



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MILENA RABÊLLO DE OLIVEIRA

**A GUARDA COMPARTILHADA E A (IM)POSSIBILIDADE DA
IMPOSIÇÃO JUDICIAL À LUZ DA LEI 13.058/2014**

Salvador
2016

MILENA RABÊLLO DE OLIVEIRA

**A GUARDA COMPARTILHADA E A (IM)POSSIBILIDADE DA
IMPOSIÇÃO JUDICIAL À LUZ DA LEI 13.058/2014**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias.

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

MILENA RABÊLLO DE OLIVEIRA

A GUARDA COMPARTILHADA E A (IM)POSSIBILIDADE DA IMPOSIÇÃO JUDICIAL À LUZ DA LEI 13.058/2014

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Ao meu filho Davi, minha fonte inesgotável de inspiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder a dádiva da vida e fortalecer nas batalhas vividas.

À minha família biológica, em especial, minha mãe Eliadir Gomes Rabêllo, principal incentivadora para a realização desse sonho.

À Lindinalva, grande auxiliadora, que se tornou parte da minha família afetiva.

Ao meu orientador, Cristiano Chaves de Farias pelo incentivo, presteza e compartilhamento dos seus conhecimentos.

A todos os meus amigos, pelo carinho, apoio e compreensão nas minhas ausências para a conclusão do curso.

Aos juízes (as), promotores (as), advogadas (os) e assessores (as) que tive a oportunidade de conhecer e aprender diariamente no estágio na Vara de Família, cuja convivência me inspirou para o desenvolvimento desse tema.

Ao corpo docente da faculdade, através da transmissão de seus sábios conhecimentos jurídicos e reflexões que me tornaram mais humana e perceptiva.

Aos colegas e amigos do curso que conquistei nessa caminhada.

Aos funcionários da faculdade, pela presteza e simpatia.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização dessa pesquisa.

O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com
leviandade, não se ensoberbece.
Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não
suspeita mal; Não folga com a injustiça, mas folga com a verdade; Tudo sofre, tudo
crê, tudo espera, tudo suporta.

Bíblia (1Cor 13:4-7)

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo da guarda compartilhada, em vista da nova redação do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 que foi inserida pela Lei 13.058 sancionada em 22 de Dezembro de 2014. Para a contextualização da matéria, a pesquisa demonstra a transformação da família, desde o Código de 1916 até a Constituição Federal de 1988, que em conjunto com o Código Civil de 2002, estabeleceu novas diretrizes no Direito de Família. Apresenta o conceito de guarda, seu histórico no ordenamento brasileiro e no direito comparado, bem como define as diversas modalidades de guarda legais e doutrinárias. A principal controvérsia está na outorga da guarda conjunta como regra geral, mesmo quando os pais estiverem em desacordo. Tem como escopo o estudo minucioso da legislação, doutrina, jurisprudência e demais formas de alcançar conhecimentos, expondo os aspectos positivos e controvertidos dessa determinação em processos litigiosos, de maneira a garantir sempre o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. É abordada também, a necessidade do magistrado em orientar-se em equipes interdisciplinares ou de técnico-profissional que avaliam as condições sociais e psicológicas do infante, antes de aplicar tal modalidade, com a finalidade de verificar se os pais estão aptos a exercer o poder parental, de modo que garante ao juiz uma série de elementos para formação do seu convencimento. Preconiza a utilização de sessões de mediação familiar, instituto que está previsto no novo Código de Processo Civil, entre os artigos 693 e 699, para ações de famílias, exceto as ações de alimentos, de interdição e aquelas reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A mediação pode ser exercida como forma de eliminar as desavenças existentes entre os genitores, com o propósito de assegurar os interesses do menor.

Palavras-chave: Família monoparental; Poder familiar; Guarda Compartilhada; Interdisciplinaridade; Melhor interesse; Mediação.

ABSTRACT

The present work discusses the study of joint custody, in view of the new 1584 article's wording of the 2002 Civil Code which was inserted by Act 13058 sanctioned in December 22 of 2014. For the contextualization of the subject matter, the survey demonstrates the transformation of the family, since the 1916 code until the 1988 Federal Constitution, which in conjunction with the 2002 Civil Code, established new guidelines on family law. It introduces the concept of custody, its history in the Brazilian juridical order and in comparative law, as well as defines the various modalities of legal and doctrinal guard. The main controversy lies in granting joint custody as a general rule, even when the parents are in disagreement. It has as scoped a detailed study of legislation, doctrine and jurisprudence and other ways to achieve knowledge, exposing the positive and controversial aspects of this determination in litigious processes, in order to guarantee the principle of the best interests of the child or adolescent. It also addresses the magistrate's need to focus on interdisciplinary teams or professionals that evaluate social and psychological conditions of the infant, before applying such a mode, in order to verify if the parents are able to exercise the parental power, so that guarantees to judge a series of elements for the formation of his persuasion. It advocates the use of family mediation sessions, institute which is provided in the new code of Civil procedure for some family's actions, that may be exercised in order to eliminate the existing disagreements between the parents, with the purpose of ensuring the interests of the minor.

Keywords: One parent; Family power; Shared custody; Interdisciplinarity; Best interests; Mediation.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	11
2. A GUARDA COMPARTILHADA.....	15
2.1 A FAMÍLIA	15
2.1.1 Princípios do direito de família	18
2.1.2 Evolução histórica da guarda dos filhos.....	20
2.1.3 Poder familiar	22
2.2 DIREITO COMPARADO	24
2.3 CONCEITO DE GUARDA	27
2.4 DISTINÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E OUTRAS MODALIDADES	28
2.4.1 Guarda compartilhada x guarda unilateral	29
2.4.2 Guarda compartilhada x guarda alternada.....	30
2.4.3 Guarda compartilhada x guarda nidal	31
2.4.4 Guarda compartilhada x guarda de terceiro	32
2.5 GUARDA COMPARTILHADA E DIREITO DE VISITAS	33
2.6 GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS	35
2.6.1 Possibilidade de prestação de contas.....	36
2.7 GUARDA COMPARTILHADA E RESPONSABILIDADE CIVIL	40
3. A LEI 13.508/2014	42
3.1 DA CUSTÓDIA FÍSICA	42
3.2 DO TRATAMENTO INTERDISCIPLINAR E DOS DEVERES DOS GENITORES.....	44

3.2.1 Da viagem para o exterior e a mudança de domicílio	47
3.3 CONVIVENCIA EQUILIBRADA.....	49
3.4 MEDIDAS PUNITIVAS	52
3.5 MEDIDA CAUTELAR OU TUTELA DE URGÊNCIA	53
4. DA POSSIBILIDADE DA IMPUTAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA.....	56
4.1 DA APLICABILIDADE	57
4.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE	59
4.3 A MEDIAÇÃO.....	62
4.4 ASPECTOS POSITIVOS.....	64
4.5 ASPECTOS CONTROVERTIDOS	67
5.CONCLUSÃO	72
6. REFERÊNCIAS.....	75

1. INTRODUÇÃO

A dissolução do casamento ou união estável implica diretamente no destino dos filhos dos genitores. É nesse momento que surge uma concorrência pela guarda dos filhos. Na maioria dos casos, a guarda unilateral era estabelecida para a mãe, com direitos de visitas e deveres de prestação de alimentos pelo pai. A guarda compartilhada nasceu, então, com o propósito de minorar as deficiências das outras modalidades de guarda, especialmente a unilateral. Nesta, é garantido o sistema de visitação do pai como forma de neutralizar a sua exclusão em relação às decisões tomadas no dia a dia da criança, pois estas deliberações ficam na maioria das vezes, a ofício da mãe, que se torna a única guardiã da prole.

Com a evolução da sociedade e alterações dos papéis dos progenitores com a crescente igualdade entre o homem e a mulher, foi promulgada uma nova lei sobre a guarda compartilhada, a Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que tem como intento a garantia da proteção integral do infante, que está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda compartilhada, também chamada de guarda conjunta (*joint custody*) ou compartilhada, surgiu na Inglaterra há cerca de cinquenta e cinco anos. Esse modelo é aplicado no direito estrangeiro, a exemplo dos Estados Unidos, França, Espanha, Portugal, Canadá, como forma de solucionar os limites trazidos pelas visitas, ao viabilizar um grau de relacionamento mais adequado entre pais e filhos. No Brasil, teve a sua primeira previsão com o advento da Lei nº 11.698/2008 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil 2002. Entretanto, para atender à nova realidade na seara familiar, com o crescente número das dissoluções nas relações conjugais ou estáveis, foi sancionada a recente lei supracitada, que alterou novamente os artigos 1.583, 1.584, e também, os artigos 1.585 e 1.634 do Codex Civilista de 2002.

Importante salientar que, embora a previsão legal deste instituto só ocorresse em meados de 2008, este modelo já era aplicado pelos tribunais brasileiros há alguns anos, mesmo que de forma tímida, em situações em que os pais se atentavam com a formação da personalidade e condições psicológicas da prole.

A guarda compartilhada, nos termos legais, significa o exercício em conjunto do poder familiar. São direitos e deveres que os genitores que não convivem sob o mesmo teto têm em relação aos seus filhos. Em vista disso, a nova convivência estabelecida através do compartilhamento da custódia deverá ser equilibrada, de forma a obstaculizar o afastamento de uns dos pais após o divórcio ou dissolução da união estável, garantindo o princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

As crianças e os adolescentes geralmente não têm capacidade de desenvolver-se nos aspectos morais, afetivos, sociais e intelectuais, bem como não têm aptidão de defender a própria vida, a integridade física ou a saúde. Eles não possuem meios próprios para atender às suas necessidades básicas. Diante disso, a doutrina da Proteção Integral da Criança, contida no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, determina que é dever da família, da sociedade e do Estado, proporcionar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária com absoluta prioridade, além de conduzi-los a salvo de qualquer forma de negligência, desumanidade, discriminação, exploração, violência, abuso. É nesse contexto que a guarda conjunta assume vasta importância, à medida que objetiva o convívio do menor com ambos os pais, visando à preservação dos interesses da prole, em detrimento dos pais, após a ruptura da comunhão destes.

É um tema atual e de extrema relevância. Quanto aos elementos descritivos, será apresentado o instituto da guarda compartilhada, como meio de resguardar o afeto entre os genitores e a prole e os benefícios psicológicos existentes, assim como analisar a sua aplicabilidade, principalmente em processos litigiosos. Caberá ao magistrado decidir qual a modalidade deverá ser adotada, com o auxílio de outras áreas do conhecimento, à luz dos princípios inerentes a guarda, como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da proteção integral e da solidariedade familiar.

No que tange aos elementos específicos, será explorada à luz do contexto normativo e social atual, a imposição judicial da guarda compartilhada quando os pais não estiverem em acordo. Destarte, examinará os aspectos positivos e controversos do compartilhamento quando há conflitos entre os progenitores.

O primeiro capítulo trata da família, sua evolução desde o Código Civil de 1916, que influenciada pela evolução da sociedade, da inserção da mulher no mercado de trabalho e da promulgação da Constituição de 1988 e seus ideais de igualdade, deixa de ser patriarcal e hierarquizada para se tornar plural. Aborda a evolução histórica da guarda dos filhos e o crescimento das famílias monoparentais, tal como esclarece o conceito de poder familiar, e explana que este não se extingue somente porque houve separação *latu sensu* do casal. Relata a origem e evolução da guarda conjunta no direito comparado. Conceitua e distingue a guarda compartilhada das demais modalidades, ou seja, a guarda unilateral, alternada, nidal e a guarda de terceiro, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Discorre sobre o dever de prestação alimentícia na guarda compartilhada e a possibilidade da prestação de contas. Faz uma análise do direito de visitas, chamado de direito de convivência pela doutrina e versa sobre a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores.

O segundo capítulo examina intrinsecamente a Lei nº 13.058/2014 e as suas inovações. Trata da custódia física conjunta, do tratamento interdisciplinar, dos deveres dos genitores, da convivência equilibrada e não igualitária como previa o projeto de lei complementar 117/2013. Elucida as medidas punitivas em decorrência do abuso de direito, provocados pela alienação parental que pode ensejar a síndrome da alienação parental, e também a punição em consequência do descumprimento da responsabilidade parental e também explana as possibilidades da medida cautelar ou tutela de urgência à luz do novo Código de Processo Civil.

O terceiro capítulo, ponto central desse trabalho, coloca em evidência a controvérsia sobre a possibilidade de imposição judicial da guarda compartilhada em litígio, bem como discorre sobre a sua aplicabilidade, destacando o princípio do melhor do melhor interesse e sua inserção no ordenamento brasileiro e de outros países, como a Inglaterra e Estados Unidos. Ilustra os aspectos positivos e controvertidos da imposição judicial quando não há consenso e propõe a mediação como instituto imprescindível para viabilidade da guarda conjunta, com o escopo de dirimir os conflitos existentes entre os genitores.

Tem como ponto culminante essa discussão sobre a viabilidade do parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a outorga da guarda

compartilhada quando há divergência entre os pais sobre a custódia da prole, principalmente, em casos em que a interlocução se torna impraticável. Para tanto, são utilizadas fontes diretas como livros, legislações, doutrinas, periódicos, jurisprudências, revistas jurídicas e artigos científicos.

2. A GUARDA COMPARTILHADA

Os processos de divórcio ou dissolução de uniões estáveis são difíceis para toda a família, inclusive os filhos, que são diretamente afetados, de maneira que são privados ou têm o seu convívio reduzido com um dos genitores. Nesse momento em que os sentimentos estão conturbados, surge uma disputa pela guarda dos filhos menores. Ao longo da história, nem sempre foi assim, pois o formato de família sofreu transformações, de maneira que as uniões estáveis não eram reconhecidas pelo Direito e o término do casamento somente foi legalizado com a Lei nº 6.515/77 do divórcio.

2.1 A FAMÍLIA

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. *Lato sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e afins. As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole, embora esta não seja essencial à sua configuração. É a denominada pequena família, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos, correspondendo ao que os romanos denominavam *domus*. Trata-se de instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e o seu patrimônio.

A população existente na elaboração do Código Civil de 1916 tinha forte orientação religiosa. Em 1872 a totalidade da população brasileira se declarou católica, já em 1890 já se identificava influência da imigração, visto que 1% (um por cento) da população se declarava evangélica, percentual que não parou de crescer no século XX. São dados importantes, uma vez que é perceptível que o Direito Canônico influenciou significativamente o modelo jurídico de família legislado em 1916.

O Código Civil 1916 revogou expressamente as Ordenações Filipinas de 1603 e fez com que o Direito Civil ingressasse na modernidade jurídica. Este código declarou um modelo de família legítima, matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, e transpessoal, fundada em um vínculo matrimonial indissolúvel, devido à

indissociabilidade entre a relação conjugal e a paterno-filial, estes com papéis familiares inflexíveis e com destaque à proteção da consanguinidade (CARBONERA, 2013, p.35).

O nascimento de família legítima estava condicionado à celebração de um casamento civil válido, de modo que a ausência do matrimônio, dentro das condições legais da época, colocava o grupo familiar à margem do sistema jurídico e tinha a qualificação de família ilegítima. Os efeitos da legitimidade influíam fortemente a filiação, pois dentre os efeitos do casamento, o legislador determinou expressamente o dever de guarda, sustento e educação dos filhos, pelo qual indicava que os deveres não resultavam da relação paterno-filial, mas sim da espécie de vínculo entre os pais. Foi estabelecida a incidência da presunção "*pater is est quem nuptiae demonstrant*", de modo que os filhos nascidos na constância do casamento eram presumidos automaticamente como filhos do marido de sua mãe, observados os limites legais. Nesse contexto, a figura do pai e genitor era sinônima, dado que não poderiam ser separados por imposição legal e os conceitos de filiação jurídica e biológica se equiparavam.

Com o casamento, surgia juridicamente uma família patriarcal, prevista no artigo 233 do Código Civil de 1916, segundo o qual afirmava que o marido era o chefe da sociedade conjugal. Nessa seara familiar tradicional, os filhos ocupavam um espaço previsto por lei, condicionado pelo qualificativo da legitimidade, existência em vista do matrimônio. "A criança nada mais era que um objeto, utensílio, vinculado a um grupo de filhos, garantidor dos valores familiares", como descreve Eduardo Leite (2003, p.15).

Outra característica desse modelo patriarcal era a rígida divisão dos papéis familiares. Enquanto ao marido eram assegurados à chefia, os filhos e a mulher, por sua vez, deveriam ter submissão.

Durante setenta e dois anos, período entre o Código Civil de 1916 e a Constituição de 1988, o retrato de família primeiramente desenhado foi sendo transformado por novas leis ordinárias, que, ora tratava da condição feminina na relação conjugal, ora tratava dos filhos, descaracterizando-o parcialmente.

Nos anos 1970, com o movimento estudantil e possível liberação da mulher, ideais de emancipação surgiram com a criação da pílula anticoncepcional. Com a defesa "do

amor livre” a mulher deixa de ser dona do lar e dez anos depois divide o mercado de trabalho com o homem, uma vez que os filhos eram criados por empregadas domésticas (HOFFMANN, 2014, p.23).

O processo de urbanização que ocorreu no Brasil também contribuiu de forma direta na transformação da família, pois a variedade de costumes, crenças religiosas, diversidade populacional, orientação sexual, colocaram fim na possibilidade do sistema jurídico manter a tutela a apenas uma única forma de família.

Outro aspecto relevante diz respeito à possibilidade de ruptura do *vínculo* matrimonial, consagrado com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9 e regulamentada pela Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77. A partir de então, houve dissociabilidade do *vínculo* e as pessoas puderam contrair novas uniões matrimonializadas.

Essas transformações citadas, intimamente ligadas às modificações políticas, sociais e econômicas, apresentam um modelo plural de família, diferente daquele patriarcal, posto que haja sinais de preocupação com a efetivação da tutela da dignidade das pessoas inseridas na relação familiar. Então, o sistema jurídico traçou novos contornos para os modelos de família constitucionalizadas.

A Constituição Federal foi inovadora, ao recepcionar a união estável e a norma da parentalidade com previsão da tutela do princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, com o cuidado expresso com o idoso e a adoção do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à relação paterno filial, é possível identificar o crescimento de famílias monoparentais, sendo constituída por mães e filhos. Constata-se que próximo a Constituição de 1988, era significativo o número de famílias monoparentais. Então, esta passou a tutelar uma realidade familiar vigente e significativa.

Essas mudanças em relação à mulher ensejaram novos rumos da vida familiar, conforme já demonstrado. Em síntese, tem-se o ingresso desta no mercado de trabalho, a inserção mais cedo dos filhos nas creches e/ou pelos cuidados das babás, crescimento das famílias monoparentais, chefiada pelas mães, a transição demográfica com o aumento da longevidade e queda da fecundidade, as novas tecnologias na reprodução assistida, acréscimo no número de divórcios e separações, a igualdade dos filhos dentro e fora do laço matrimonial e os adotivos, entre outras.

Esses acontecimentos apontam para uma família mais preocupada com o destino dos filhos, mesmo que rompida a relação conjugal. Começou um aumento gradual nas guardas atribuídas a ambos os pais, a partir da Lei nº 11.698/08.

Segundo Cristiano Chaves de Farias (2007, p. 2), a família é o fenômeno humano em que a sociedade se fundamenta, cuja compreensão é impossível sem a observância da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, pela qual é marcada por relações abertas, complexas, multifacetárias e globalizadas.

2.1.1 Princípios do direito de família

Existem alguns princípios que permeiam a guarda dos filhos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade entre homens e mulheres, a supremacia do melhor interesse do menor e a solidariedade familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais geral no ordenamento brasileiro. Está previsto nos artigos 1º, inciso III e 226, parágrafo sétimo da Constituição Federal de 1988, que versa sobre o planejamento familiar. Trata-se de um direito fundamental. É o mais universal, uma vez que dele irradiam os demais princípios como a liberdade, a autonomia, a igualdade, entre outros. Sérgio Resende de Barros (2003, p.148) afirma que o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. É um princípio que constitui a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

O tema da guarda abrange a proteção do menor enquanto ser humano em crescimento, com a finalidade de atingir a maioridade com saúde física e mental, capacitação educacional, e compreensão social, de forma a atender o princípio constitucional de uma vida digna. Para Andréa Guedes Martins Bastos de Moura (2015, p.52) o exercício da guarda significa educar, garantir a segurança, dar afeto e acolhimento em casa sob vigilância e amparo, proporcionar alimentação, moradia, atenção, roupa, lazer, recursos médicos e terapêuticos, instruir, aconselhar, de modo a proporcionar uma vida digna e feliz.

A Constituição de 1988 consagra o princípio da igualdade no seu artigo 5º, inciso I, que prevê a igualdade do homem e da mulher em direitos e obrigações¹. O artigo 226, parágrafo quinto, da referida Constituição também trata da igualdade dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. Portanto, diante dessa norma constitucional, ambos os genitores têm igualdade de condições para exercer a guarda dos filhos, de forma que deve-se afastar a ideia popular de que “mãe é mãe”, sendo concedida “presumidamente” a guarda unilateral para a genitora. Contudo, existem situações que a criança está em tenra idade, e não é possível o compartilhamento da guarda, pois o aleitamento é essencial para o sadio desenvolvimento da prole.

O princípio do melhor interesse é consequência da dignidade da pessoa humana, que valoriza o ser humano em todos os ambientes, inclusive nas relações familiares. Assim sendo, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina, em seu artigo 3º, que a criança ou adolescente possuem como direitos fundamentais à pessoa humana “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade”. É um princípio de total relevância na atribuição da guarda, de maneira que será analisado no quarto capítulo.

O princípio da afetividade respalda o direito de família na constância das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com prioridade em relação às alegações biológicas ou patrimoniais. Esse princípio está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como se associa com os princípios da convivência familiar e igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que evidenciam a natureza cultural e não somente biológica da família.

Desta maneira, é possível reconhecer na Constituição quatro fundamentos do princípio da afetividade, como: 1) a igualdade de todos os filhos independente da sua origem, previsto no artigo 227, parágrafo sexto; 2) a adoção baseada no afeto, prevista

¹ 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;

no artigo 227, nos parágrafos quinto e sexto; 3) o direito a convivência familiar como primazia da criança ou adolescente, previsto no artigo 227 e 4) a comunidade formada por qualquer dos pais e filhos, inclusive os adotivos, com dignidade da família, previsto no artigo 226, parágrafo quarto (LOBO, 2012, p. 71).

O afeto é a “mola propulsora” dos vínculos familiares e das relações intersubjetivas motivadas pelo amor. Giselle Câmara Groeninga (2006, p. 448) afirma que o amor é condição para entender o outro e a si mesmo, com respeito à dignidade, com o propósito de um benéfico desenvolvimento da personalidade.

Assim sendo, a afetividade é necessária na filiação e parentesco, de forma que não prevalece sobre a consanguinidade. À vista disso, a guarda do menor não é sempre outorgada ao genitor que tem melhores condições financeiras, conforme o senso comum. Uma vez que nem sempre aquele que possui mais poder aquisitivo é o mais acertado, diante disso, deve-se conferir a guarda visando o melhor interesse do menor.

Por isso, o juiz analisa no caso concreto o melhor atendimento da criança, aquele que garante o bem-estar social, o afeto, melhor local para o estudo, e isso não significa apenas as condições financeiras, mas o incentivo e acompanhamento. Portanto, percebe-se que a concessão da guarda compartilhada não se define, por via de efeito, em face do conjunto de possibilidades materiais dos genitores, mas pelo atendimento dos interesses do menor. Desse modo, a contribuição afetiva denota-se mais importante do que a material, então, o direito a felicidade do filho é um elemento que não deverá ficar de escanteio pelo magistrado.

O princípio da solidariedade familiar tem ideal de fraternidade e reciprocidade. (DIAS, 2011, p. 66). Está previsto no artigo 229 da Constituição de 1988, que preceitua o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores. De igual modo, está consagrado no artigo 1.694 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a obrigação alimentar entre os parentes.

Isto posto, este princípio deverá ser observado na aplicação do compartilhamento da guarda, uma vez que os integrantes da família têm a obrigação de prestar assistência material, que são os alimentos, mas também imaterial, o afeto.

2.1.2 Evolução histórica da guarda dos filhos

No Código Civil de 1916, a guarda dos filhos era deliberada com base na culpa. Os filhos menores ficavam sob a guarda do cônjuge inocente, mas se ambos fossem

culpados pelo desquite, a guarda ficava com a mãe, salvo quando o juiz verificasse que essa decisão trouxesse prejuízos morais para a prole². Essas regras eram compostas de conservadorismo, pois em vez de priorizar o direito da criança, utilizava-se de um caráter repressor e punitivo para a postura dos pais.

Semelhantemente, a Lei nº 6515/1997, chamada de Lei do Divórcio, no seu artigo 10º, favorecia o cônjuge inocente: “os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.” Assim sendo, essas leis nº 4.121/1962 e 6.515/1977 tinham como fundamento o princípio da culpa e da prevalência feminina na separação, pois se fosse decretada a culpa de um dos cônjuges, o filho menor ficava com o inocente, mas se ambos fossem culpados, o filho ficaria com a mãe. Era possível o juiz decidir de modo diverso, todavia, na prática permanecia a mãe cuidadora/guardiã e pai provedor/visitante.

Com a evolução da sociedade, a mulher deixou de ter o papel exclusivo de dona do lar, para ser inserida no mercado de trabalho, de maneira que provocou as distribuições das tarefas, e por consequência trouxe reflexos para o instituto da guarda.

A Constituição Federal de 1988, com o objetivo de garantir a igualdade entre o homem e a mulher e o Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe uma nova concepção, garantindo direitos fundamentais, produzindo alterações no poder familiar.

O Código Civil de 2002 abrange no seu artigo 1.584, o princípio da prevalência dos interesses dos filhos, sem a discussão da culpa e sem predominância feminina.

Com o advento da Lei nº 11.698/2008, a guarda compartilhada passou a ser positivada no ordenamento brasileiro. Isto porque esse instituto era aceito por parte dos tribunais, porém havia resistência entre os juízes e outros tribunais. Então, diante da lacuna, para garantir a segurança jurídica, essa lei alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002. Todavia, é necessário ressaltar que mesmo antes da positivação da

²Art.326: Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro, a que, entretanto, será assegurado o direito de visita.

guarda compartilhada no direito brasileiro, em 2006, o enunciado 334 da IV Jornada de Direito do Conselho de Justiça Federal propôs que “a guarda deve ser estimulada, utilizando-se sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

A partir da Lei nº 11.698/08, tornou-se possível o estabelecimento da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral. No entanto, atender as novas mudanças da sociedade, foi sancionada nova lei sobre a guarda compartilhada em 2014, a Lei nº 13.058 que trouxe alterações consideráveis, a serem analisadas em capítulo próprio no escopo desta monografia.

Tais alterações tem como fundamentado o princípio do melhor interesse do filho, pois a guarda compartilhada tornou-se a regra, com algumas exceções. Tem o propósito do exercício contínuo e sem interferências do poder familiar, de forma que altera a figura dos pais, sendo ambos considerados provedores e cuidadores.

2.1.3 Poder familiar

A família era patriarcal, como já exposto, sendo o homem considerado chefe. Havia uma relação hierarquizada, chamada de pátrio poder, pois o homem estava acima da mulher. Tem origem no direito romano: “*pater potestas*”, que significa o direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos (RODRIGUES, 2004, p. 353).

Com o movimento feminista, e por consequência, a emancipação da mulher, essa expressão “pátrio poder” foi substituída por poder familiar pelo Código Civil. Isto porque somente mencionava o poder dos pais em relação aos filhos. Contudo, essa nova expressão sofreu críticas, como aponta Silvio Rodrigues (2004, p. 355): “pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra ‘pátrio’ do que incluir o seu real conteúdo, que antes, de um poder representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.”

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 412), o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoas e aos bens do filho menor.

Pois bem, com o fim do relacionamento dos pais, o poder familiar permanece. Ainda que haja desavença entre os genitores, não haverá ruptura dos direitos parentais, consoante o artigo 1632 do Código Civil de 2002. O poder familiar é instituto que

decorre exclusivamente do *vínculo* de parentalidade. De acordo com o artigo 1630 do *Codex* Civilista, os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto forem menores de idade, ou seja, quando ainda não completos dezoito anos ou não alcançada a maioridade civil por meio de uma das formas do artigo 5º, parágrafo único e seus incisos, do referido Código. É exercido pelo pai e pela mãe, seus titulares, na mesma ordem e condições e importância, obedecendo ao *princípio* constitucional da igualdade entre os sexos.

Fabiana Splenger e Nilo Marion (2007, p. 35-36) trazem outra característica do poder familiar, que é a irrenunciabilidade deste, por meio da qual aos genitores não é permitido transferir o poder familiar para outra pessoa via renúncia. Porém, existe uma exceção que pode ser encontrada no consentimento para adoção, onde os pais biológicos, detentores do poder familiar, concordam que o filho seja adotado por outra família.

Segundo o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder parental deve ser exercido em igualdades de condições dos genitores, porém a eles é assegurado o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Deste modo, são características do poder familiar a irrenunciabilidade, uma vez que os pais não podem deixar de exercê-lo, a indisponibilidade, pois garante ao filho o recebimento de assistência, a indivisibilidade, não no seu exercício, a imprescritibilidade, visto que não extingue pelo seu não uso, e a obrigatoriedade, pois tem que ser exercido.

O poder familiar não é um instituto *ad eternum*. Logo, pode ser extinto, suspenso ou destituído a qualquer tempo. Então, se os pais abusarem da autoridade, faltando aos deveres inerentes, algum parente pode requerer ao juiz e/ou caberá ao Ministério Público a intervenção a fim de garantir os interesses dos filhos, para que o magistrado suspenda o poder familiar, consoante o artigo 1.637 do Código Civil de 2002. Contudo, esta suspensão não é definitiva, mas apenas uma sanção imposta pelo Judiciário visando à preservação dos interesses da prole, até que os motivos tenham cessados, a fim de que o poder familiar seja restabelecido. Em caso de perda, a sanção será imposta por sentença judicial aos pais, desde que pratiquem atos, como por exemplo,

castigar o filho imoderadamente, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, hipóteses previstas no artigo 1.638 do código aludido.

Ao se falar em guarda compartilhada, subentende-se a separação dos pais. O Código Civil assegura aos genitores o exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar. Deste modo, independe do tipo de guarda, unilateral ou compartilhada, ambos exercem esse poder-dever. É a soma de direitos e deveres desempenhado pelos progenitores, em igualdade de condições, de modo que não se altera com o fim do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

Importante destacar que a guarda é um atributo do poder familiar e não se confunde com este. A função familiar pode ser suspensa ou extinguida, conforme o artigo 1.635 do Código Civil de 2002.

Maria Helena Diniz (2011, p. 537) conceitua o poder familiar:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos, deveres e obrigações quanto a pessoas e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos - norma jurídica - impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Deste modo, percebe-se que a guarda compartilhada garante o pleno exercício do poder familiar. Ambos os genitores, aptos a exercê-lo, terão maior desenvoltura nas decisões em conjunto, em detrimento do maior tempo de convívio que essa modalidade oferece.

2.2 DIREITO COMPARADO

No direito inglês predominava o *Common Law*, pelo qual a guarda era unilateral atribuída aos pais, pois eram considerados donos dos filhos, portanto, em casos de discórdia, estes ficavam com a guarda da prole.

A Revolução Industrial alterou os papéis dos genitores na criação dos filhos no Brasil. Ocorreu essa inversão também na Inglaterra, pois os homens foram inseridos nas indústrias e fábricas, de forma que a guarda nesta época era conferida as mães.

Segundo Eliane Ivete Willrich Hoffmann (2014, p.112) a guarda compartilhada teve origem na Inglaterra, na época de 1960, com a primeira decisão nesse sentido. Nessa época, as mulheres foram introduzidas no mercado de trabalho e, conseqüentemente, as obrigações na manutenção da família foram divididas entre os genitores.

A partir desse marco, os tribunais ingleses começaram a adotar a chamada *split order*, que significa a divisão nas funções do direito de guarda entre a mãe e o pai, ou seja, o compartilhamento de deveres que estes têm em relação aos seus filhos. A França e o Canadá também adotaram esse modelo de guarda, e mais tarde a América do Norte.

Na França, a guarda compartilhada surgiu em 1976, pois a jurisprudência francesa teve o mesmo intento da Inglaterra: diminuir as injustiças provocadas pela guarda unilateral. A Lei Mallhuret de nº 87.570/1987 alterou dispositivos do Código Civil Francês e dispôs sobre o exercício da autoridade parental, que permite aos pais organizarem a criação e educação dos filhos após o divórcio. O instituto da guarda compartilhada nesse país resultou das jurisprudências decorrentes dessa lei. A partir daí, os pais conquistaram o pleno exercício dos direitos e obrigações com o propósito de garantir o melhor interesse da criança ou adolescente (GRISARD FILHO, 2002, p. 30).

No Canadá, o compartilhamento da guarda teve início na década de 1970, de maneira que também influenciou toda a América do Norte (FONTES, 2009, p. 29). Neste país, a regra é a outorga da guarda exclusiva a um dos genitores quando não há acordo entre os pais, e por outro lado, o direito de visitas ao não detentor da guarda. Isto porque os Tribunais entendem a dificuldade de impor a guarda conjunta quando há discórdias entre os pais. Por isso, a guarda compartilhada no direito canadense somente é aplicada quando há consenso entre progenitores, a fim de garantir o melhor interesse da criança. Waldyr Grisard Filho (2002, p.129) discorre sobre o Tribunal canadense: “A *Court d’Appel* da Província de Ontário, porém entende ser difícil compelir um pai a cooperar quando ele não deseja uma guarda conjunta, podendo não servir aos seus objetivos”.

Na América do Norte, quando há o fim do relacionamento da sociedade conjugal, a guarda compartilhada é o modelo adotado pelos pais, no divórcio direto. Já em Portugal, a aplicação da guarda compartilhada tem como finalidade a garantia do melhor interesse da criança. É uma forma de retirar apenas a responsabilidade das mulheres no cuidado dos filhos. Contudo, assim como no Canadá, esse modelo somente é aplicado quando há consenso entre os pais.

Na Espanha, o Código Civil espanhol dispõe que somente em casos excepcionais o juiz pode determinar a guarda compartilhada, quando esta for requerida por uma das partes, caso que não há consenso entre os pais, como evidencia Laura Carrasco (2011, p.2): “*Art. 92.8 of the Spanish civil Code, as amended by the 2005 reform, establishes the exceptional possibility that the judge, at the request of only one of the parties, agrees to grant shared custody*”³.

Nos Estados Unidos, há um grande número de pais separados. Em razão disso, existe um comitê para desenvolver estudos sobre o instituto da guarda de menores, que é chamado de Chil Custody Committee, que se reúne trimestralmente ou a pedido do presidente, ou diretor, para realizações de tarefas, dentre as quais, a revisão periódica das diretrizes de apoio à criança do estado, conforme exigido pela Lei Federal de Apoio à Família de 1988 (RAUNER, 2014, p.1).

Várias províncias nos Estados Unidos adotam a guarda conjunta, contudo em razão de que cada estado tem a sua própria legislação, há um problema na aplicação uniforme deste modelo. Então, para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, busca-se uniformizar o entendimento com o *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, que é adotado por um número crescente de estados, Arizona: Califórnia, Geórgia, Louisiana, Minnesota, Ohio, Virgínia, por exemplo, como aponta Waldyr Grisard Filho (2000, p.122).

No Brasil, quando a guarda compartilhada se iniciou, os Tribunais foram cuidadosos desta modalidade. Ao longo do tempo, esta passou a ser vista como uma forma de dirimir a angústia sofrida pelos filhos em razão da separação dos pais, com o intuito de assegurar o superior interesse da criança ou adolescente.

Segundo Priscila M. P. Corrêa da Fonseca (2008, p.24), cada país tem sua cultura e forma de vivenciar a experiência de uma entidade familiar. O direito comparado fornece modelos da aplicação da guarda compartilhada em vários países, de modo

³Art. 92.8 do Código Civil espanhol, conforme alterada pela reforma de 2005, estabelece a possibilidade excepcional que o juiz, a pedido de apenas uma das partes, acorda em conceder a guarda compartilhada.

que serve de base para o aperfeiçoamento do Direito, especialmente na questão do Direito de Família.

2.3 CONCEITO DE GUARDA

Etimologicamente, a palavra guarda decorre do francês antigo *garder* (tomar conta, vigiar), do frâncico *wardon* (guardar, cuidar), de acordo com Plácido e Silva (1990, p.365-366). Conforme o dicionário Aurélio (2015) é ato ou efeito de guardar, cuidado, vigilância a respeito de alguma coisa ou pessoa, proteção, benevolência.

Esse conceito pode ser utilizado no Direito de Família, de modo que o guardião deverá zelar pelos interesses daquele que está sob a sua proteção.

Existem duas modalidades de guarda, aquela decorrente do poder parental e a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Deste modo, a guarda poderá ser atribuída a ambos os genitores, ou somente a um deles, ou ainda por alguém que os substitua.

Para Sílvio Venosa (2012, p. 267) a filiação é um estado, “*status familie*”, consoante o antigo Direito. A expressão filiação expressa a relação entre os pais e seus filhos, ou aqueles que geraram ou adotaram.

Maria Helena Diniz (2008, p.442) afirma que a filiação é a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe proporcionaram a vida, mas também pode decorrer de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou daqueles advindos de inseminações artificiais.

A guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito. É uma prerrogativa para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerou na condição de guardião. Não é só um poder pela semelhança que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, de modo que procede de dispositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceder esse exercício como um poder-dever (STRENGER, 1988, *apud* PARIZATTO, 2013, p.42).

A guarda é o meio necessário para a concretização do poder familiar. A legislação confere ao poder familiar um conjunto amplo de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais. A Constituição de 1988, no seu artigo 227, assegura o direito à convivência comunitária

à criança e adolescente. A guarda confere a estes a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito.

Luiz Edson Fachin (2003, p.260) afirma que os pais são responsáveis pelos atos dos filhos e que a guarda caminha em direção a proteção, sob a égide da prestação de assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente, como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente. O referido autor entende que, mais do que uma relação de autoridade, o poder familiar descrito no artigo 1.630 do Código Civil de 2002 é um múnus público irrenunciável e inalienável.

Para Pontes de Miranda (1983, p.94) o significado de guardar é:

Sustentar é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar.

Nesse semelhante sentido, José Lamartine Corrêa e Francisco José F. Muniz citados por Fachin (2003, p.263) entendem que estar presente ao desenvolvimento da personalidade do filho, supervisioná-lo e defendê-lo equivale, também, a necessidades psicológicas dos pais, o que demonstra que o pátrio poder é concedido também no interesse destes, e não apenas no interesse dos filhos.

No que tange à guarda compartilhada, esta é uma modalidade pela qual os pais, embora separados, deverão tomar decisões em conjunto acerca do desenvolvimento da prole. É o exercício simultâneo de um dos atributos do poder familiar, que é direcionar a criação e a educação dos filhos, conforme artigo 1.634 do Código Civil de 2002.

Segundo Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2015, p.412), a guarda compartilhada é uma forma inovadora de custódia dos filhos, quando os genitores não convivem juntos, pois possibilita à criança e ao adolescente ter uma residência principal, onde desenvolverá sua referência espacial, mas terá uma convivência concomitante e conjunta com o lar de ambos os pais, compartilhando o dia a dia nos dois lares. Sendo, portanto, “o exercício do mesmo dever de guarda por ambos os pais.”

2.4 DISTINÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E OUTRAS MODALIDADES

De acordo com a história, o pai era considerado como chefe, provedor, aquele que saía de casa para buscar o sustento da família, e a mulher, em contrapartida era encarregada de cuidar do lar e dos filhos.

Em razão dessa tradição, o Código Civil de 1916 determinava que havendo o desquite os filhos ficassem com o cônjuge inocente. Diante disto, permaneceu a noção de que um era o guardião e o outro, mantedor. Pensamento que perdurou até tempos remotos com a instituição da guarda compartilhada e novos valores do direito de família, como o princípio do melhor interesse, da igualdade, da dignidade da pessoa humana.

Na constância do casamento ou união estável, prevista no Código Civil de 2002, a guarda é reconhecida como natural, originária ou comum, desempenhada pelos pais. Por outro lado, quando há ruptura do relacionamento dos cônjuges ou companheiros, a guarda atribuída será unilateral ou compartilhada, segundo o artigo 1.583 do referido código.

Doutrinariamente, alguns autores tratam da guarda alternada e a guarda nidal, também chamada de aninhamento, mas estas não são bem vistas e não são aceitas pela jurisprudência, por motivos que serão abordados nos itens 2.4.2 e 2.4.3.

Existe também a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula no artigo 19, que dispõe: “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária”. Essa modalidade ocorre quando os pais biológicos são destituídos do poder familiar ou quando há consentimento deles. Conforme o Estatuto a guarda poderá ser temporária ou definitiva. A primeira, também chamada de guarda provisória, é aquela deliberada em situações específicas, ou para remediar a falta dos pais ou responsáveis. Limita-se a um termo ou condição, que tem o seu fim com a realização destes. Sob outra perspectiva, a guarda definitiva ou permanente é aquela em que a criança ou adolescente é remanejada para uma família substituta, tornando-se membro desta.

2.4.1 Guarda compartilhada x guarda unilateral

O Código Civil prevê duas possibilidades de guarda, consoante o artigo 1.583: “a guarda será unilateral ou compartilhada”.

Na guarda unilateral, um dos cônjuges, ou alguém que os substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem o direito de visitas regulamentado. Ou seja, quando a custódia é conferida a um dos pais, será a modalidade unilateral, mas, em contrapartida, quando a custódia é fixada para ambos, será a guarda compartilhada.

Conforme o parágrafo quinto do mesmo artigo, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que a não detenha a supervisionar o interesse dos filhos. Desta forma, preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 294): “Estabelece-se assim um dever jurídico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado “abandono moral”.

A guarda unilateral poderá ser fixada em acordo ou litígio, sendo que em último caso, cabe o juiz a decidir, conforme melhores condições para a criança e o adolescente.

Na guarda unilateral, bem como na guarda compartilhada, a responsabilização será conjunta e o exercício dos direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 1583, *Codex Civil* de 2002. Tem ideal de cooperação mútua entre os pais, na busca do compromisso de ambos no cuidado dos filhos, para juntos encontrarem uma boa solução tanto para eles quanto para a prole.

Na guarda conjunta, a família permanece biparental e não monoparental como na guarda unilateral, conforme assinala Eliane Hoffmann (2014, p.122). Os genitores têm a guarda jurídica dos infantes, de forma que decidem conjuntamente sobre as atividades cotidianas deles, com o desígnio de manter o afeto entre pais e filhos a fim de propiciar um desenvolvimento sadio da criança.

2.4.2 Guarda compartilhada x guarda alternada

A guarda alternada é fruto da prática jurídica, pois não há previsão legal. Neste modelo, o filho mora com os dois genitores. Há duas residências, então este alterna uma semana, mês, semestre com cada um por exemplo.

Para Flávio Tartuce (2015, p.4):

A guarda alternada é também chamada de guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. Não se trata de um mito, mas de uma realidade que deve ser mais profundamente debatida. Se existem estudos de psicanalistas e juristas que apontam não existir problema na alternância de lares; também existem outros relevantes trabalhos que afirmam o contrário, como o da professora Giselle Groeninga.

Esse modelo sofre diversas críticas, inclusive de cunho psicológico, que viola o princípio do melhor interesse.

É mister a distinção entre essas duas modalidades. Conforme o Superior Tribunal de Justiça a “guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes”, consoante acórdão do Conflito de Competência nº 40.719 de Pernambuco. Logo, a guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada. A primeira significa alternância da convivência familiar, sendo que o menor terá apenas uma residência, mas contará com a presença de ambos os pais. Enquanto que na segunda haverá dois domicílios, ou seja, o menor alternará entre as duas residências.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.599) afirmam que a modalidade é confundida com a compartilhada, mas que tem características específicas. Quando fixada, o pai e a mãe diminuem períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas, na qual haverá uma alternância na exclusividade da guarda e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Para eles, não é uma modalidade adequada, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos. Deste modo, percebe-se que não há dúvidas que sejam modalidades diferentes.

Na guarda alternada, os filhos revezam a moradia, ora com pai, ora com a mãe, sendo que a alternância poderá ser diária, semanal, mensal ou até anual. Contudo, esse convívio em espaços diferentes é prejudicial aos filhos, uma vez que as constantes mudanças dificultam os relacionamentos e a consolidação dos hábitos, o que poderá trazer consequências para a prole, inclusive de cunho psicológico.

2.4.3 Guarda compartilhada x guarda nidal

Há outro tipo de guarda, chamado de aninhamento, nidação ou nidal. A expressão “nidal” vem do latim *nidus*, que significa ninho. Traz consigo o sentido de que os filhos permaneceram no “ninho”, e os pais é quem se revezarão, isto é, a cada período, um dos genitores ficará com os filhos na residência original do casal. Não há proibição no ordenamento brasileiro, mas, na prática ela é pouco utilizada.

Difere da guarda compartilhada, visto que, nesta, cada genitor tem a sua própria residência e a prole terá a convivência conjunta com ambos os pais. Portanto, não há um só “ninho”, mas o convívio entre dois lares, dois quartos, de maneira que poderá passar alguns dias ou pernoites na casa de cada progenitor.

Essa modalidade tem vantagens, uma vez que a criança não precisará alternar entre as residências paternas e maternas, tendo um só espaço de lazer e estudo, por exemplo. Por outro lado, essa modalidade tem custos maiores, porque além dos genitores arcarem com as despesas da casa da criança, terão mais despesas cada um com a sua própria residência.

Outro ponto negativo ocorre pelo fato de que se um dos pais tiver um novo relacionamento, e por consequência, novos filhos, esse tipo de guarda ficaria prejudicado. Contudo, se os pais concordarem e tiverem condições financeiras para custear o aninhamento, o juiz poderá homologar este modelo.

2.4.4 Guarda compartilhada x guarda de terceiro

Consoante o parágrafo quinto do artigo 1584 do Código Civil de 2002, se o juiz constatar que o filho não deva permanecer com os progenitores, poderá deferir a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade com o menor. A escolha do guardião dependerá do caso concreto, então poderá ser concedida a avós, tios e irmão mais velho.

É modalidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicada normalmente quando a criança está exposta a algum risco, seja físico ou psicológico, caso mantida na companhia dos pais biológicos.

Camilo de Lelis Colani (2006, p.148), afirma que:

Trata-se aqui de atribuição ao poder judiciário de discricionariedade, a fim de se poder avaliar, em função do interesse do menor, a quem será deferida a guarda. [...] Constitui a observância desse interesse, a nosso ver o verdadeiro princípio a ser observado acima de quaisquer outros interesses, inclusive dos próprios pais.

O novo detentor pode opor-se a terceiros, inclusive aos genitores, consoante artigo 33 do Estatuto (Lei nº 8.069/90). O guardião terá um complexo de direitos e deveres a serem exercidos, como por exemplo, prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, em como ter cuidados com a saúde e qualquer outra hipótese necessária ao desenvolvimento sadio dos menores.

É necessário destacar que a guarda não implica destituição do poder familiar, mas uma transferência a terceiros de uma família substituta provisória da obrigação de

cuidar da manutenção da integridade física e psíquica da criança e do adolescente, conforme afirmam Luciano Rossato, Paulo Lépore e Rogério Sanches (2014, p.187).

O princípio adotado pelo Código Civil de 2002 serve de fundamento para o direito de visita dos avós, desde que atenda o interesse do menor, proporcionando sua perfeita integração dentro da comunidade familiar.

Nesse sentido, há decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que tem como relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, que considera possível a concessão de guarda compartilhada por tio e avô paternos, conforme evidenciado a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido. (RECURSO ESPECIAL N. 1.147.138 - SP (2009/0125640-2). STJ, RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR RECORRENTE: G C J E OUTRO ADVOGADO: DOMINGOS ANTONIO DO NASCIMENTO JUNIOR E OUTRO(S) RECORRIDO: H C L C E OUTRO ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS. Brasília (DF), 11 de maio de 2010.)

Em vista disso, verifica-se que na guarda de terceiro é possível o compartilhamento da guarda, com o propósito de atender ao princípio do melhor interesse, que será abordado no quarto capítulo.

2.5 GUARDA COMPARTILHADA E DIREITO DE VISITAS

De acordo com o artigo 1.589 da codificação civil, o pai ou a mãe, em cuja guarda não detenha, poderá visitar e ter os filhos em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. O direito de visita da prole ao genitor que não detém a guarda é uma forma de contrapeso da guarda unilateral. Essa prática se dará nos termos em que os pais acordarem, ou se não for o caso, por imposição do magistrado. Quando os progenitores não têm um relacionamento amigável, é comum a existência de choques entre eles, resultando em condutas muitas vezes alienadoras, que impedem ou

reduzem a convivência com o não guardião. Deste modo, na regulamentação das visitas, o juiz deverá observar o melhor interesse da criança ou adolescente, de forma que não prevaleçam os interesses egoísticos dos pais. Importante salientar que a determinação dos períodos de visitas não deve prejudicar as atividades escolares e extracurriculares, essenciais para a formação intelectual, para o crescimento e desenvolvimento do filho.

Para Paulo Lôbo (2011, p. 196), o direito de visita, interpretado conforme a Constituição Federal de 1988, artigo 227, é direito recíproco de pais e filhos ao convívio, a fim de possibilitar a presença de uns com os outros, independente da separação dos pais. Por isso, a expressão correta seria direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita, que tem a ideia de esporádico.

O modelo monoparental é previsto pelo legislador, no qual se refere à organização pós divórcio, com a atribuição exclusiva ou principal dos encargos familiares, a um dos pais. Há um argumento na doutrina de que se os ex-esposos ou companheiros não se entendem entre si, não podem se entender a propósito dos filhos. Por isso, os filhos são confiados a um só, concedendo ao outro, direitos reduzidos, como o direito de companhia, que é uma forma de evitar que o conflito se perpetue em torno dos filhos. Nota-se que o fim do relacionamento conjugal ou união estável, não rompe com o exercício do poder parental. Desta forma, é assegurado o direito de visitas, com a finalidade de manter os laços afetivos com o menor.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite (2004, p.172) a visita surge com caráter compensatório, isto é, uma forma de diminuir os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos e, por isso, estabelece períodos, conforme o calendário estabelecido pelo juiz ou pelos ex-esposos, de contato entre o pai não guardião e o filho.

Vale ressaltar que o direito de visita não é absoluto, imposto, uma vez que se a criança ou adolescente não deseja a presença do pai, a visita poderá ser afastada, repelida, como casos em que o genitor é acusado de violência sexual, por exemplo.

Afirma Rolf Madaleno (2013, p. 450) que não sendo deferida a guarda compartilhada, as visitas do progenitor não guardião visam, em primeiro momento, o benefício do filho menor ou incapaz para ele manter por igual, um saudável e rotineiro vínculo de

comunicação com o seu ascendente depois da separação de seus genitores. É uma maneira de manter uma estabilidade dos filhos para com os pais.

Em vista disso, não é possível visita na guarda compartilhada, uma vez que neste modelo o filho tem convivência com os dois genitores.

Na ótica da doutrina da proteção integral, impedir uma criança ou adolescente de uma saudável convivência com seus ascendentes constitui negligência, tratamento insensível e impiedoso, que não se associa com a previsão do dispositivo 227 da Constituição de 1988 (ROSA, 2015, p.119).

O parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil de 2002 estende o direito de convivência a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente, texto incluído pela Lei nº 12.398/2011. Nesse sentido, os Tribunais têm estabelecido novos direitos à convivência, como o direito dos irmãos unilaterais, tios e sobrinhos, consoante processo nº 1995.01.07632, julgado em 09/04/2010 pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Os irmãos, tal como os tios e avós, têm direito de visita em relação aos menores, irmãos, sobrinhos ou netos, ainda que com amplitude reduzida. Embora não sendo titulares de pátrio poder, aos irmãos, pelos princípios que orientam o direito de família, pela solidariedade familiar, pelo interesse na formação da personalidade e do psiquismo do menor, deve ser assegurado, com limitação, o direito de visitas, em relação aos irmãos menores, ainda que unilaterais.

Em vista disso, embora esses parentes não sejam titulares do poder parental, têm direito ao convívio com a criança ou adolescente, em conformidade com princípio constitucional da solidariedade familiar, que é dever de cooperação mútua entre a família, para fins de compartilhamento de responsabilidades e afeto.

2.6 GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS

É dever constitucional dos pais de assistir, educar e criar os filhos menores, consoante artigo 229, da Constituição Federal de 1988.

No compartilhamento da guarda, os filhos têm uma residência fixa, que será escolhida com base nas melhores condições destes. Por outro lado, aquele que não tem a custódia física da prole tem o dever de fornecer alimentos através da pensão alimentícia. Consoante Leonardo Alves (2009, p. 1), a guarda compartilhada não exclui a clássica obrigação de pagamento de pensão alimentícia que será assumida por um dos pais.

Os alimentos estão regulados na Lei 5.478/68. São prestações devidas para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si. Estevam de Almeida (2008, *apud* CAHALI, 2014, p.26), conceitua alimentos como as prestações devidas, feitas para aquele que as recebe, a fim de manter a existência destes e realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do seu racional).

Conforme o artigo 1.699, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002, os alimentos devem ser fixados na proporção da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Este artigo refere-se ao binômio necessidade e possibilidade. Refere-se à característica de condicionalidade, pois se submetem a realidade experimentada pelas pessoas envolvidas.

Yussef Cahali (2013, p.330) afirma que é papel dos genitores sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, assim como o vestuário, alimentação, educação, medicamentos, necessários a sobrevivência e manutenção da vida.

É possível ação para majorar, minorar ou exonerar os alimentos, somente se sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre ou de quem as recebe, previsto no artigo 1.699 do código supracitado. Uma das características do direito a prestação alimentícia é a irrenunciabilidade, ou seja, não é possível renunciar o direito a alimentos. É um direito personalíssimo, uma vez que não pode ser transferido a outrem, isto é, representa um direito inato tendente a assegurar a subsistência e integridade física do ser humano. É imprescritível, então ao fim da sociedade conjugal, deixa de existir obstáculo à normal fluência do lapso prescricional.

Em vista disso, a Lei nº 13.058/14 não exclui a obrigação alimentícia, tampouco diminui o valor da prestação, uma vez que o exercício da guarda compartilhada não pressupõe variação dos alimentos. Não é inovação, pois na vigência da Lei nº 11.698/2008, os alimentos já eram devidos na guarda compartilhada, por aquele genitor que detém a maior possibilidade para o filho.

2.6.1 Possibilidade de prestação de contas

A ação de prestação de contas está prevista nos artigos 914 e 915 do Código de Processo Civil vigente.

Em regra, na fixação dos alimentos, o guardião fica com a administração da pensão alimentícia. Consoante Elpídio Donizetti (2012, p.1216) aquele que administra bens ou interesses alheios tem a obrigação de prestação de contas, em decorrência da relação jurídica legal ou contratual. O que se aspira é a explicação de situações que ocorrerem na administração dos bens alheios.

Yussef Cahali (2002. p. 571) expõe que em relação aos alimentos, a jurisprudência determina que a prestação de contas do guardião de filho credor de pensão alimentícia não é exigível, em virtude do caráter de irrepetibilidade dos alimentos, de forma que o alimentante não poderá almejar restituição de alimentos desviados ou mal-empregados.

Destarte, existem inúmeros julgados em que a ação de prestação de contas movida pelo alimentante é impossível com fundamentos na ilegitimidade ativa, falta de interesse de agir, irrepetibilidade, conforme é possível visualizar nessa decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR INOMINADA. FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DOS ALIMENTOS CONTRA A REPRESENTANTE LEGAL DO ALIMENTADO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. A ação de "prestação de contas" não é cabível contra o representante legal do alimentado, que administra os alimentos do menor, pois eventual saldo a ser apurado não poderá ser cobrado pelo autor, em decorrência da "irrepetibilidade dos alimentos". Precedentes jurisprudências. Logo, ainda que se afaste a carência de ação por falta de "interesse processual", na adequação da ação denominada "cautelar inominada", permanecerá a carência de ação em razão da falta de interesse de agir na pretensão condenatória de prestação de contas pela ré. Caso em se mantém a sentença de extinção do processo por carência de ação. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70060877156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2014).

Gustavo Bossert (1993, *apud* MADALENO, 2013, p.936) explana que a avaliação do *quantum* dos alimentos foi realizada durante a instrução da ação e fixação dos alimentos, seja pelo acordo entre as partes, seja por determinação do magistrado, em obediência ao binômio possibilidade e necessidade. Desta forma, a pretensão da prestação de contas seria desarrazoável, então se o devedor acreditasse que o custo era elevado, deveria propor uma revisional de alimentos. Com os mesmos fundamentos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul interpretava:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ALIMENTANTE. 1. O alimentante não tem interesse de agir em ação de prestação de contas formulada em face da genitora das alimentadas, filhas de ambos. Precedentes do STJ e

desta Corte. 2. O art. 1.589 do CC autoriza a possibilidade de o genitor que não detém a guarda do filho fiscalizar a sua manutenção e educação, sem, todavia, permitir a sua ingerência na forma como os alimentos prestados são administrados pela guardiã. 3. Entendendo o genitor que a guardiã não está desempenhando seu mister a contento, deixando de atender aos interesses das infantes, deverá ingressar em juízo requerendo a alteração da guarda e, entendendo ser o caso de minorar a importância alcançada, pelo fato de o valor superar as necessidades das menores, promover a respectiva ação revisional. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059585166 Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26/06/2014).

Esse era o entendimento dominante que se alterou com o advento da Lei 13.058/14, que traz modificações no modelo da guarda compartilhada. Dessa maneira, quando o artigo 2º, parágrafo quinto da lei prevê a possibilidade de prestação de contas, entende-se que está relacionado aos alimentos.

A lei, no que diz respeito à prestação de contas, não é inovação para o Tribunal de Santa Catarina, que já permitia a possibilidade de fiscalização da “exatidão e correnteza das aplicações dos valores recebidos pelo guardião”, com fundamento no artigo 1.589 do Código Civil de 2002, consoante apelação cível a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE DESPESAS ALIMENTÍCIAS. DIREITO DE O ALIMENTANTE VERIFICAR O CORRETO EMPREGO DA VERBA ALIMENTAR. EXEGESE DO ART. 1.589 DO CÓDIGO CIVIL. IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. PEDIDO RESTRITO À DEMONSTRAÇÃO DAS DESPESAS. PROCEDIMENTO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS QUE SE ESGOTA NA PRIMEIRA FASE. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAL RECONHECIDOS. SENTENÇA TERMINATIVA CASSADA. RECURSO PROVIDO. **“O genitor obrigado ao pagamento de alimentos possui legitimidade para o ajuizamento de ‘ação de prestação de contas” (fiscalização) contra a pessoa que detém a guarda de seus filhos – e que, por conseguinte, administra a destinação da verba alimentar recebida pela prole.** Não se pode olvidar que o alimentante encontra-se investido no direito de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos em decorrência do poder familiar. Entendimento diverso é manifestamente inconstitucional por violar o direito de acesso à jurisdição, na exata medida em que o alimentante haveria de ficar impossibilitado de fiscalizar a pessoa responsável pela administração da verba alimentar no que concerne ao seu adequado destino. Nessa linha, afigura-se incontestemente o direito do pai que presta alimentos aos filhos de acompanhar e fiscalizar a correta utilização dos alimentos prestados, donde exsurge o seu direito de pedir prestação de contas daquele que administra os alimentos da prole”. (TJ-SC – AC: 149073 SC 2010.014907-3, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 15/06/2010, Terceira Câmara de Direito Civil, Balneário Camboriú) (Grifo nosso).

João Ricardo Aguirre (2015, *apud* TARTUCE, 2015, p.2) tem o mesmo pensamento de Flávio Tartuce referente à exigência da prestação de contas. Para eles, esta deve ser considerada de forma mais objetiva do que subjetiva, de sorte que a abstenção de pequenas diferenças de valores e excessos de detalhes na exigência da

prestação é necessária, com a finalidade da não inviabilidade ou crescimento de contendas entre as partes.

O que se pretende com a análise mais objetiva é evitar que a propositura da demanda se torne instrumento vingativo, em decorrência dos ressentimentos, mágoas, rancores que a relação entre os genitores tenha causado. O Enunciado 162, da III Jornada de Direito Civil (2004) dispõe que a prestação deverá ser aferida objetivamente, pautada no princípio da boa-fé e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor. Assim, é possível utilizar essas diretrizes para a ação de prestação de contas.

Consoante Yussef Cahali (2003, p. 572) o direito de fiscalização da guarda, sustento, criação e educação dos filhos deverão ser conferidos ao cônjuge ou terceiro, e neste está inserida a possibilidade de reclamar em juízo a prestação de contas daquele que detém a custódia física dos filhos.

Isto porque recusar o direito a prestação de contas é colidir com os interesses da prole. Estes devem ser protegidos de forma integral. Portanto, afastam-se os argumentos de ilegitimidade ativa, irreptibilidade dos alimentos e a falta de interesse de agir.

A boa-fé objetiva está prevista no artigo 187 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a ilicitude do titular de um direito que extrapola os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Em vista disso, na seara familiar, se o guardião desviar a pensão alimentícia para satisfazer necessidades particulares, este estará em colisão com o melhor interesse da criança ou adolescente. Uma má administração dos bens e recursos da prole pode acarretar em descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar, de maneira que é possível a suspensão deste. Logo, na guarda compartilhada, é direito do cônjuge que não detém a custódia física supervisionar a conservação e impedir excessos, evitando o abuso de direito e o desvio de recursos que são devidos para atender os interesses e necessidades dos filhos. Se ocorrerem (abusos), deverá o alimentante utilizar como prova na fase probatória, para instrução da ação de prestação de contas.

Nesse contexto, a nova lei (13.058/14) veio para facilitar e afastar embaraços que o guardião poderia alegar na administração da prestação alimentícia. Ao passo que,

aquele que cumpre as determinações e não desvia as finalidades para a qual é devida a pensão alimentar, ou seja, que garantem a integridade física e a subsistência dos alimentandos, não terão óbice para demonstrar o gerenciamento e o destino das quantias recebidas, em nome dos filhos.

Com a inclusão do parágrafo 5º ao artigo 1.583 do Código Civil de 2002, através da recente lei da guarda compartilhada, o pai ou a mãe que não detenha guarda unilateral poderá fiscalizar os interesses dos filhos, de forma que qualquer dos genitores sempre será parte legítima para requerer informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. É uma garantia para aquele genitor que não detém a guarda para fiscalizar a sua manutenção ou educação, consoante o artigo 1.589 do mesmo diploma legal. Aplicando-se a guarda compartilhada, o alimentante tem o direito de ajuizar ação de prestação de contas, com a finalidade de inspecionar se o genitor está gerindo os alimentos em interesse próprio ou se está garantindo o melhor interesse da criança ou adolescente.

2.7 GUARDA COMPARTILHADA E RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com o Código Civil de 2002, no seu artigo 932, são responsáveis os pais, pelos filhos menores, que estiverem em sua companhia ou autoridade. É relevante destacar que o fim do relacionamento não extingue o poder parental, ou seja, os deveres e direitos dos pais permanecem. Deste modo, sendo guarda unilateral ou compartilhada, os pais respondem solidariamente pelos atos cometidos pela sua prole.

Consoante o artigo citado, ocorrerá responsabilidade civil em perdas e danos decorrente de qualquer ato culposos, ou doloso, praticado pelo filho menor. Há direito e deveres de um lado, obrigações e ônus, de outro, na ótica de Carbonier (1983, *apud* LEITE, 2003, p. 217).

No formato da guarda compartilhada, na qual o menor reside com um dos pais, mas pode ficar com o outro, é cabível a ambos a responsabilidade dos filhos, de forma que exercitarão o poder familiar conjuntamente, em igualdade de condições que se adapta ao regime constitucional. Os progenitores devem encontrar solução que objetive a

defesa da formação moral, religiosa e intelectual, bem como o percurso a serem dispensados ao menor, cuja personalidade se forma.

Para Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 277), as decisões relativas a educação da prole na guarda conjunta são de ambos os pais, que desempenham importante função parental no cotidiano do filho, de modo que se houver ocorrência de algum dano, a “presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores”.

Assim, tanto na guarda unilateral como na compartilhada, há responsabilidade de ambos os genitores pelos atos praticados pela prole, ou seja, uma corresponsabilidade, uma pluralidade na colaboração igualitária no controle do futuro do menor (ALVES, 2009, p.1).

3. A LEI 13.508/2014

O projeto de lei nº 117/201 foi aprovado e sancionado no dia 22 de dezembro de 2014, tornando-se norma jurídica a Lei nº 13.508. Esta dispõe sobre a definição de guarda compartilhada e a sua aplicação, de modo que alteram quatro artigos do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Importante salientar que a nova lei não institui a guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, pois sua previsão já existia com a Lei nº 11.698/08, chamada no senso comum de “lei da guarda compartilhada”. Todavia, a intenção e necessidade da última lei têm como justificativa a atribuição da guarda unilateral a mãe, na maioria dos casos, mesmo com a possibilidade de compartilhamento da guarda.

Diante desse quadro a Lei nº 13.508/2014 trouxe mudanças significativas.

3.1 DA CUSTÓDIA FÍSICA

Consoante Waldyr Grisard (2014, p.168) a guarda compartilhada tem como intento a continuidade do exercício comum da autoridade parental, ou seja, tem como premissa a continuidade da relação da prole com os pais, do mesmo modo como era exercida no casamento ou união estável, permanecendo os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas.

Isto posto, na concessão da guarda conjunta as decisões sobre a vida dos filhos devem ser tomadas por ambos os genitores. Todavia, na deliberação desta modalidade é imperioso determinar a custódia física da criança ou adolescente, isto é, com quem ele irá residir.

Para Arnaldo Wald e Priscila M. P. Corrêa (2013, p. 257) a custódia compartilhada objetiva, em resumo, o rompimento do sistema tradicional em que os cuidados diários com os filhos ficavam relegados à mãe, restando ao genitor o direito às visitas e a obrigação de prover o sustento.

De acordo com a Lei nº 13.058/2014, que alterou o parágrafo terceiro do artigo 1.583 do Código Civil 2002, ao que se refere à custódia física, esta foi tratada como “base de moradia”, pois é possível o compartilhamento da guarda, mesmo quando os pais não morarem na mesma cidade, tendo como critério o da residência que melhor atender aos interesses dos filhos, independe de acordo entre os progenitores, no qual caberá ao juiz decidir, ao analisar a perícia social e psicológica para atender tal critério.

Convém salientar que nem sempre será aplicada a guarda compartilhada quando os pais moram em cidades distintas, conforme o entendimento da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que no julgamento do agravo de instrumento nº 70064899990 decidiu pelo não compartilhamento da guarda em razão da distância em que os genitores residem, tornando inviável a concessão desse modelo, conforme ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI Nº 13.058/2014. ALIMENTOS. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. No entanto, pelo menos por ora, tendo em vista, principalmente, a distância entre as cidades de residência dos genitores, descabido o estabelecimento da guarda compartilhada. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70064899990, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/09/2015. Data de Julgamento: 10/09/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/09/2015).

Por conseguinte, para averiguar qual a residência que atende ao melhor interesse da prole, o juiz pode designar perito ou assistente, previstos no parágrafo 3º do artigo 473 do Código de Processo Civil de 2015, que ficarão incumbidos de realizar todos os meios necessários, como ouvida de testemunhas, obtenção de informações, solicitação de documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças, necessárias ao esclarecimento do objeto perícia.

Embora o magistrado designe a elaboração de laudo pericial, este não está adstrito a perícia, uma vez que pode formar o seu convencimento com elementos ou fatos provados nos autos, conforme os artigos 371 e 479 do Código de Processo Civil de 2015.

Destarte, a outorga da custódia física a um dos progenitores, implica na responsabilidade do outro ao pagamento de alimentos, consoante já evidenciado nesse trabalho. Dado que a guarda conjunta não exonera os pais da responsabilidade financeira da prole (ROSA, 2015, p.79).

Outra consequência da atribuição da guarda física será a especificação dos períodos de convivência com o outro genitor, hipótese que será explanada no item 3.3 deste capítulo.

3.2 DO TRATAMENTO INTERDISCIPLINAR E DOS DEVERES DOS GENITORES

De acordo com Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2014, p.59) a interdisciplina “impõe uma aproximação do Direito das Famílias com diferentes áreas do saber humano.” Com a busca de conhecimento em diversas áreas além do Direito, realizadas pela equipe interdisciplinar, o magistrado terá uma gama de elementos para contribuir para a formação do seu convencimento.

As questões sociais e condições psicológicas devem ser valoradas com o intuito de melhor compreensão da realidade das partes. Contudo, é imprescindível combinar o direito com outras fontes de conhecimento que têm na família, seu objeto de estudo e identificação (DIAS, 2011, p.83-84).

Com a nova lei, que alterou o parágrafo 3º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, para estipular os deveres dos pais e os períodos de convivência da guarda compartilhada, o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público poderá consistir em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, para que as responsabilidades e o tempo de convivência do pai e da mãe sejam divididos de forma equilibrada.

O julgamento da apelação cível nº 0589172014 da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão que tem como relator José de Ribamar Castro demonstra a importância do estudo social para aferir a competência de ambos os pais para compartilhar o cuidado e a criação dos filhos, indicando que a guarda conjunta é mais benéfica para os interessados, conforme leciona a ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LEI Nº 13.058/2014. REGRA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. I - De acordo com a Lei nº 13.058/2014, que altera os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil, a guarda compartilhada dos filhos é regra em todos os casos, ainda que não haja acordo entre os pais, salvo quando existir motivo excepcional que a impeça; II- Na espécie, não há elementos que afastem a possibilidade da incidência da guarda compartilhada. Na verdade, verifica-se que os genitores moram na mesma cidade (São Luis/MA) e no mesmo bairro (Cidade Operária), fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina das crianças, que poderão frequentar, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores; III- **O Estudo Social indica a competência de ambos os**

genitores para dividirem o cuidado e criação de seus filhos, apontando a guarda compartilhada como medida mais proveitosa para os maiores interessados, as crianças, que hoje contam com 05 (cinco) e 03 (três) anos de idade; Apelo parcialmente provido. (TJ-MA - APL: 0589172014 MA 0004339-58.2014.8.10.0001, Relator: JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, Data de Julgamento: 10/03/2015, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/03/2015). (Grifo nosso)

Eliézer Rosa (1993, *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 59) acredita que no futuro os juízes das Varas de Famílias serão auxiliados por médicos, sacerdotes, psicólogos, educadores, pois ao decidir o caso concreto, o magistrado lida com “valores eternos”, que são os valores sociais, humanos, espirituais, que, se não observados, raramente serão recuperados.

Portanto, em vista da necessidade de resolução de conflitos decorrentes do fim do laço afetivo, devem-se observar os aspectos existenciais, e não somente os patrimoniais. Para tal, o magistrado terá o apoio de equipe interdisciplinar, que possui conhecimentos técnicos em diferentes áreas de conhecimento, a fim de auxiliá-lo na decisão do caso concreto.

No que tange aos deveres, e a nosso ver, direitos, os incisos I ao IX do artigo 1.634 do Código Civil de 2002 dispõe sobre o pleno exercício do poder familiar.⁴ A guarda apresenta-se primeiramente como a assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Engloba o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reivindicar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, negar a

⁴ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, observar as amizades e convivência dentre outros deveres, consoante o dispositivo citado.

Ana Maria Milano (2007, p.1) entende que a guarda é o ato ou efeito de guardar o filho enquanto menor, de vigiá-lo e representá-lo quando absolutamente incapaz, e assisti-lo quando relativamente incapaz, de modo a agir concomitantemente com ele em situações ocorrentes.

Clóvis Beviláqua (1999, p.88) sustenta que o pai e a mãe têm por dever moral e obrigação jurídica o sustento, a proteção e a educação dos filhos, de modo zeloso, “dirigi-los, defendê-los e prepará-los para a vida”. A inobservância desses deveres gera consequência, como a perda do poder familiar, a condenação da prestação alimentícia, inclusive a responsabilização civil.

Outra inovação da Lei nº 13.508/2014 ocorre com o aumento das possibilidades do poder de vigilância, intrínseco ao poder familiar, prevista no artigo 2º, parágrafo quinto. Assim, estabelecimentos públicos ou privados são obrigados a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os seus filhos, sob pena de multa diária pelo descumprimento dessa regra.

A fiscalização aparece como um substituto permanente da autoridade parental que o genitor não guardião passa a exercer, após a ruptura, de modo indireto, e que permite controlar se o cônjuge, detentor da guarda, utiliza corretamente as prerrogativas conferidas em virtude do interesse da criança. Esta é a primeira noção de fiscalização. A segunda é relacionada à acessoriedade e relatividade da prerrogativa conhecida pelo legislador, que só se manifesta, com efeito, quando o pai guardião deixa de exercer os poderes que lhe foram conferidos, na atribuição da guarda. O legislador, ao prever o dever de fiscalização, pretende um equilíbrio na divisão da autoridade parental, que permanecesse integral a ambos os pais, como já exposto.

Importante evidenciar que o não guardião tem a obrigação de supervisionar os interesses do filho, consoante o artigo 1583, §5º, CC. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

3.2.1 Da viagem para o exterior e a mudança de domicílio

Consoante exposto no item anterior, a Lei nº 13.058/2014 modificou o artigo 1.634 do Código Civil. Especificamente os incisos IV e V preveem os deveres dos progenitores em exercício do poder familiar com o consentimento de viagens para o exterior e para alteração de residência de forma definitiva para outro Município, respectivamente.

Em relação às viagens, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵ já previa tal vedação, no seu artigo 84, inciso II, dispondo acerca da impossibilidade de os filhos transitarem pelo exterior sem a autorização escrita dos pais.

Muitas vezes, com o fim do relacionamento conjugal ou da união estável, os filhos são usados como instrumentos de retaliação. É comum a mudança de cidade para dificultar o contato da prole com o guardião não detentor da custódia física. Trata-se de alienação parental, prevista na Lei nº 12.318/2010, artigo 2º, inciso VII, que é a interferência na transformação psicológica da criança ou adolescente articulada ou impulsionada por um dos pais, avós, ou sobre alguém que tem a autoridade, guarda, vigilância sobre eles.

Maria Valente citada por Alan Ribeiro da Silva (2014, p.55) relata que a síndrome da alienação parental é descrita pelo psicanalista norte americano Richard Gardner como resultado de uma campanha para destruir ou evitar a manutenção de um vínculo afetivo entre a criança e das figuras parentais.

A probabilidade da ocorrência de processos de alienação parental é maior em crianças cujos pais vivenciam processos de divórcio altamente destrutivos, ou com filhos gerados de relações instáveis. Quando a criança adere ao projeto de anulação da figura parental dita alienadora está instaurada a síndrome, segundo o psiquiatra.

Essa foi a primeira definição sobre a síndrome da alienação parental, uma vez que a última pode ser fruto de uma situação real de abuso, negligência, conflitos familiares, maus-tratos. Ou seja, a alienação parental é o afastamento justificado de um genitor

⁵ Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:

I - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.

por não haver o conjunto de sintomas que aparecem simultaneamente para uma doença específica.

A inovação é a proibição da alteração permanente para outro Município sem a autorização de ambos os genitores ou suprimento judicial de outorga. Portanto, é uma forma de coibir a conduta alienadora. Contudo, são necessários a ampla defesa e o devido processo legal para este suprimento judicial.

A Jurisprudência já vinha decidindo sobre a possibilidade de conduta alienadora resultantes de pretexto de viagem ao exterior, mas com o intuito de mudança de domicílio, consoante acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PATERNO PARA VIAGEM INTERNACIONAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, QUE NÃO ATENTOU PARA OS INÚMEROS ATOS CONFIGURADORES DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL. RISCO DE QUE A GENITORA, CASADA COM CIDADÃO FRANCÊS, COM O QUAL TEM UM FILHO RECÉM-NASCIDO, NÃO RETORNE DO PAÍS DE ORIGEM DE SEU ATUAL MARIDO. IMPRESCINDIBILIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. Condutas típicas de alienação parental e intensa beligerância entre os genitores. Lavraturas de boletins de ocorrência, decorrentes de dificuldade de contato da criança com genitor e de dificuldade de exercício do direito regulamentado de convivência familiar. Genitor que já havia manifestado junto à Polícia Federal e ao Juizado da Infância e Juventude seu receio de que a genitora transfira seu domicílio para outro país. [...] **Evidente e considerável risco de que a genitora da menor, casada com um cidadão francês com o qual tem um filho recém-nascido, opte por não retornar da França, o que se enquadra na figura prevista no inciso VII do parágrafo único art. 2º da Lei de Alienação Parental. Verossimilhança nas alegações do recorrente acerca da possibilidade de a genitora, a pretexto de levar a menor para conhecer a EuroDisney, em Paris, esteja pretendendo, em verdade, fixar residência na terra natal de seu marido. **Temerária prolação de sentença com antecipação de tutela para autorizar a emissão do passaporte e a viagem da menor a Paris, sem o devido exaurimento da fase probatória.** Parecer ministerial que admite a possibilidade de a genitora estar simulando situações, visando retirar em definitivo a menor do país. Princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, a impor que, em casos como este, o julgador realize aprofundada perquirição, o que não ocorreu no presente caso, no qual não se permitiu ao recorrente a ampla dilação probatória através da produção da prova testemunhal requerida, imprescindível ante a gravidade e o risco da situação que envolve a menor. [...] Melhor interesse da criança, que não foi observado. Prematuro julgamento, a caracterizar *error in procedendo*, impondo a anulação da sentença e o regular prosseguimento do feito. Precedentes do eg. STJ [...] (Apelação Cível 0017729-46.2010.8.19.0208, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Des. Celia Meliga Pessoa, Julgado em 27/06/2011). (Grifos nossos)**

Este julgado refere-se à anulação de uma sentença em que houve suprimento paterno para viagem internacional sem o devido processo legal. O genitor, receoso de que a

mãe fosse morar em Paris por ter se casado com um francês, interpôs a referida apelação cível que teve total provimento.

Todavia, não são todas as situações em que a mudança de domicílio para o exterior constitui alienação parental. Em decisão mais recente, o Egrégio Tribunal considerou válida e eficaz a decisão interlocutória que supriu judicialmente a outorga paterna para transferência do menor púbere, conforme a ementa pontifica:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPRIMENTO JUDICIAL DE OUTORGA PATERNA. TRANSFERÊNCIA DE DOMICILIO DE MENOR PÚBERE PARA A ITÁLIA. AUTOR QUE CONTA COM 17 ANOS DE IDADE. MENOR QUE OUVIDO PELO JUÍZO, MANIFESTANDO VONTADE DE RESIDIR COM SUA GENITORA NA ITÁLIA, ONDE PRETENDE CONCLUIR SEUS ESTUDOS. DECISÃO QUE NÃO É TERATOLÓGICA, MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À LEI OU À JURISPRUDÊNCIA DE NOSSOS TRIBUNAIS. PRECEDENTES DESTA CORTE. APLICAÇÃO DO VERBETE DA SUMULA 59 DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Agravado de Instrumento 0042764-11.2014.8.19.0000, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora Des. Marília de Castro Neves, Julgado em: 22/01/2015).

Dessa forma, o melhor interesse da criança ou adolescente deverá ser garantido. Nesse caso específico, o filho embora relativamente incapaz, manifestou a sua vontade de residir no exterior com a sua mãe com o intento de concluir seus estudos.

3.3 CONVIVENCIA EQUILIBRADA

Na guarda unilateral, aquele que não detém a guarda tem o direito de visitas, contudo essa expressão foi fortemente criticada em virtude dos direitos apresentados pela Constituição de 1998, que no seu artigo 227 prevê:

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

Como exposto, o legislador elencou, com absoluta prioridade, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente a convivência familiar e comunitária. Da mesma forma, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçou o dever compartilhado entre a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público de assegurar, com prioridade, a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária, pois esses sujeitos precisam desse vínculo para a formação da sua saúde psíquica e personalidade.

A doutrina, como Conrado Paulino da Rosa (2015, p.118), e jurisprudência, passaram a substituir o termo “visitas” para “convivência”, para defender um tempo maior de permanência da prole com o não guardião.

Desta forma, a nova lei alterou o artigo 1.583 do Código Civilista de 2002 que prevê:

§ 2 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.

A Lei 13.058/2014 permite que essa convivência seja equilibrada, garantindo a proteção dos direitos da criança ou adolescente. Trata-se de exercício da autoridade parental. Com auxílio de equipe interdisciplinar, nas Varas de Família ou em ambiente mediativo, nas sessões de mediação, os pais podem apontar um plano de convivência detalhado e pensado em conjunto. Pois, busca-se a garantia do direito de convivência familiar, cuja titularidade não é dos genitores, mas dos filhos.

Deste modo, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estabeleceu ao alterar a guarda unilateral para compartilhada, em observância da nova lei, estabelece à residência habitual materna e o regime de convivência paterno-filial, consoante demonstra a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. RESIDÊNCIA HABITUAL MATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. ALIMENTOS. I - **A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial. [...]RECURSO PROVIDO EM PARTE.** (Agravo de Instrumento Nº 70067174789, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 08/11/2015. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/11/2015).

É considerável destacar que o projeto de lei nº 117/2013 que se transformou na Lei 13.058/2014, utilizava a expressão “guarda igualitária”. Esta foi alterada para “convivência equilibrada” devido o entendimento de que a distribuição do tempo na guarda conjunta não é igualitária, mas equilibrada, em conformidade com o melhor interesse dos filhos e condições fáticas.

Para facilitação dessa convivência é possível utilizar a escola como ponto de referência, com a responsabilidade de ir e buscar em dias e horários estabelecidos,

bem como outras atividades extracurriculares, como aulas de teatro, aulas de inglês, aulas de dança, entre outros. Contudo, quando os pais residem em cidades diferentes, qualquer deles, ou o juiz, de ofício, ou provocação do Ministério Público, poderá estabelecer dias e horários de convivência com a utilização de ferramentas *online*.

O avanço da tecnologia de informações e comunicações no século XXI é uma ferramenta inovadora e pode ser utilizada para garantir o direito e deveres dos filhos, de modo a proporcionar convivência familiar com os genitores.

Segundo Waldyr Grisard (2015, p. 82-83), embora o fim do relacionamento conjugal modifique, diminua ou até exclua a comunicação entre os pais e filhos (hipótese de alienação parental), é direito-dever dos progenitores remodelar seus papéis utilizando-se da tecnologia. A “adequada comunicação” entre os genitores e a prole é um pressuposto fundamental para o desempenho da personalidade dos filhos, então a utilização de diferentes meios de comunicações, telefônicos e eletrônicos, como por exemplo, a utilização da Internet com e-mails, o aplicativo *What’s up*, vídeo chamadas, entre outros, são importantes para vencer os empecilhos criados à comunicação pessoal e direta entre pais e filhos.

Assim, o magistrado deve utilizar essas novas alternativas na guarda compartilhada, consideradas como “encontros *online*” ou “convivências virtuais” para assegurar o exercício do direito-dever de uma comunicação adequada, contínua, proveitosa e sadia entre pais e filhos. Sendo uma forma de garantir o poder familiar, possibilitando o controle dos interesses da prole.

Em relação aos progenitores prisioneiros, o artigo 19, parágrafo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente garante a convivência, conforme exposto a seguir:

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Embora seja um direito assegurado na Constituição, o direito a convivência familiar não é absoluto, pois se existir algum fator que ameace o seu exercício este poderá ser suspenso ou supervisionado. São casos em que os genitores são dependentes químicos, nas situações de abuso sexual ou quando a mãe sofreu violência doméstica e exista efetivo risco para o filho, e também quando os pais são encarcerados e a casa prisional não tenha espaço adequado e seguro, por exemplo. É relevante

observar que essa restrição deverá ter cautelosa avaliação, para evitar alienação parental e objeto de represália por meio dos filhos, relacionados à questão conjugal dos pais.

3.4 MEDIDAS PUNITIVAS

O artigo 1.584, parágrafo quarto do Código Civil tem nova redação dada pela Lei 13.058/2014, que dispõe sobre a modificação não autorizada ou o descumprimento não fundamentado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada que poderá acarretar na diminuição de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

O descumprimento infundado e reiterado da cláusula de convivência poderá ser objeto de medidas processuais pelos progenitores, no interesse da efetivação de um direito que é do filho. Entre as medidas é possível a busca e apreensão, prevista no Código de Processo Civil ou fixação de *astreintes*, que são multas diárias proporcionais às condições econômicas do genitor renitente, devidas por condenação judicial, em razão da desobediência a um direito fundamental do menor.

A nova lei da guarda compartilhada reforça o artigo 6º da Lei nº 12.318/2010⁶ de combate à alienação parental, que já previa o aumento do regime de convivência familiar em favor do genitor alienado. A punição do alienador será pena de multa, a modificação da guarda unilateral em guarda compartilhada ou sua inversão, chegando até a suspensão da autoridade parental.

Uma das alterações do novo Código de Processo Civil que facilita os processos de família é a possibilidade de o incapaz ser acompanhado por especialista para prestar

⁶ Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

depoimento quando há discussão sobre abuso ou alienação parental, consoante o artigo 699.

Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* (2015, p.1.032) salientam como critério legal a fragilidade que a criança ou adolescente estejam experimentando resultante do abuso sofrido, seja ele de natureza sexual, psicológica ou qualquer outra forma. Assim sendo, o acompanhamento profissional tem a finalidade “de neutralizar os efeitos dessa fragilidade, para obter, sem causar prejuízo ao incapaz, dados verdadeiros e relevantes para orientar o juiz na solução do conflito”.

Por outro lado, o não detentor da guarda não está limitado em supervisionar a manutenção e educação do filho que está sob a custódia do outro, conforme artigo 1.589, Codex Civilista de 2002. Ambos os genitores permanecem com todo o conjunto de ônus que derivam do poder familiar, submetendo-se à pena de multa se agirem com dolo ou culpa, consoante artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.5 MEDIDA CAUTELAR OU TUTELA DE URGÊNCIA

A guarda compartilhada tem a pretensão de garantir a plena proteção do melhor interesse dos filhos, visto que contempla a real organização social contemporânea que se segue nas rigorosas divisões de papéis sociais delimitadas pelo gênero dos genitores. A guarda em conjunto é o ideal a ser perseguido no exercício do poder parental entre pais separados, apesar de necessitarem de remodelações, concessões e adaptação variadas, para que a prole goze do padrão psicológico de duplo referencial, no decorrer da sua formação.

No que tange a parte processual, houve alteração na aplicação da medida cautelar ou tutelas de urgência.

Consoante Fredie Didier (2015, p.578-579):

A decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida *in limine litis*, isto é, no início do processo, sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária. [...] O Código de Processo Civil adota a mesma linha de raciocínio, referindo-se à medida cautelar nesse sentido – de medida tomada anteriormente à citação -, o que se pode extrair do texto dos artigos 239, 300, §2º, 302, II, e 311, parágrafo único. [...] A concessão *liminar* da tutela provisória – antes da ouvida do réu – só é possível quando se trata de tutela de urgência (artigo 300, §2º, CPC) ou de evidência (satisfativa).

Em sede de medida cautelar de separação de corpos, medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que temporária, será determinada após a oitiva de ambas as partes perante o juiz,

salvo se a proteção aos interesses dos filhos demandarem a concessão de liminar sem ouvida da outra parte, aplicando-se as disposições do artigo 1.584 do Código Civil de 2002. Essa é a nova redação do artigo 1.585 do referido Código, dada pela Lei nº 13.058/2014.

Percebe-se que, em regra, para conceder a cautelar, é conveniente a escuta dos litigantes após a audiência de instrução perante o magistrado. Todavia, em situações excepcionais, é possível a concessão da liminar inaudita altera partes, visando à garantia e a proteção dos direitos dos infantes.

Considerável mencionar os artigos 303 e 305 do novo Código de Processo Civil, que está em *vacatio legis*, com previsão para entrar em vigor em março de 2016. Os referidos dispositivos discorrem sobre as tutelas provisórias de urgência, possibilitando a concessão destas liminarmente ou após fundamentação, entre as quais está a guarda.

São procedimentos de tutela antecipada requeridas em caráter urgente com a exposição na lide “do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou risco de resultado útil do processo”, conforme texto do Código de Processo Civil de 2015.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco ao julgar o agravo de instrumento nº 3898708 manteve a sentença que concedia a tutela antecipada em favor do genitor que solicitou alteração da modalidade de guarda pela superveniência da Lei nº 13.058/2014, cuja ementa aponta:

DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.058/2014. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA GERAL APLICÁVEL IN CASU. APTIDÃO DE AMBOS OS GENITORES PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. AUSENTES MOTIVOS ENSEJADORES DE EXCEÇÃO À REGRA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DECLARAR A GUARDA EM SUA FORMA COMPARTILHADA. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ART. 273 DO CPC. AUSENTE PERIGO DE LESÃO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO PREVISTOS NO ART. 522 DO CPC. INTERESSE DOS MENORES. RECURSO IMPROVIDO CONSOANTE PARECER MINISTERIAL DE FLS. 115/116. DECISÃO MANTIDA. 1. No caso sob análise, em sede de concessão antecipada de tutela, o genitor se mostrou apto ao exercício do poder familiar, nos termos do § 2º do art. 1.584 do CC, não trazendo a agravante ao presente autos qualquer comprovação que elida esse entendimento exposto na decisão agravada. 2. Ausentes os requisitos ensejadores do recurso de agravo em sua forma instrumental, nos termos do art. 522, caput, do CPC. 3. Recurso a que se nega provimento (TJ-PE - AI: 3898708 PE, Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 25/08/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/09/2015).

De outro modo, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão que teve como relatora a desembargadora Angela Maria Moraes Salazar, julgou o agravo de

instrumento nº 57.413/2014, declarando-o parcialmente provido, pois o juiz *a quo* concedeu liminarmente a guarda unilateral a um dos pais sem a devida fundamentação, descumprindo a Lei 13.058/2014, consoante a ementa elucida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA, ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. DECISÃO LIMINAR QUE CONCEDEU A GUARDA DOS FILHOS AO AGRAVADO. TUTELA JURISDICCIONAL DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A NÃO APLICAÇÃO DA GUARDA SOB A FORMA COMPARTILHADA. REGRA CONTIDA NO CÓDIGO CIVIL COM ALTERAÇÃO DADA PELA LEI 13.058/2014. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. De acordo com as recentes alterações sobre a matéria, operadas pela lei 13.058/2014 no Código Civil (art. 1584, § 2º), quando não houver acordo entre a mãe e o pai, a guarda do filho será concedida sob a forma compartilhada quando ambos os genitores estiverem aptos ao exercício do poder familiar, salvo se um destes declarar ao Magistrado que não deseja a guarda do menor. 2. **Conforme se vê da decisão recorrida, proferida em Audiência de Conciliação, o Magistrado a quo concedeu liminarmente a guarda dos menores a um dos pais, no caso ao genitor, sem, contudo, indicar as razões de seu convencimento para o não deferimento da guarda compartilhada, uma vez que não há referência nos autos de declaração da genitora no sentido de que não desejava a guarda dos filhos, ou mesmo de provas que denote que a guarda, na modalidade concedida, se destina a assegurar de forma efetiva a proteção e o melhor interesse da criança.** 3. **A decisão agravada deve ser reformada, uma vez que se encontra desprovida de qualquer fundamento que denote a verossimilhança das alegações do agravado para a não concessão da guarda na forma compartilhada.** 4. Na atual fase da tramitação processual, não há nos autos suporte probatório que ampare a aferição da possibilidade financeira dos pais e a necessidade dos alimentados, sendo prudente aguardar a instrução do feito para, somente depois, em sede de cognição exauriente, diante dos elementos probatórios produzidos sobre o crivo do contraditório, decidir sobre eventual fixação de alimentos. 5. Agravo conhecido e parcialmente provido, para determinar ao juízo de base que profira nova decisão, desta vez devidamente motivada. (TJ-MA, Relator: ANGELA MARIA MORAES SALAZAR, Data de Julgamento: 28/05/2015, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL). (Grifos nossos)

Desse modo, para o referido Tribunal, é imprescindível a fundamentação para o não deferimento da guarda compartilhada, uma vez que não há referência nos autos de alegação da mãe informando que não deseja a guarda dos filhos. Então, pela falta de motivação, o juiz *a quo* deve proferir nova sentença motivada.

4. DA POSSIBILIDADE DA IMPUTAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA

Os danos que a separação *latu sensu* (ruptura do casamento ou união estável), causam na prole é alvo de preocupação, fazendo surgir outra modalidade de guarda, a recentemente inserida no ordenamento jurídico e amplamente discutida pelos juristas e profissionais de outras áreas de conhecimento, a exemplo dos psicólogos. Para Ana Carolina Silveira Akel (2010, p.120) a premissa desse novo modelo é a continuidade dos laços afetivos entre pais e filhos. Então as desavenças entre os genitores não podem atingir o relacionamento destes com os filhos, sendo necessário e saudável que estes sejam criados e educados por ambos os pais

A Lei 11.698/2008 modificou o artigo 1.584 do Código Civil de 2002, que dificultava a aplicação da guarda compartilhada em caso de desacordo entre os pais. O dispositivo referido dispunha sobre a atribuição da guarda compartilhada “sempre que possível” quando havia litígio.

A Lei 13.058/2014 alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. A possibilidade da imposição da guarda compartilhada quando não houver consenso entre os pais foi a alteração que teve grande repercussão. Conforme estabelece o artigo 1584:

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Não se trata de imposição judicial, uma vez que a guarda compartilhada não pode ser imposta quando um dos pais a rejeite ou a decline. Mas, ao modificar o aludido artigo, o legislador quis fortalecer a outorga da guarda compartilhada como regra geral no ordenamento.

Quando os pais rompem os laços afetivos, mas de forma consensual, não há óbices para o compartilhamento da guarda, de forma que todas as regras de direito de visitas (convivência), partilha de bens, prestação alimentícia e as questões atinentes à guarda são tomadas em comum acordo.

Um convívio harmonioso entre os genitores é essencial para o exercício do poder familiar. Contudo, o mero desentendimento entre eles não é causa para a não aplicação da guarda compartilhada, uma vez que no caso concreto deve-se levantar

todas as condições, inclusive psíquicas, para averiguar se a guarda conjunta atenderá ao melhor interesse da prole.

Nesta linha de pensamento, a psicanalista Maria Antonieta Motta (2006, p.593) afirma que para o estabelecimento da guarda conjunta não há necessidade de pais colaboradores que tenham bom diálogo e entendimento, mas basta somente que quando eles se contenderem não se insultem na presença dos filhos.

Importante evidenciar que o dispositivo indicou a aptidão para o exercício do poder familiar na atribuição da guarda. Portanto, é requisito indispensável para a fixação da guarda compartilhada. Segundo Regina B. Tavares da Silva (2014, p.243-247) a guarda compartilhada somente será viável se o pai ou mãe tiverem educação, moralidade e afinidade com o filho, pois em caso contrário estes não estarão aptos ao exercício do poder familiar, de forma que esta modalidade não será fixada pelo juiz.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 415) lecionam que a não aplicação da guarda compartilhada em razão do desacordo entre os pais, prejudicaria o atendimento ao melhor interesse da prole, nos termos a seguir:

Demais de tudo isso, restaria amesquinhada a guarda conjunta na medida em que o campo de dissolução da convivência afetiva é caracterizado, ordinariamente, por uma alta carga de dramas e instabilidades emocionais, o que pode embaraçar a visão dos pais sobre o melhor interesse de seus filhos. Com isso, o princípio *the best interest of the child* restaria sacrificado pela falta de consenso entre os genitores.

Para Waldyr Grisard (2009, p. 205-206) o desentendimento não impossibilita a guarda compartilhada, mas a disposição em contender, que desgasta a possibilidade de diálogo.

4.1 DA APLICABILIDADE

Tanto na guarda compartilhada quanto na guarda unilateral, prepondera o entendimento de que deve ser levado em conta o interesse do menor, que será aprofundado no item seguinte. Para Décio Luiz José Rodrigues (2009, *apud* PARIZATTO, 2013, p.196), além do agrupamento de todos os atributos, em havendo divergência entre os genitores a respeito da guarda ser unilateral ou compartilhada, será sempre aplicada, pelo juiz, a guarda compartilhada, conforme parágrafo segundo do artigo 1584 do Código Civil de 2002.

O enunciado número 102 do Centro do Conselho da Justiça Federal define que a expressão melhores condições na forma do artigo 1.584 do aludido código, significa atender ao melhor interesse da criança. A guarda conjunta passa a ser a regra geral

do tipo de guarda a ser aplicada pelos genitores, mas sem embargo de, caso a caso, a verificação do preenchimento dos atributos, quais sejam o afeto, a saúde, a segurança e a educação, sem deslembrar do poder de supervisão do outro genitor. Se preenchidos por um só deles, a guarda será unilateral.

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a guarda compartilhada, independente do consenso entre os pais, a fim de garantir o princípio do melhor interesse, conforme Recurso Especial 428596 do Rio Grande do Sul que tem como relatora a Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa pontifica:

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

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

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

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

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

7. Recurso especial provido. (Resp nº1428596, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Nancy Andrighi. Brasília. Julgado em 03/06/2014). (Grifo nosso).

Verifica-se que o Superior Tribunal entende que impedir a aplicação da guarda compartilhada quando há dissensão, acarretaria numa superioridade de um dos pais. Por consequência, considera a imposição da guarda compartilhada uma medida extrema, mas de fundamental importância, para que o texto legal não se torne “letra morta”.

Nesse mesmo entendimento caminha o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consoante julgamento da Apelação Cível 1.0647.13.002668-3/002 pela Quarta Turma da Câmara Cível, tendo como relator Dárcio Lopardi Mendes, que assentou:

APELAÇÃO CÍVEL-DIREITO DE FAMÍLIA-
MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENORES-PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA-GUARDA COMPARTILHADA-POSSIBILIDADE.

- O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse múnus.

- O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar.

- Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos

- Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos.

- Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada.

Portanto, o Egrégio Tribunal decide em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse. Se os pais são capazes de gerenciar a guarda compartilhada, esta se torna a melhor solução.

Não há dúvidas que a existência de aversão entre o pai e a mãe atrapalha o exercício da guarda compartilhada. Nestes casos, o magistrado deve ponderar através de provas nos autos, a fim de julgar em observância a proteção legal do infante. Não deve, de maneira nenhuma, desconsiderar imediatamente o compartilhamento da guarda, simplesmente pela falta de consenso entre os genitores, até porque essa aplicação iria de encontro com o dispositivo legal.

Há algumas posições que não concordam que a guarda conjunta exige consenso entre os pais, que são responsáveis pela proteção do superior interesse da criança ou adolescente, não dando margem a condutas egocêntricas para benefício próprio.

4.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Em todo o decorrer da pesquisa foi ressaltado o superior interesse da criança ou adolescente para a atribuição da guarda. Para melhor compreensão desse princípio, é necessário explorar a sua origem no Brasil e no mundo.

O direito e a sociedade reconheceram a criança ou adolescente somente no século XVIII. No Brasil colonial, o filho desempenhava função secundária, pois, consoante já

exposto nesse trabalho, o pai era o núcleo da família. Tendo o pátrio poder, não precisava dar afeto, de modo que era visto como um patrão e protetor.

A partir do reconhecimento da infância é que o princípio do melhor interesse passou a orientar as decisões da jurisprudência no mundo. Teve sua origem no instituto *Parens Patriae*, uma atribuição do Rei e da Coroa da Inglaterra para proteger as pessoas que não poderiam defender-se sozinhas, consoante Maria Manoela R. A. Quintas (2009, p.57).

Em 1813, foi introduzido nos Estados Unidos, a partir de uma decisão da carta da Pensilvânia, no caso *Commonwealth versus Addicks*, que atribuiu à guarda do filho menor a mãe, com a justificativa que o fato dela ser adúltera não interferia nos cuidados dela como mãe. Desse modo, prevaleceu o *the best interest of the child*, preponderando o interesse da criança em vez dos pais.

Em 1969 houve o Pacto de São José da Costa Rica, referente aos Direitos Humanos, e em 1989, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e Adolescente, reconhecido *a posteriori* pelo Brasil mediante decretos.

O princípio do melhor interesse da criança está previsto no artigo 100, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, que afirma que na aplicação de medidas devem-se atender as necessidades pedagógicas, optando por aquelas que tendem ao endurecimento das relações familiares e comunitárias. Então, no que se refere ao interesse superior da criança e do adolescente, a intervenção tem a obrigação de respeitar os interesses e direitos deles com primazia, sem prejuízo da apreciação de outros interesses legítimos no caso concreto. Por isso, deve-se observar a felicidade dos filhos, e não interesses particulares dos pais.

Gustavo Tepedino (1998, p.8) afirma que o princípio do melhor interesse da criança “é digno de encômios, não sendo tolerável, à luz da Constituição da República,

⁷ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

condicionar a convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada”.

O interesse do menor serve, primeiramente, como critério de controle, isto porque funciona como instrumento que permite a vigilância do exercício da autoridade parental, sem questionar a existência do direito dos pais.

Para Silvana Maria Carbonera (2000, p.124), o parâmetro do melhor interesse do infante apresenta diversidade de conteúdo, sendo consagrado como uma cláusula geral e como um princípio protecionista que deve se amoldar ao caso concreto. Portanto, é necessária a ocorrência dos fatos, nos quais são apreciados os interesses morais e materiais do menor ou maior incapaz, preservando a singularidade das partes.

Compete ao juiz examinar cada situação de fato, que é determinada a partir da consideração de elementos objetivos e subjetivos, qual seja o “interesse” daquele menor em tal situação fática. Deste modo, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela não concessão da guarda compartilhada antes da instrução do feito, por faltar indicativos que a adoção dessa modalidade atenderia aos superiores interesses da criança, consoante ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, CUMULADA COM REVISÃO DE ALIMENTOS. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. LEI 13.058/2014. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. MANUTENÇÃO. **Inadequado, por ora, o estabelecimento da guarda compartilhada, devendo ser prestigiada a cautela do magistrado singular, que desacolheu o pleito diante da ausência de motivos para modificar a situação fática antes da instrução do processo, o que sinaliza não haver indicativos de que o regime pretendido efetivamente viria a atender aos superiores interesses da criança, que necessariamente devem prevalecer.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70066315938, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/11/2015. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/11/2015). (Grifo nosso)

As situações que cercam a pessoa dos pais também podem ser levadas em consideração, são condições materiais, como atividades profissionais, renda mensal, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou não da existência de lares, ou condições morais, que é o vínculo existente entre o pai e o filho, círculo de amigos, ambiente social, qualidade de cuidado, investimento paterno, título exemplificativo, são alguns elementos que podem direcionar ao juiz no caso concreto, a fim de resguardar o interesse do menor.

4.3 A MEDIAÇÃO

Segundo Ronald Dworkin (2002, p.27) o direito é um conjunto interpretativo e os juízes devem decidir qual o seu significado, então para o autor, as Teorias Gerais do Direito são interpretações gerais da prática jurídica. Em vista disso, não é possível fantasiar soluções, pois diferente da teoria, o ser humano é complexo interiormente e nas suas relações com outrem. Destarte, o fim da relação conjugal deixa feridas na psique. Em razão disso, dificilmente os genitores chegarão a um comum acordo na guarda compartilhada. Logo, muitas vezes rancorosos com o fim do relacionamento, buscam e defendem seus próprios interesses judicialmente, em oposição ao melhor interesse dos filhos.

Por conseguinte, nem sempre a sentença tem o efeito harmônico pleiteado pela justiça. Posto isso, o papel da mediação vem crescendo, por ser uma técnica alternativa com a função de levar as partes a um consenso. Principalmente no âmbito de família, esta tem atribuição importante, pois possibilita a identificação das necessidades singulares de cada membro da família, diferenciando funções, papéis, incumbência de cada um, com a viabilidade de configuração de um novo perfil familiar (CAMPOS, FIGUEIREDO, 2006, p.321).

A mediação tem como meta central apresentar um meio para que os ex-cônjuges ou ex-companheiros, produzam um acordo prolongado e reciprocamente aceito entre ambos, tendo em vista as peculiaridades de cada componente da família, e particularmente, aos filhos. Tem como elementos norteadores a dignidade da pessoa humana, a informalidade, a participação do terceiro imparcial, o poder de decisão das partes e a não competitividade (TARTUCE, 2008, p. 210).

Convém explicar que a mediação não se confunde com conciliação ou arbitragem. Consoante Águida Barbosa (2004, p.32-34) a mediação utiliza um terceiro imparcial para coadjuvar as partes em conflitos, os chamados mediandos, de forma que estimulam seus recursos pessoais com o propósito de transformar o conflito em solução.

A arbitragem, por sua vez, pode ser definida como um instrumento de solucionar litígios civis, atuais ou futuros, referentes a direitos patrimoniais disponíveis, por meio de um árbitro ou vários árbitros, que são selecionados pelas partes, cujas decisões geram os efeitos jurídicos das sentenças decretadas pelos órgãos do Poder Judiciário (ROCHA, 2008, p.22). É um instrumento particular de solução de contendas, pela qual

um árbitro tem poderes para intervir no caso, sendo que esta é uma forma escolhida pelas partes, sem a participação estatal. O árbitro pode ser qualquer pessoa capaz em que as partes deverão ter confiança. A Lei nº 9.307/96 dispõe sobre a arbitragem. Consoante o artigo 1º da referida lei, as pessoas capazes de contratar poderão se valer da arbitragem para extinguir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se de convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

A conciliação difere, pois nesta as partes revelam a intenção de entrar em acordo. Então, o conciliador, numa audiência de conciliação, os auxiliará na resolução dos conflitos. Consoante Rodrigo Almeida Magalhães (2008, p.28), o conciliador, terceiro interventor, atua como elo de ligação, com o escopo de levar as partes a um consenso, por meio do reconhecimento de problemas e prováveis soluções. Diferencia-se do mediador, porque o conciliador não é neutro, logo pode interferir no mérito das questões. Em contrapartida, o conciliador não decide o conflito, mas dá sugestões, cabendo as partes a resolução da controvérsia.

Para Paulo Luiz Lôbo (2010, p.98) a mediação é valiosa para o resultado adequado da guarda compartilhada, cujos pais em sessões sucessivas com o mediador, atingem um nível satisfatório de acordo em relação à maneira como exercerão a guarda em conjunto. Mas o mediador não decide pelas partes, pois este não pode julgar e deliberar os direitos de cada genitor, de forma que colabora com a transação que é concluída pelos pleiteadores da guarda.

O princípio do livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil vigente, garante a livre convicção do magistrado em conformidade com as provas nos autos. Porém, a celeridade muitas vezes prejudica a jurisdição, logo estes nem sempre conseguem extinguir os conflitos existentes entre as partes, principalmente nas Varas de Famílias, em que existem aspectos emocionais, uma vez que a guarda pretendida é consequência do divórcio ou dissolução de união estável acompanhados de mágoas, tristezas, desafetos. É nesse ambiente, portanto, que o mediador se torna uma figura fundamental para a resolução das discórdias, de modo que coopera para o compartilhamento da guarda.

O novo Código de Processo Civil traz mudanças no procedimento das ações de família, previstas entre os artigos 693 e 699. Porém, é necessário ressaltar que existem algumas exceções, como a ação de alimentos que tem procedimento especial

da Lei 5.478/1968, a revisão e oferta de alimentos, bem como ação de interdição e as ações reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (guarda, tutela, destituição do poder familiar e adoção).

Então, ressaltadas as exceções, o artigo 695 dispõe sobre obrigatoriedade da mediação nas ações de família, que ordena que todos os meios serão empreendidos para um consenso, devendo o juiz ter auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Inclusive, a requerimento das partes, é possível a suspensão do processo enquanto os litigantes estão submetidos às sessões de mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar.

Portanto, essa alteração interfere e auxilia nos procedimentos da guarda compartilhada, principalmente quando há litígio entre os genitores, de modo a proporcionar um acordo entre as partes e a preservação do respeito, fundamental no compartilhamento da guarda.

Vale frisar que o número de sessões de mediação não foi limitado pelo novo Código de Processo Civil, pois, consoante o artigo 696, a audiência de mediação poderá dividir-se em várias sessões com a finalidade de solução consensual da demanda, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Para Cristiano Chaves (2015), a opção do legislador em tornar obrigatória a mediação é dar uma chance diferenciada, uma vez que nas ações de família há um estado de patologia afetiva que pode ser resolvida mediante a conscientização.

Caso não haja conciliação ou mediação o procedimento segue o rito ordinário.

4.4 ASPECTOS POSITIVOS

Existem vantagens na adoção da guarda compartilhada.

Waldyr Grisard Filho (2005, p.113) afirma que os filhos não correm os riscos de perder a intimidade e a ligação com os genitores, posto que seja um plano de cuidado e justiça aos filhos cujos pais se divorciaram, no qual equilibrará a necessidade do menor numa relação durável com os pais, o que limitará os conflitos parentais contínuos.

Maria Berenice Dias (2011, p.443) afirma que a guarda compartilhada assegura uma melhor aproximação física dos filhos com ambos os pais, embora o *vínculo* de conjugalidade tenha acabado. Para a autora, esta modalidade é uma forma de garantir a corresponsabilidade parental, a permanência de uma ligação mais estrita e ampla,

dos genitores na educação e formação dos filhos. Na guarda conjunta, a criança ou adolescente terá uma residência principal, mas terá convivência com ambos os pais.

Na guarda compartilhada o exercício do poder familiar é conjunto e simultâneo, distanciando-se da dicotomia entre a guarda exclusiva e direito de visita (ALVES, 2009, p. 1). Embora haja fixação do domicílio do menor na residência de um dos genitores, cabe ao outro o dever de continuar desempenhando o poder familiar, através da participação nas questões do dia a dia, fundamentais na vida do filho, tais como lazer, esporte, saúde, de maneira que descaracteriza a figura do “pai/mãe de fim de semana”.

A guarda compartilhada possibilita uma ampla contribuição de ambos os genitores no cotidiano dos filhos, pois confere igualdade de condições para que estes participem das decisões acerca daqueles, tais como a escolha de profissionais, como professores, médicos, por exemplo, como também a instrução nos estudos ou em atividades extracurriculares.

Para Eliane Hoffmann (2014, p. 120-144), na guarda compartilhada os filhos possuem a vantagem de verem seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, proporcionando-lhes a segurança e certeza de que não sofrem negligências. A autora elenca os aspectos positivos que a doutrina traz como expressivos para a determinação da guarda compartilhada, pois invocam o direito reconhecido nacional e internacionalmente, de que toda criança e adolescente têm de conviver com ambos os pais, bem como os direitos dos filhos na guarda conjunta para construírem uma identidade psíquica e social consolidada, de forma que atenua o impacto negativo que o rompimento afetivo dos pais interfere na relação de pais e filhos. Também se refere ao princípio da igualdade entre o homem e mulher, em direito e obrigações, acarretando na responsabilização pelos atos praticados pelos filhos menores de forma igualitária.

Outra vantagem no estabelecimento da guarda compartilhada é o combate a alienação parental e da síndrome de alienação parental. A primeira é conceituada pela Lei nº 12.318/2010, no seu artigo 2º que define o ato de alienação parental como a intervenção na formação psicológica da criança ou do adolescente realizada ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância com o intuito de rejeitar o

genitor ou que cause dano ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A alienação não se confunde com a síndrome da alienação parental, pois esta última se relaciona com as sequelas emocionais e comportamentais que as vítimas (criança ou adolescente) sofrem pelo alijamento (FONSECA, 2009. p.51). Essa doença se reflete quando os filhos não desejam mais ter o contato com o outro genitor. É uma consequência da alienação parental, pois as várias ações alienadoras desencadeiam na síndrome.

A inimizade e doença do alienador, devido a sua vida familiar anterior ou a sua deformação mental, prejudicam o contato entre os responsáveis e a criança ou adolescente, que são tratados como brinquedos, até que porventura alcancem a infeliz consciência de barganhar ou chantagear os adultos (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p.55).

Em divórcios ou dissoluções litigiosas, é comum uns dos genitores (alienante), ou ambos, interferirem no psicológico dos filhos a fim de destruir o relacionamento destes com o outro genitor, com o propósito de alcançar a guarda definitiva. Diante disso, o compartilhamento da guarda é uma forma de suprimir essas condutas que trazem sérias consequências para o psicológico e o comportamento dos filhos.

Na guarda conjunta há uma tendência de minimizar o surgimento de novas desavenças judiciais, de maneira que o pai não se sentiria excluído, pois não há revanche. Também não se sente importunado com o desempenho de suas obrigações, sobretudo as financeiras (GRISARD FILHO, 2009, p.126).

Com a convivência entre os dois polos familiares, a criança ou adolescente poderá se sentir mais protegida, sem receio de abandono, o que contribui para o seu desenvolvimento psicológico e intelectual, adquirindo experiências para torna-se apto aos desafios que a vida lhe proporciona.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias (2013, p.152), a rotina das Varas de Família demonstra que o genitor que detém a guarda da criança a utiliza como um meio de chantagem, obstaculizando o contato do filho com o não guardião. Portanto, em análise mais ampla, afirma que o cenário de litígio é mais propício para o exercício em conjunto da guarda compartilhada.

A determinação da guarda unilateral como regra geral de conduta significa dirimir as responsabilidades inerentes ao poder familiar daquele progenitor não guardião. Tem como consequência o dano na formação da personalidade da prole, em razão do distanciamento deste com um de seus pais (ROSA, 2015, p.81-82).

O magistrado não deve deixar de aplicar a guarda compartilhada simplesmente porque não há consenso entre os pais, contudo este é um fator que deve ser observado e ajustado, já que a atribuição da guarda unilateral não exime os genitores de discórdias, como por exemplo, quando os dias de visitas não são respeitados pelo genitor que tem a guarda exclusiva e/ou quando este tem condutas alienadoras.

4.5 ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Existem aspectos negativos, pois a imposição desta modalidade aos pais que não acordarem poderá acirrar os ânimos e aumentar os conflitos, trazendo danos à saúde psicológica dos filhos, o que poderá comprometer a sua estrutura emocional. Ocorre que, em um ambiente onde os pais não se entendem, poderá provocar divergências na criação dos filhos. Outro ponto negativo refere-se à possibilidade da falta de referência do lar, dado que a criança ou adolescente terá apenas uma residência, mas ao conviver em lares distintos, poderá dificultar a identificação.

Segundo Rolf Madaleno (2009, p. 323) não há lugar para a guarda compartilhada entre os casais amargurados, ressentidos, que utilizam os filhos como troféus das suas brigas pessoais.

Há algumas posições que não concordam que a guarda conjunta exige consenso entre os pais, que são responsáveis pela proteção do superior interesse da criança ou adolescente, não dando margem a condutas egocêntricas em benefício próprio. Porém, é intrínseco a guarda compartilhada uma convivência em harmonia do ex-casal para que os conflitos existentes entre eles não prejudiquem o desenvolvimento dos filhos.

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p.322) afirma que nesse tipo de guarda (compartilhada), deve-se ter um alerta, pois, exige um efetivo entendimento entre os genitores.

Maria Mendonça Sylvia (2008, p.71) entende que o sucesso da guarda compartilhada tem um preço, pois é imprescindível que os pais tenham um bom relacionamento, já

que se encontrarão com maior frequência, além de requisitar que ambos reconheçam que seu filho precisa da presença materna e paterna para seu sadio desenvolvimento. Nessa mesma linha de raciocínio os Tribunais entendem, consoante ementas:

DIREITO DE FAMÍLIA. REQUERIMENTO DE GUARDA COMPARTIDA. POSTERIOR MODIFICAÇÃO DO PEDIDO PARA GUARDA UNILATERAL PATERNA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA QUE DEFERIU A GUARDA COMPARTILHADA. DETERMINAÇÃO PARA QUE AS PARTES FOSSEM ACOMPANHADAS PELA PSICÓLOGA E ASSISTENTE SOCIAL FORENSE, BEM COMO DETERMINADA A TRANSFERÊNCIA DO FILHO DO CASAL PARA ESCOLA PARTICULAR. AUSÊNCIA DE QUALQUER INFORMAÇÃO DOS ENVOLVIDOS NA DISPUTA E DA ATUAL SITUAÇÃO DO MENOR. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA PRODUÇÃO DE NOVO ESTUDO SOCIAL. RETORNO. MODIFICAÇÃO SINGELA DA SITUAÇÃO DO MENOR. AUSÊNCIA DE MATRÍCULA NO ENSINO PRIVADO. DESOBDIÊNCIA POR PARTE DA GENITORA DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL NESSE SENTIDO. CONTINUIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELA MÃE DO MENOR, DA VERBA ALIMENTAR A ELE DESTINADA. CONDUTA REPROVÁVEL. **GUARDA REPARTIDA DEFERIDA SEM A OBSERVÂNCIA DA FALTA DE DIÁLOGO E DE CONSENSO ENTRE OS LITIGANTES. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA O SEU DEFERIMENTO. NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO PARA GUARDA UNILATERAL PATERNA. PAI QUE DETÉM MELHORES CONDIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DO INFANTE. MELHOR ATENDIMENTO AOS INTERESSES DO MENOR QUE DEVEM SER OBSERVADOS. ALTERAÇÃO DA GUARDA QUE SE FAZ PRIMORDIAL. RECURSO PROVIDO. 1 As ações de guarda de menor tem natureza dúplici, sendo regidas, essencialmente, não pelas normas de direito processual, mas, preponderantemente, pelas de direito material. Assim, em atenção à supremacia dos interesses do menor, pode e deve analisar e decidir o julgador de acordo com esses interesses, tendo em vista a proteção integral do infante. Destarte, não há como se entrever ofensa ao princípio da estabilização da lide (CPC, art. 264 e parágrafo único) quando, formulado pedido de guarda compartilhada, o autor, no curso da ação, passa a postular, diante de novos fatos trazidos ao caderno processual, o deferimento da guarda unilateral paterna. Ao julgador, em tal hipótese, é dado, em desprezando os termos da inicial, deferir ou negar a guarda unilateral ao autor. **2 Evidenciando os autos a total animosidade entre os pais do menor em suas relações, uma vez que o próprio genitor relata no estudo social que as informações do menor são repassadas por ele mesmo pois inexistente diálogo com a ex-cônjuge, inviável se faz a manutenção da decisão primária que deferiu aos pais a guarda compartilhada, visto que um de seus pressupostos é o convívio harmônico e pacífico entre os guardiões do infante.** (APELACAO CIVIL N. 2013.037652-1,TJSC-Comarca de Joinville, APELANTE: C.R.W. APELADA: M. R. P. W. – RELATOR: EXMO SR DES. TRINDADE DOS SANTOS. Joinville, 26 de marco de 2015). (Grifos nossos)**

Este julgado retrata que a sentença deferiu a guarda compartilhada. Contudo, em virtude da animosidade entre os ex-cônjuges e a falta de diálogo, ficou inviável a manutenção da guarda compartilhada, uma vez que a genitora também não colaborou com o cumprimento dos deveres parentais, ao descumprir decisão judicial de matricular o filho em escola particular, pois utiliza a verba alimentar para seu próprio deleite, praticando abuso de direito. A apelação foi provida, autorizando a alteração da guarda

compartilhada em unilateral, dado que o pai tem melhores condições para o desenvolvimento sadio do menor, atendendo ao melhor interesse deste.

APELAÇÃO. ALTERAÇÃO DE GUARDA EM PROL DA MÃE. DESCABIMENTO. ESTABELECIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA INVIABILIDADE, EM FACE DAS PROVAS DO CASO CONCRETO. Caso no qual a mãe deixou a criança aos cuidados do pai quando da separação do casal, há muitos anos atrás, sendo que desde então é o pai quem cuida do filho, e, segundo a prova dos autos, ele providencia todos os cuidados e a atenção necessárias, restando expressa a conclusão do laudo social pela manutenção da guarda com o pai. **Nesse contexto probatório, mostra-se descabida a pretensão de reversão da guarda para a mãe. Por igual mostra-se inviável, em face da prova reunida nos autos, o deferimento da guarda compartilhada, já que essa modalidade exige um mínimo de harmonia entre os genitores, o que não se verifica no caso.** Precedentes. Ademais, depois de tantos anos sem contato significativo entre a mãe e o filho, o restabelecimento dos laços entre ambos deve se dar através do regular exercício do direito de visitas já fixado em prol da mãe. O deferimento da guarda compartilhada imediatamente, no caso concreto, seria alteração substancial e abrupta na situação vivenciada pela criança há anos, solução que não seria no melhor interesse do menor. **NEGARAM PROVIMENTO.** (Apelação Cível Nº 70063966238, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015).

Verifica-se que mesmo após a vigência da Lei 13.058/2014 que dispõe sobre a aplicação da guarda compartilhada independente de acordo entre os pais, na prática existem casos em que torna-se inviável a alteração da guarda unilateral para compartilhada instantaneamente. Neste caso específico, a mãe deixou a criança nos cuidados dos pais por muitos anos, logo a Oitava Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a pretensão desta em reversão para guarda compartilhada imediatamente é descabível, com fundamentos na falta de harmonia entre os genitores e pelo decurso do tempo, posto que a mudança repentina na vivência da criança não garante o seu melhor interesse.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR FIXADA EM ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. PRETENSÃO DO GENITOR À SUA MODIFICAÇÃO, PARA QUE SEJA EXCLUSIVA EM SEU FAVOR. TUTELA ANTECIPADA NEGADA. PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. FORTES INDÍCIOS DE QUE A GUARDA COMPARTILHADA É DESACONSELHÁVEL. CONFLITOS ENTRE OS GENITORES QUE AFETAM DIRETAMENTE A PROLE. PAI QUE EXERCE A GUARDA EXCLUSIVA DE FATO HÁ APROXIMADAMENTE UM ANO. MÃE QUE NÃO AJUIZOU MEDIDA JUDICIAL PARA EXERCER O SEU DIREITO DE GUARDA. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA PRESENTES. RECURSO PROVIDO (Agravado de Instrumento n. 2014.014198-3, de Santa Rosa do Sul. Relator: Des. Domingos Paludo. Publicado em 10/02/2015). (Grifo nosso)

Neste julgamento do agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu a tutela antecipada ao genitor que requereu a alteração da guarda

compartilhada em exclusiva, diante da existência de fortes indícios que o compartilhamento é desaconselhável, em decorrência dos conflitos que afetam diretamente a prole.

Há também como desvantagem o compartilhamento da guarda com o indivíduo que não se confia. São casos em que os filhos não são esperados, não advindos de entidades familiares, mas de relacionamentos rápidos.

Existem alguns elementos desfavoráveis ao compartilhamento da guarda, como a demonstração de sinais de insegurança pela criança, o uso indevido do guardião da custódia física, geralmente a mãe, para renegociar o valor dos alimentos, a contínua necessidade de adequação entre pais e filhos, a necessidade de os pais terem emprego ou atividade econômica flexíveis para serem presentes não somente nos horários estabelecidos dos períodos de convivência, mas também nas causalidades do dia a dia.

Segundo Ana Carolina S. Akel (2008, p. 126) a aplicação da guarda compartilhada parece ser uma difícil e duvidosa tarefa, na prática, quando o casal não tenha um consenso a esse respeito. Embora haja uma preocupação em atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente será eficaz quando os genitores concordarem e assimilarem vantagens, senão, restaria inócuo.

A nova lei dispõe sobre a outorga da guarda compartilhada quando os genitores estão aptos a exercer o poder familiar, inclusive em situações em que não há acordo entre eles, mas esta é uma questão controvertida. A guarda compartilhada não deve ser utilizada como instrumento de solução de divergências de interesses entre os pais, todavia a imposição deverá ser aplicada para resolver rivalidades sobre guarda quando o litígio entre os progenitores estiver relacionado a definir com quem ficará a guarda da criança ou adolescente. De maneira que a imposição desta modalidade para ex-cônjuges ou ex-companheiros que não anuem com tal modelo e não apresentam uma convivência pacífica, poderá levar a prole a viver em um ambiente de intensas discussões, o que contraria o seu melhor interesse e seu desenvolvimento saudável.

A concessão deste tipo de guarda deverá ocorrer quando os pais estiverem de acordo e, também, quando for averiguado no caso concreto, por meio das provas nos autos, se a guarda em conjunto resultará em benefícios para a prole. Visto que, consoante

entendimento dos tribunais, o compartilhamento da guarda requer um mínimo de convivência amistosa, com o desígnio de favorecer o infante.

As constantes desavenças entre o pai e a mãe são prejudiciais para o objetivo da guarda compartilhada, uma vez que esta visa proporcionar um convívio sadio da criança com seus pais, a fim de amenizar os possíveis efeitos colaterais do divórcio ou da dissolução, que tem como principal mudança a supressão da convivência dos filhos com ambos os pais.

5. CONCLUSÃO

A guarda, peculiar do poder familiar, neste não se esgota. Ambos podem conviver de forma simultânea e separada nas mãos de titulares diferentes, uma vez que uma pessoa pode ser possuidora do poder parental e outra da guarda da mesma criança ou adolescente.

A edição da Lei nº 11.698/08 representou um avanço no Direito de Família, uma vez que antes da sua vigência, o Código Civil previa apenas que na dissolução conjugal ou estável, a guarda seria atribuída em observância ao acordo dos genitores, ou seja, o Codex estabelecia diretrizes para a sua concessão quando houvesse consenso entre os pais ou por decretação do juiz em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

É de fundamental importância um olhar cuidadoso para a atribuição da guarda, especialmente em virtude das desavenças ocorridas pela decomposição da família. As tabelas e inquéritos levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que têm como fonte os processos registrados nas Varas de Família, Foros ou Varas Cíveis em todo o território nacional, demonstram o crescente número de dissolução da sociedade conjugal e do casamento a partir de 1978, em decorrência da Lei nº 6.615/1977, que regulou tais institutos e seus efeitos.

Com as modificações ocorridas nas famílias ao longo dos anos, a doutrina e jurisprudência almejavam uma jurisdição mais adequada ao caso concreto. Então, o ordenamento brasileiro em atenção a essas mudanças estabeleceu a custódia equilibrada dos filhos, tornando o compartilhamento possível entre os genitores.

Assim, com o advento da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada tornou-se mandamento geral, salvo quando um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor. A discussão doutrinária ocorre em razão da possibilidade de determinação da guarda compartilhada em processos litigiosos.

O parágrafo terceiro do artigo 1.584 do Código Civil prevê que o juiz poderá se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada. Mas, entende-se que o juiz deverá basear-se e não simplesmente ter a possibilidade de requerer orientação para determinar qual a modalidade da guarda a ser adotada, ou seja, tem a obrigação de consultá-los, uma vez que a perícia psicológica, por

exemplo, tem grande relevância, pois somente uma avaliação dessa natureza poderá fornecer ao magistrado elementos precisos para a formação de seu convencimento. Tal pesquisa visa analisar os traços daqueles que pleiteiam a guarda e do infante, suas condições psíquicas, a interação da criança ou adolescente com seus litigantes e suas necessidades para detectar se os genitores estão aptos a exercer o poder familiar para, a partir daí, fixar a guarda compartilhada. O estudo poderá ser complementado, se o caso exigir, pela realização de perícia psiquiátrica, a qual deverá apurar eventuais patologias e seu impacto na outorga da guarda. Então, circunstâncias que possam comprometer a saúde, a formação e a segurança do filho devem ser avaliadas para convencimento do magistrado e atribuição da guarda, como, por exemplo, o uso de drogas, desvios comportamentais, abuso de poder, castigos imoderados, alcoolismo e outros vícios que os pais possam ter.

Os juízes não são psicólogos ou psiquiatras para avaliarem as condições psíquicas em audiências de instrução ou conciliação, pois uma ruptura do relacionamento dos genitores traz consequências internas que estes não conseguem avaliar. Assim, o julgamento do mérito deve ser precedido de ampla instrução probatória, na qual todos os meios de prova possíveis deverão ser produzidos, como os depoimentos pessoais, inquirição de testemunhas, expedição de ofício, juntada de documentos, realização de exames psicológicos e psiquiátricos, inspeção judicial, oitiva do menor, entre outros. A oitiva da criança ou adolescente está prevista no parágrafo primeiro do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que a sua opinião deverá previamente ser ouvida e considerada.

Consoante a recente Lei 13.058/14, é possível que o juiz determine a guarda compartilhada quando não há concordância entre os genitores. Contudo, entende-se que o melhor caminho a ser tomado é a mediação.

A mediação tem como finalidade a pacificação dos conflitos por meio de acordos obtidos pelas próprias partes, pela qual oportuniza que os pais, mesmo após a separação, preservem suas relações de coparentabilidade.

Para assegurar a convivência, convém que, após a ruptura dos laços afetivos dos genitores, haja diálogo entre eles, a fim de que os ressentimentos e angústias sejam superados e os conflitos também estejam resolvidos para que a guarda compartilhada não seja prejudicial ao filho. Desse modo, a comunicação respeitosa dos pais é

essencial para o bem-estar do filho, permitindo a convivência familiar em um ambiente de harmonia.

No caso concreto, se o magistrado compreender que o melhor para o filho será a guarda compartilhada, e perceber que os pais necessitam de ajuda para restabelecimento da comunicação, é necessário o encaminhamento destes para sessões de mediações, em que existem profissionais capacitados, os mediadores, que irão aplicar técnicas de mediação, as quais possibilitarão uma boa convivência entre eles e os filhos em um ambiente de paz e respeito.

Partindo da premissa do melhor interesse do menor, a mediação é uma forma de garantir o relacionamento saudável e maduro entre os genitores. Contudo, se for observado pelo mediador e/ou pelo magistrado que não houve mudanças na animosidade entre os pais, refletindo diretamente na educação e formação da prole, parece mais adequado à guarda unilateral atribuída ao genitor que tem melhor aptidão para criar o filho, observados o superior interesse da prole, visto que um ambiente de intensas discórdias traz malefícios para o seu desenvolvimento.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. *Guarda compartilhada*. In: MENEZES, Joyceane e HARMATIUK Matos (Org.). *Direito das Famílias: Por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva. 2013.

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008.

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 2ed. 2reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Estevam de, *apud*, CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 8ed. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Breves comentários sobre a guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/573/3.3.3%20Breves%20coment%C3%A1rios%20sobre%20a%20guarda....pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19.10.15.

_____. *Guarda de menores: compartilhada, alternada e uniparental*. Revista de Prática Jurídica, a. VII, n.71, Fevereiro de 2008.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. 1ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

BARROS, Sérgio Resende. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principais-e-operacionais.cont.>>. Acesso em: 20/09/2015.

BRASIL. *Código Civil de 1916. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 26/03/2015.

_____. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05/03/2015.

_____. *Código de Processo Civil de 1973. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 26/10/2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23/03/2015.

_____. *Lei nº 883 de 21 de Outubro de 1949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 01/06/2015.

_____. *Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 20/05/2015.

_____. *Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 15/04/2015.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 06/04/2015.

_____. *Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 20/11/2015.

_____. *Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20/03/2015.

_____. *Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> . Acesso em: 18/09/2015.

_____. *Lei nº 12.398 de 28 de Março de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 20/11/2015.

_____. *Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 18/03/2015.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial N. 1.147.138 - SP (2009/0125640-2), Quarta Turma, Relator. Min. Aldir Passarinho Junior*. Julgado em 11/05/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9309080&num_registro=200901256402&data=20100527&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18/10/2015.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 383. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=170>. Acesso em: 10/09/2015.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial 1428596 – RS (2013/0376172-9), Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi*. Julgado em: 03/06/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35666410&num_registro=201303761729&data=20140625&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 30/10/2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. _____. 5. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. _____. 8.ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

CAMPOS, Argene; BRITO, Erica Gentilezza de. *O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha;

PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda dos filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 124.

CARBONERA, Silvana Maria. *Aspectos históricos da família brasileira: passagem da família tradicional instrumental e solidarista*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRASCO, Laura Alascio. *La excepcionalidade de La custodia compartida impuestas (art. 92.8 CC)*: Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/809_es.pdf>. Acesso em: 25/05/2015.

CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; ROCHA, Fabiana Dias. *Novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, 2ed. V1-2, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ed. Ver. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER Jr. Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10.ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. V.5. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____. V.4. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Child Support Advisory Committee. Disponível em : <
<http://www.childsupportillinois.com/advisory/>>. Acesso em 21/10/2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas*. In: FARIAS, Chaves de. *Escritos de Direito e processo das famílias: novidades polêmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Palestra de Direito Civil e Processo Civil. II Fórum Atlas*. Faculdade de Direito da UFC. Fortaleza, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias, vol. 6*, 6.ed. Bahia: Ed. JusPodivm, 2014.

_____. _____, vol. 6, 7 ed.rev.ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A tecnologia Como forma de Assegurar uma Adequada Comunicação entre Pais e Filhos Não Conviventes*. Cont. de Revista IOB de Direito de Família, v.1.n.1, julho 1999. nº 90, ano XVI. Porto Alegre: SÍNTESE, ago./set. 2008.

_____. *Guarda Compartilhada*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. _____. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. Revista do CAO Cível. Belém, v. 11, n. 15, p. 49-60, Jan-/Dez, 2009.

FONTES, Simone Roberta. *Guarda compartilhada doutrina e prática*. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 1ed. São Paulo: Saraiva 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento da personalidade. In: *Família e dignidade humana*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v6. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

HOFFMANN, Eliane Ivete Willrich. *Normas formas de família e a guarda compartilhada*. Brasília: Editora Kiron, 2014.

Jornadas de direito civil I, III, IV e V : *enunciados aprovados* / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>> Acesso em: 28/05/2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo. 1ed. Ed RT, 1997.

_____. *Famílias monoparentais*. São Paulo. 2ed. Ed RT, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Curso de Direito da Família*. 3.ed. Editora Forense, 2009.

_____. *_____*. 5ed. Editora Forense, 2013.

MAIO, Gloria Maria Garcia da. *Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos*. Monografia. (Curso de Pós- Graduação em Direito) – Universidade Mendes, Rio de Janeiro, 2009.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Formas alternativas de resolução de conflitos*. Belo Horizonte: RHJ, 2008.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Apelação Cível Nº 0589172014 MA 0004339-58.2014.8.10.0001, Segunda Câmara Cível. Relator. Des. José de Ribamar Castro*. Julgado em 10 de março de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MA/attachments/TJ-MA_APL_0589172014_02442.pdf?Signature=aEk358S%2BmZySsuEDUX4ixBnoLdM%3D&Expires=1448723613&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3ca4f04b66f94e8459f13a472ce9c3b9>. Acesso em 28/11/2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado- Parte Especial*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Compartilhando a guarda no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível Nº AC 10647130026683002 MG, Quarta Câmara Cível. Relator. Dârcio Lopardi Mendes*. Julgado em 19/03/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=EMENTA%3A+APELA%7%C3O+C%CDVEL+++DIREITO+DE+FAM%CDLIA+++MODIFICA%7%C3O+DA+GUARDA+DE+MENORES+++PRINC%CDPIO+DO+MELHOR+INTERESSE+DA+CRIAN%7A+++GUARDA+COMPARTILHADA+>>

+POSSIBILIDADE.&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em 24/11/2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado- Parte Especial*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII.
MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Compartilhando a guarda no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB, 2006.

MOURA, Andréa Guedes Martins Bastos. *Um olhar Sociológico sobre a Disputa de Guarda*. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: SÍNTESE, v. , n. 91, ago./set. 2015.

SPLENGER, Fabiana Marion; MARION JR., Nilo. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: SÍNTESE, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007.

PARIZATTO, João Roberto. *Direito e deveres dos pais e filhos*. 2ª tiragem. Editora edipa Parizatto, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *TJSC: prestação de contas em alimentos*. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/tjsc-prestacao-de-contas-em-alimentos/>>. Acesso em: 24/10/2015.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Agravo de Instrumento Nº 3898708, Primeira Câmara Cível*. Relator: Roberto da Silva Maia. Julgado em 25/08/2015. Disponível em: < <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231585494/agravo-de-instrumento-ai-3898708-pe>>. Acesso em 28/11/2015.

QUINTAS, Maria Manuela Rocha de Albuquerque. *Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível Nº Cível 0017729-46.2010.8.19.0208, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS*, Relator: Des. Celia Meliga Pessoa, Julgado em 27/06/2011. Disponível em:< <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2759078/suprimento-mudanca-domicilio.pdf>>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível Nº Agravo de Instrumento Nº 0042764-11.2014.8.19.0000, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ*, Relatora Des. Marília de Castro Neves, Julgado em: 22/01/2015. Disponível em:< <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2759078/suprimento-mudanca-domicilio.pdf>>. Acesso em: 20/08/2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70060877156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS*, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2014. Disponível em:< http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=AC+70060877156+RS&proxystylesheet=tjrs_i

ndex&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris >. Acesso em: 20/11/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70063966238, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=indeferimento+de+guarda+compartilhada&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A2015-01-01..2015-05-29+inmeta%3Adp%3Adaterange%3A2015-01-01..2015-05-29#main_res_juris>. Acesso em: 20/05/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento Nº 70067174789 , Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro*. Julgado em 08/11/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 25/11/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento Nº 70067174789 , Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl*. Julgado em 12/11/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 25/11/2015.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei da arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28 ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentado artigo por artigo*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível Nº 2013.037652-1, Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Trindade dos Santos*. Julgado em 26/03/2015. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000OYYV0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7887225&pdf=true>. Acesso em 27/05/2015.

SÃO LUÍS. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Agravo de Instrumento N° 57.413/2014*, Primeira Câmara Cível. Relatora: Des^a. Angela Maria Moraes Salazar. Julgado 28/05/2015. Disponível em: < <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201854144/agravo-de-instrumento-ai-574132014-ma-0010526-8520148100000/inteiro-teor-201854182>>. Acesso em 28/11/2015.

SILVA, Alan Minas Ribeiro da. *A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. *A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I*. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 20/02/2015.

_____. TARTUCE, Flávio. *Da ação de prestação de contas de alimentos. Breve análise a partir da Lei 13.058/14 e novo CPC*. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI222327,11049-Da+acao+de+prestacao+de+contas+de+alimentos+Breve+analise+a+partir+da>>. Acesso em: 26/10/2015.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A Guarda compartilhada no PLC 117/2003. *Revista de Direito de Família e Das Sucessões*. ADFAS. Ed. *Revista dos Tribunais*. vol. 2. ano 1. out-dez. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. *Revista da EMERJ*, v.1, n.2, 1998. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista02/revista02_32.pdf>. Acesso em: 15/08/2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito Civil de família*, vol.5. – 18 ed.ed.reform. – São Paulo: Saraiva, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.