa que tem como objeto o instituto da guarda compartilhada no atual Direito brasileiro. Seu objetivo geral é analisar, com base na legislação e doutrina pátria, o instituto da guarda compartilhada no caso de dissolução do casamento ou da união estável.

Para atender seu objetivo geral, este artigo científico foi dividido nos seguintes itens: a) definição de guarda compartilhada; b) diferenças entre a guarda compartilhada, a guarda unilateral e a guarda alternada; c) vantagens e desvantagens da guarda compartilhada; d) fixação da guarda compartilhada em sede de dissolução do casamento ou da união estável.

Com relação à metodologia, foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, do fichamento, do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais.

A aplicabilidade da guarda compartilhada ou conjunta, para muitos, ainda se trata de uma novidade, mas a doutrina e jurisprudência pátrias já vêm demonstrando uma gradativa aceitação.

## 2 DEFINIÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA

Com advento da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, a guarda compartilhada vem através de seu instituto propor a divisão igualitária, o compartilhamento da responsabilidade entre os genitores com relação ao menor. Equilibrando o campo de atuação dos guardiões. Waldyr Grisard Filho<sup>4</sup> define guarda compartilhada como:

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores.

Dessa forma na guarda compartilhada, os pais têm garantida a participação na educação, na criação e na vida de seus filhos, uma vez que ambos detêm a guarda jurídica simultânea do menor, partilham os mesmos direitos e obrigações, sendo que apenas um deles detém a guarda material, ou física.

A guarda compartilhada, conforme o § 1º do art. 1.583, na redação da Lei 11.698/2008, consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto. A regra não limitou a possibilidade de compartilhamento da guarda às hipóteses de separação, divórcio ou dissolução de união estável, é mais abrangente, favorecendo todos os pais que nunca mantiveram um relacionamento familiar, a exemplo dos que assim se tornam por conta de uma única e episódica relação sexual de que resultou o nascimento de filho comum, e desejam participar ativamente da sua vida.<sup>5</sup>

### 3 DIFERENÇAS ENTRE GUARDA COMPARTILHADA, GUARDA UNILATERAL E GUARDA ALTERNADA

Modificadora dos artigos 1.583 e 1.584 do novo Código Civil, a lei 11.698/2008 demonstra visivelmente a preferência pela guarda conjunta ao impor no § 2º do artigo 1.584 que nos casos em que não haja acordo entre pai e mãe com relação à guarda dos filhos será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Na guarda compartilhada os genitores partilham a guarda jurídica do menor, sem necessariamente dividir a guarda física, porém sem que exista uma divisão rígida demais como ocorre na guarda alternada. Na guarda compartilhada, a residência do menor é única, devendo este ficar com aquele que melhor atender as suas condições.

A criança tem uma maior estabilidade física e emocional, pois ela tem um relacionamento mais freqüente, uma continuidade do vínculo com ambos os pais, tem uma rotina. Neste modelo a colaboração entre os pais é maior, conforme afirma Waldyr Grisard Filho<sup>6</sup>:

Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva).

No que se refere à guarda alternada, verifica-se que o guardião a exerce com exclusividade durante o período pré determinado que passará com o menor, incumbindo ao genitor não-guardião apenas fiscalizar o guardião. Este modelo não agrada a todos, pois afirmam que o mesmo fere o princípio do interesse do menor devido a tantas mudanças, separações e reaproximações ocasionando instabilidade emocional, já que um dos requisitos deste modelo é a alternância de residências, diferentemente da guarda compartilhada onde o menor tem uma residência fixa. Contudo há quem defenda a guarda alternada alegando que esta propicia uma relação mais estreita com cada genitor. Preconiza Eduardo de Oliveira Leite<sup>7</sup>:

Se a guarda alternada apresenta algumas vantagens (a criança mantém relações idênticas com ambos os genitores, ao menos no que se refere ao número de dias passados com cada um deles, a alternatividade evita os problemas de concorrência de poder criados pela guarda conjunta e, ainda, é uma solução razoável, em caso de disputa, que diminui as tentativas de apreensão da criança e o não pagamento da pensão alimentar, como forma de retaliação. Mas, as desvantagens a nível pessoal (da criança) e os problemas jurídicos são bem mais elevados de forma a desaconselhar sua aplicação.

Em oposição à guarda compartilhada, a guarda unilateral é exclusiva do pai ou da mãe cabendo ao outro o direito de visitas e a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, nascendo assim uma divisão de competências, ao passo que na primeira, essa divisão inexistente. Jorge Augusto Pais de Amaral<sup>8</sup> ressalta:

Guarda única pode transformar-se em guarda conjunta de facto, desde que cada um dos progenitores proporcione ao outro um contacto muito freqüente com o filho e ambos procurem que as questões que a este dizem respeito sejam por eles decididas em conjunto. Em suma, se houver acordo dos pais, pode existir, de facto, a guarda conjunta, sem necessidade de intervenção do tribunal. (Jorge Augusto Pais de Amaral, 1997 apud Waldyr Grisard Filho, 2009, p. 222)

No caso de guarda única, os horários de visitas podem ser acordados entre o casal, sem a intervenção do juiz, porém essa restrição de tempo com o filho pode ser

prejudicial no relacionamento com o menor, ressaltando-se que o que prevalece é o direito do filho de ser visitado e não o direito do pai de visitar, pois o interesse do menor sempre predominará.

Observa-se que na guarda compartilhada não é determinado um horário para visitas, o horário é flexível, porém, há casais que preferem se estruturar com horários fixados.

A respeito das visitas na guarda compartilhada, Waldyr Grisard Filho<sup>9</sup>, afirma:

Os esquemas de visita ou acesso usualmente adotados servem para permitir ao genitor não-guardião exercer fiscalização (o que raramente acontece) sobre a educação dos filhos, facultando-lhe a lei, recorrer ao tribunal para solucionar a divergência quando não satisfeito com os atos de educação praticados no exercício da guarda. Na nova modalidade a controvérsia fica eliminada, na medida em que ambos os genitores participam diária e ativamente na educação da criança.

No Código Civil de 2002, podemos encontrar o conceito da guarda unilateral no parágrafo 1º do artigo 1.583, que foi modificado pela Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008.

Para Sérgio Eduardo Nick<sup>10</sup>, na guarda compartilhada os pais tem mais uniformidade no cuidado com os seus filhos do que na guarda única:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores ('joint custody', em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês). (Sérgio Eduardo Nick, 1997 apud Waldyr Grisard Filho, 2009, p. 131)

O envolvimento dos pais na vida de seus filhos independente do modelo de custódia, seja ela compartilhada, alternada ou unilateral é essencial para a formação da

personalidade dos filhos, ter pais presentes é fundamental, pois conforme Grisard (2009) os filhos precisam de pais e não de visitantes.<sup>11</sup>

#### 4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Após avaliar e comparar a guarda compartilhada com outras modalidades de guarda, importante analisar os prós e contras deste instituto que ainda é causa de discussão no nosso país tão habituado com a guarda única.

Levando em consideração que na escolha da guarda o que prevalece é o interesse do menor, a guarda compartilhada traz grandes vantagens, pois esta proporciona pais presentes no cotidiano da criança, reduzindo o sentimento de abandono ou de perda daquele genitor que em outras modalidades de guarda fica com um papel secundário.

Há uma maior cooperação entre os genitores que acabam por atenuar a exposição dos filhos em seus conflitos, e amenizar o sentimento de rejeição, evitando assim, problemas psicológicos e sociais.

Sobre este tema preconiza Waldyr Grisard Filho<sup>12</sup>:

“A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles”.

Além disso, verifica-se que o modelo de guarda compartilhada garante também ao menor uma conservação dos vínculos afetivos com os familiares tanto do pai quanto da mãe.

Analisando-se a guarda compartilhada no âmbito dos pais, infere-se que estes se sentirão envolvidos na educação e no desenvolvimento do filho. Ambos dividirão os direitos e os deveres, não sobrecarregando apenas um destes como nos outros modelos. Pai e mãe poderão reorganizar suas vidas. Enfatiza ainda Waldyr Grisard Filho<sup>13</sup>:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para as suas outras atividades.

Não restando dúvidas quanto às vantagens deste sistema, cabe determinar as suas desvantagens.

Na fixação da guarda conjunta, o menor terá dois guardiões, logo, poderão surgir dúvidas a quem recorrer em certas ocasiões, pois a criança pode ter regras diferentes com cada genitor, já que apesar dos pais entrarem em comum acordo na guarda, eles podem divergir em algumas questões.

A guarda compartilhada demanda contato freqüente entre os pais, podendo causar na criança, esperança de reconciliação entre os pais, e nos pais certo receio em conviver com as mágoas desta união.

É notório que separação do casal abala o convívio e a estrutura familiar, o que torna natural a existência de desvantagens neste modelo de guarda, pois a composição emocional da criança é abalada e o que funciona para uma família pode não ser a melhor opção para outra.

## 5 FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA EM SEDE DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO OU DA UNIÃO ESTÁVEL

A dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, de acordo com o Código Civil de 2002, pode ocorrer através do divórcio, o que põe fim aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e aos regimes de bens, porém não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, pois a dissolução da sociedade conjugal não

põe fim à relação parental. Informa a propósito Yussef Said Cahali<sup>14</sup>, na sua obra “Divórcio e Separação” que:

Cessando a coabitação entre os cônjuges, a atribuição dos filhos menores ou maiores inválidos a um deles, ou a terceiro, não representa para o outro uma sanção que se resolva na perda ou suspensão do poder familiar, uma vez que nem mesmo o divórcio vincular modifica os direitos e deveres dos pais em relação à prole, ainda que venham a contrair novo casamento (art. 1.588 do Código Civil).

Ainda, conforme estabelece a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, a união estável pode ser dissolvida por rescisão ou por morte de um dos conviventes, entretanto, igualmente ao divórcio, a relação parental será mantida.

A fixação da guarda no divórcio consensual, aquele em que ambos os cônjuges estão em comum acordo para a dissolução dos laços conjugais, independente de motivos para tal, sempre respeitará o que for estabelecido pelos pais, conforme previsão legal no art. 1584, inciso I, pois ninguém melhor que estes para decidir o que é melhor para seus filhos. É a lição de Yussef Said Cahali<sup>15</sup> na sua obra “Divórcio e Separação:

No caso da 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 e o regime de visitas – é o que dispõe o art. 1.583 do Código Civil, em sintonia com o art. 1.121, II, do CPC.

Diferentemente do acima exposto, quando o divórcio é litigioso, ou seja, não há harmonia entre os pais, o artigo 1584, §2º prevê que a guarda compartilhada será aplicada sempre que possível. Waldyr Grisard Filho<sup>16</sup> discorre sobre o tema:

O destaque doutrinário da questão está em que a fixação da guarda compartilhada pelo juiz somente deverá ocorrer quando houver diálogo, civilidade e harmonia entre os pais. Entretanto, a nova regra deverá ser adotada, sobretudo, quando as separações acabem em litígio, não devendo ficar a escolha do modelo à mercê da potestade de um dos pais, detentor do poder de veto, sob pena de se tornar um instituto vazio de efetividade. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda. Independentemente do litígio, o que a lei busca é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e



deveres do pai e da mãe, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

No entanto o que é visto na jurisprudência não é o que a legislação e a doutrina defendem, pois para esta, vários requisitos devem ser preenchidos para que a guarda conjunta seja aplicada, tais como harmonia entre os pais e diálogo e equilíbrio para as tomadas de decisões com respeito à vida do filho. Vale ressaltar que mesmo com todos estes pressupostos preenchidos a decisão sempre respeitará o interesse do menor.

Uma decisão que merece ser trazida como exemplo é a Apelação Cível n. 2007.018927-3, proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 2 de abril de 2009 e que teve como relator o Desembargador Luiz Carlos Freyesleben:

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA C/C ALIMENTOS. MENOR ADAPTADO AO CONVÍVIO COM O PAI E AVÓS PATERNOS. FALTA DE PROVA DA CONDUTA DESABONADORA DO GENITOR. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. HARMONIA ENTRE OS PAIS NÃO EVIDENCIADA. ALTERNÂNCIA PREJUDICIAL À CRIANÇA. SENTENÇA MANTIDA.

"Nas questões de guarda, os interesses do menor se sobrepõem à vontade de seus genitores" (Desembargador Mazoni Ferreira).

A guarda compartilhada é medida exigente de harmonia entre os pais e de boa disposição de compartilhá-la como medida eficaz e necessária à formação do filho. À míngua de tais pressupostos, não há dúvida de que a constante alternância de ambiente familiar gerará, para a criança, indesejável instabilidade emocional.

A psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta<sup>17</sup>, em seu artigo: Compartilhando a Guarda no Consenso e no Litígio enfatiza:

Afirmar não se aplicar a guarda compartilhada quando o casal briga e se ataca mutuamente, artificializa e localiza um problema na modalidade de guarda quando na verdade está na disposição para o litígio e na incapacidade de empatia com os filhos que se tornarão vítimas de atitudes que muitas vezes beiram à insanidade.

A maior dificuldade de aplicação da guarda compartilhada esta na falta de consenso entre os genitores. Os pais esquecem que o melhor interesse da criança deveria estar em primeiro plano, e esta se torna a maior vítima do litígio.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos observados, a guarda compartilhada deve ser tomada como o modelo de guarda em que pai e mãe estão no mesmo patamar, com os mesmos direitos e obrigações e igualmente respeitado por seus filhos.

Sabe-se que o objetivo de qualquer modalidade de guarda é resguardar o menor, portanto não poderia ser diferente na guarda compartilhada, modelo que tem como finalidade garantir a presença de ambos os genitores no cotidiano do filho, sempre visando o interesse do menor.

Ficou claro que para a fixação da guarda compartilhada é exigência quase que unânime dos Tribunais de Justiça brasileiros a existência de harmonia entre os genitores. O ideal para tal fixação é o consenso entre estes, não cabendo em casos de litígio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada – Priorizando o interesse do(s) filhos(s) após a separação conjugal.** Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91007-priorizando.htm>>. Acesso em: 06. nov. 2009.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2007.018927-3**, da 2ª Câmara de Direito Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 02. nov. 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont\\_id=1405&isPopUp=true](http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true)> Acesso em: 24. out. 2009.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

## NOTAS

<sup>1</sup> Acadêmica do 8<sup>o</sup> período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista do Projeto Pesquisa do art. 170 da Constituição do Estado de Santa Catarina

<sup>2</sup> Professora da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela UNIVALI

<sup>3</sup> Professora da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela UNIVALI

<sup>4</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 91

<sup>5</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 198

<sup>6</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 217

<sup>7</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais:** A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 259

<sup>8</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222

<sup>9</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 176

<sup>10</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 131

<sup>11</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251

<sup>12</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 219

<sup>13</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222

<sup>14</sup> CAHALI, Yusef Said. **Divórcio e Separação**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 889

<sup>15</sup> CAHALI, Yusef Said. **Divórcio e Separação**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 878

<sup>16</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205

<sup>17</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a Guarda no Consenso e no Litígio. Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Anais. Belo Horizonte: IOB Thompson 2005. São Paulo: IOB Thomson, 2006.