

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE
ASSIS CURSO DE DIREITO MATUTINO**

ANA FLÁVIA CARNEIRO SOUZA

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO II A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA GUARDA
COMPARTILHADA**

**UBERLÂNDIA
JULHO DE 2017**

ANA FLÁVIA CARNEIRO SOUZA

**A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE NA GUARDA COMPARTILHADA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
Professor Jacy de Assis, como pré-requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Gustavo H. Velasco
Boyadijan.

**UBERLÂNDIA
JULHO DE 2017**

ANA FLÁVIA CARNEIRO SOUZA

**A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE NA GUARDA COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de curso
aprovado no curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de
Uberlândia, como pré-requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Msc. Gustavo Henrique Velasco Boyadijan
Orientador - Universidade Federal de Uberlândia

Prof^a.....
Universidade Federal de Uberlândia

.....
Universidade Federal de Uberlândia

Uberlândia (MG), ... de ... de 2017

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, pela oportunidade de chegar até aqui e por estar sempre me protegendo e guiando.

Ao Professor Orientador Msc. Gustavo, por toda paciência e dedicação, pelas orientações constantes, por sempre estar pronto a me atender, meu reconhecimento e gratidão.

Aos meus pais e irmã, pelo imenso carinho, apoio nessa etapa vivida e por sempre terem acreditado em mim.

E, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

EPÍGRAFE

“As crianças devem estar entre os primeiros a ser beneficiarem dos êxitos humanos, mas devem, por outro lado, estar entre os últimos a serem alcançadas pelos erros e equívocos das gerações adultas” (UNICEF).

RESUMO

O presente estudo destina-se a analisar a Lei nº 13.058/2014 considerando a guarda compartilhada como regra, desde que esta objetive o melhor interesse da criança e do adolescente. Para tanto, analisa-se, primeiramente, a evolução do poder familiar, destacando-se as suas hipóteses de extinção, suspensão e destituição. Posteriormente, a guarda será analisada por meio de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e de suas modalidades existentes, com ênfase na guarda compartilhada. Em seguida, trata-se especificamente da Lei nº 13.058/2014, delimitando quais os princípios constitucionais que ela efetivamente assegura e as principais reflexões quanto à alienação parental, aos alimentos e visitas. Dessa forma, a pesquisa volta-se para as questões atuais e têm o intuito de demonstrar a importância da aplicabilidade da Guarda Compartilhada para o melhor desenvolvimento social e moral da criança, permitindo que ela conviva com o pai e a mãe mesmo após uma ruptura conjugal.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Igualdade parental. Regra. Alimentos.

ABSTRACT

This monograph aims to study the application of the joint custody/shared parenting as rule, after the Law n. 13.058/2014 came into force guaranteeing parental equality. For this purpose, we analyze first the evolution of family power, highlighting your chances of extinction, suspension and dismissal. Later, the guard will be analyzed through its evolution in the Brazilian legal system and their existing arrangements, with emphasis on joint custody. Then, the study relies specifically on Law n. 13.058/2014, specifying which constitucionals principles are assured by its arrival and the most important reflexions that it brings: parental alienation, obligation of maintenance and visits. The search turns to present questions and has intention to pro the importance of use the joint custody tothe Best social and ethical growth of smaller, permitting tht smaller live together fathes and mother even a conjugal breaking-up.

Keywords: Joint custody. Parental equality. Rule. Obligation of Maintenance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PODER FAMILIAR	11
1.1 Do pátrio poder ao poder familiar	11
1.2 Exercício do poder familiar	13
1.3 Suspensão, extinção e destituição do poder familiar	15
1.3.1 Suspensão do poder familiar	15
1.3.2 Extinção do poder familiar	17
1.3.3 Perda ou destituição do poder familiar	18
2 GUARDA COMPARTILHADA	21
2.1 O instituto da guarda	21
2.2 Espécies de guarda	22
2.2.1 Guarda unilateral	22
2.2.2 Guarda alternada	23
2.2.3 Guarda nidal	24
2.2.4 Guarda compartilhada.....	25
2.3 Origem e conceito de guarda compartilhada	26
2.4 A Lei nº 13.058/2014 e sua aplicação.....	28
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCRETIZADOS NA LEI nº 13.058/2014 ..	32
3.1 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	32
3.2 O princípio da proteção integral	34
3.3 O princípio da igualdade entre genitores	35
4 REPERCURSSÕES PRÁTICAS DA GUARDA COMPARTILHADA	38
4.1 Fixação dos alimentos na guarda compartilhada	38
4.2 Visitas na Guarda Compartilhada	40
4.3 Prevenção à Alienação Parental	42
4.4 A construção do compartilhamento da guarda caso a caso	46
4.5 O descumprimento das atribuições e suas consequências	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

Muito presente nas relações familiares, a “GUARDA” é uma expressão que remete à proteção e cuidados dos filhos menores e tal definição requer uma análise aprofundada quando há um rompimento dos vínculos conjugais onde exista a presença da prole.

Com o intuito de proporcionar uma melhor convivência na relação paterno-filial, a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, regularizou a guarda compartilhada, sendo que a princípio sua instituição dependia de um bom relacionamento extramatrimonial vivenciado entre os pais. Entretanto, com o advento da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, instituiu-se que o estabelecimento da guarda compartilhada deve ser determinado independente da boa convivência mantida entre os genitores, como mecanismo de diminuir comportamentos que promovam alienação parental ou mesmo abandono afetivo.

O presente estudo tem como objetivo desenvolver uma análise da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014 que estabeleceu a guarda compartilhada quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os pais aptos a exercer o poder familiar, salvo se um dos genitores manifestarem ao magistrado que não tem interesse na guarda do menor.

Será feito um estudo da origem da guarda conjunta em diversos países e um exame da evolução da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, para então analisarem-se os institutos vigentes e aplicáveis, com o intuito de sanar equívocos normalmente gerados até mesmo por juristas. Também foi analisado o cenário que deu origem ao instituto da guarda compartilhada.

Além do mais, esta pesquisa tem como problema analisar a nova legislação a partir da proteção do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, para compreender a importância da Lei nº 13.058/2014 é primordial uma análise dos princípios constitucionais que serão garantidos: tanto para os genitores, como o princípio da igualdade, quanto para a prole, como o princípio da proteção integral e do melhor interesse do infante-juvenil.

O presente trabalho foi fundamentado por meio de pesquisas bibliográficas de doutrinas e jurisprudências, estas efetivadas através dos julgados de diversos Tribunais sobre o assunto; aquelas, por meio de livros, artigos, revistas científicas

que versão da questão. Assim, a pesquisa doutrinária ajudará traçar os conceitos concernentes ao tema proposto, em especial aqueles alusivos à guarda compartilhada; bem como, expor a evolução histórica do instituto em questão no ordenamento jurídico brasileiro; e, ainda, analisar a possibilidade do estabelecimento da guarda compartilhada num relacionamento conflituoso entre genitores após um divórcio. Já a pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros, também, contribuirá averiguar a efetividade na decretação da guarda conjunta em processos litigiosos.

Por fim, foi utilizado o método indutivo para desenvolver o estudo do instituto da guarda compartilhada referente ao exercício igualitário de direitos e deveres dos pais, independente da manutenção do vínculo conjugal. Este indicativo, no direito dos filhos menores, associa-se as disposições constitucionais que almeja manutenção do convívio familiar, do melhor interesse infante-juvenil que faz jus de proteção especial nesta fase importante de formação física e psicológica

1 PODER FAMILIAR

1.1 Do pátrio poder ao poder familiar

O vocábulo Pátrio Poder teve origem no direito romano: *pater potestas* que significa direito absoluto dado ao chefe da organização familiar em relação aos seus filhos.

De acordo com Silva (2008, p.382):

Em Roma, quando o instituto da família começou a evoluir, consubstanciando-se numa estrutura jurídica, econômica e religiosa, a partir da figura do *pater*, a mulher foi colocada em uma posição inferior, sendo considerada incapaz de reger sua própria vida, igualando-se aos filhos.

Nesse sentido, se a genitora era considerada incapaz para gerir seus atos, conseqüentemente ela não teria capacidade de deter o pátrio poder para ser responsável junto ao seu cônjuge pela sua prole.

Sobre o pátrio poder e as normas brasileiras, Quintas (2009, p.10) faz uma relevante colocação:

O Direito Civil português foi aplicado no Brasil, até a promulgação do Código Civil de 1916, através das Ordenações Filipinas, que vigoraram por aqui mesmo após a independência e após sua revogação em Portugal. Caracterizavam-se as Ordenações Filipinas como uma coleção de normas de Direito Romano [...]. A influência do Direito Romano, sobre todo o mundo europeu e conseqüentemente sobre o Brasil, foi um fenômeno admirável e espantoso, levando-se em conta a existência, então, de um mundo destituído de qualquer veículo que facilitasse a comunicação de ideias.

Nesse ponto, percebe-se que o direito brasileiro encontrou guarida no direito civil português, que foi influenciado pelo direito romano e por conseqüência teve essa ideia de pátrio poder exclusiva do genitor do sexo masculino.

A lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que promulgou o Código Civil brasileiro, veio seguindo as legislações já existentes em outros ordenamentos jurídicos de países europeus em relação ao pátrio poder.

Vale ressaltar que o exercício do pátrio poder de acordo com o a redação do Código Civil de 1916 em seu artigo 233, era exclusivo do pai, sendo o papel da mãe apenas como uma auxiliar esporádica, que também era submissa ao poder de seu cônjuge.

Vejamos os artigos 233 e 240 do Código Civil de 1916:

Art. 233.

O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) Compete-lhe:

I - a representação legal da família;(Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IV - Inciso suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III).

IV - prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277. (Inciso V renumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

Art. 240.

A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977) (BRASIL. Código Civil, 1916. Arts. 233 240).

Desse modo, percebe-se de forma clara que existia uma grande desigualdade em relação ao exercício do pátrio poder e a vontade da mãe somente sobressaía perante sua prole se esses não fossem reconhecidos pelo genitor ou diante do óbito dele.

Em 1962 foi promulgado o Estatuto da Mulher Casada, em que a cônjuge varoa passou a ter mais direitos junto ao seu esposo sobre as relações familiares, porém a mulher ainda atuava como colaboradora de seu marido. Este estatuto alterou o Código Civil de 1916, deliberando que o cônjuge varão exerceria a chefia da família com o apoio da mulher, nas questões referentes ao interesse do casal e da prole.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a mulher passou a receber tratamento isonômico ao homem, conforme o exposto no artigo 5º da Constituição Federal. A mesma lei assegura em seu artigo 226 §5º que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Atualmente para substituir a antiga concepção de pátrio poder é utilizada a nomenclatura poder familiar. O poder familiar pode ser caracterizado como o conjunto de direitos e obrigações destinados de forma recíproca aos genitores em relação ao indivíduo e aos bens dos filhos menores.

Cabe a ambos os pais a função desse poder-dever sobre os menores, de forma igual. Consoante a este ideal de igualdade aduz o artigo 1.631 do Código Civil que: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.631).

Acompanhando as inovações trazidas pela Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) dispõe sobre o exercício conjunto do poder familiar, e também enumera deveres dos pais para com os filhos, almejando sempre a proteção integral da criança e do adolescente.

Para Akel (2009, p.11):

O Estado impõe aos pais a obrigação de atender ao filho, assegurando todos os direitos que lhe são reconhecidos e a autoridade dos pais prevalece em razão de melhor alcançar os fins necessários à formação dos filhos. Significa que o fato de se caracterizar um poder trata-se de autoridade e dever, ou seja, os pais têm obrigação de exercer o poder familiar a benefício exclusivo dos filhos, em razão da sua experiência e maturidade em face destes.

Por conseguinte, é dever de ambos os genitores a incumbência imposta pelo Estado, evidenciando, assim, a igualdade de sexos existente na sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Por isso, é dever dos dois genitores a obrigação de exercer o poder familiar.

1.2 Exercício do poder familiar

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instituiu no art. 22 que é dever dos genitores manterem o sustento, guarda e educação de seus filhos. E incumbe às autoridades a supervisão e controle deste exercício pelos pais, fazendo-os cumprir as determinações judiciais.

Conforme Venosa (2012, p.367):

O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

De forma semelhante ao pensamento acima, Troiani e Locateli (2014, p.148) ensinam que:

O poder parental ou familiar é uma função, um encargo de atender às necessidades do filho antes de completar a maioridade, tanto em ordem

social quanto jurídica. Os direitos que são outorgados aos pais para que possam cumprir o dever com a prole, mais especificamente são as prerrogativas que se reconhecem aos que possuem a titularidade da função, sendo indispensável para seu empenho. Não se admite qualquer discriminação relativa à origem do filho, todos enquanto não maiores estão distintamente sob a proteção do poder familiar possuindo os mesmos direitos e deveres.

Logo, podem ser consideradas atribuições dadas aos genitores, com o intuito de resguardar os filhos menores em relação aos riscos que possam vir a ocorrer, bem como para a preparação para os desafios da vida.

O poder familiar tem como característica o encargo que os pais possuem de cuidar dos filhos. De acordo com Rizado (2004, p.602) ele afirma a respeito do tema:

Ao Estado interessa o seu bom desempenho, tanto que existem normas sobre o seu exercício, ou sobre a atuação do poder dos pais na pessoa dos filhos. No próprio caput do art. 227 da Carta Federal notam-se a discriminação de inúmeros direitos em favor da criança e do adolescente, os quais devem ser a toda evidência, observados no exercício do poder familiar: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, entre outros. A incumbência é ressaltada ainda, no art. 229 da mesma Carta, mas genericamente. No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), há várias normas de proteção, como a do art. 22, o que também fazia o Código Civil de 1916, no art. 384, e reedita o artigo 1634 do vigente código. [...] Se de um lado a autoridade do Estado não pode substituir a autoridade dos pais, de outro, em especial num país com tantas deficiências culturais como o Brasil, deve impor-se a autoridade do Poder Público em inúmeros setores, como, aliás, o faz a Lei 8069/90.

Os artigos mencionados acima determinam quais as responsabilidades dos genitores em assegurar os direitos de seus filhos, além de definir a maneira como devem exercer o poder familiar, e as consequências da sua omissão.

Outro fato do poder familiar é que o mesmo é irrenunciável, e os genitores não possuem o direito de transferir este, a não ser em caso de adoção, em que os genitores são destituídos do poder familiar.

Ademais, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.634 estabeleceu um rol de deveres dos pais em relação aos filhos:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - 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;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.634, p.266).

Dessa forma, tratam-se normas que estabelecem algumas obrigações pertinentes aos genitores em relação a sua prole, e estas irão decidir o futuro de cada um deles. Quando os pais se preocupam com a educação, criação, companhias, estudos, afazeres diários, aprendizado, cultura e os mantêm sob sua companhia e guarda, estando presentes sempre que preciso, dando o apoio que todo menor necessita, os mesmos irão se desenvolver de acordo com as diretrizes da supremacia do melhor interesse da criança e do adolescente.

1.3 Suspensão, extinção e destituição do poder familiar

1.3.1 Suspensão do poder familiar

O exercício do poder familiar está disposto no art. 1.634 do Código Civil de 2002, que delibera a alçada aos pais quanto aos filhos menores. De forma análoga o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente destaca a guarda, o sustento e educação dos filhos menores e inclui a obrigação de cumprir e fazer cumprir as medidas judiciais.

No entanto, o art. 1.634 do Código Civil enfatizou-se mais com os direitos-deveres que incorpora o poder familiar. Porém, essa determinação será utilizada de forma conjunta com a Constituição Federal, com a Convenção sobre os Direitos da Criança e com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, todos enfáticos nos deveres dos genitores para com os filhos menores.

Para Venosa (2012, p.318):

O poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que, em síntese, afeta a célula familiar. A lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.

Ocorre que há casos em que é necessário a suspensão do poder familiar que pode ser caracterizada com sanção decretada pelo juiz aos pais, com o intuito de

proteger a criança e não puni-la. A suspensão é admitida como medida protetiva aos interesses do filho e como punição aos genitores pelo exercício prejudicial do poder familiar.

Em relação à suspensão do poder familiar, descrita no artigo 1.637 do Código Civil de 2002, pode-se dizer:

Art. 1.637.

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.637, p.266).

Podemos observar que suspensão do poder familiar é determinada pelo magistrado após a verificação de conduta nociva ao menor. Assim sendo, compete à autoridade judiciária suspender o pátrio poder pelo tempo apropriado. Os motivos de suspensão do poder familiar são exemplificados de maneira abrangente, dando larga margem de deliberação ao magistrado.

As principais hipóteses de suspensão do Poder Familiar dos pais elencadas pela doutrina são abuso do poder por pai ou mãe; falta aos deveres maternos ou paternos; dilapidação dos bens do filho e condenação paterna ou materna por sentença irrecorrível por crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Importante salientar que as duas primeiras hipóteses caracterizam abuso de poder familiar.

Ademais, outras circunstâncias que também levam a suspensão, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): a quebra do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e o não cumprimento de determinações judiciais levam a suspensão do poder familiar.

Os artigos 22 e 23 do ECA aduzem:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas

oficiais de proteção, apoio e promoção (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Arts. 22, 23, p.1048).

Dessa forma, a suspensão pode abranger diversas causas, independente do que a motivou, é válido frisar que a suspensão é medida que cabe revisão, pois, sempre que forem extintos os fatores que lhe deu origem, terá direito o genitor voltar a exercer a titularidade do Poder Familiar.

1.3.2 Extinção do poder familiar

A extinção do poder familiar ocorre em consequência de vários eventos que exercem e detêm o mencionado poder. Sendo assim, a extinção do poder familiar é a forma menos complexa e ocorre por força de lei, segundo os casos indicados no art. 1.635, do Código Civil de 2002, vejamos:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II- pela emancipação, nos termos do art.5º, § único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.637).

Em relação o óbito dos genitores e se um permanece vivo, este assume todas as obrigações decorrentes ao referido poder. Se ambos estão mortos, este poder será passado a um tutor da escolha dos pais, que pode ocorrer quando os genitores tenham indicado por testamento, ou por decisão judicial.

A respeito da emancipação do filho traduz na conquista da capacidade civil do filho maior de 16 anos, outorgada pelos genitores por meio de instrumento público.

A maioridade é a maneira natural de extinção, motivo pelo qual a partir desta idade o filho torna-se completamente apto para praticar atos civis, e não se encontra mais em uma posição de vulnerabilidade. Ao completar 18 anos o indivíduo poderá decidir sozinho como irá administrar seus bens e seguir com sua vida sem a plena proteção de seus genitores em cada decisão tomada.

Já a adoção extingue o poder familiar dos genitores biológicos, e a partir da sua concessão, será exercida por quem adotou, seja um casal ou pai ou mãe solteiros.

No entanto, Venosa (2008, p.208) elucida que:

Na verdade, a adoção transfere o pátrio poder, não o extingue. Quando o indivíduo for adotado pelo casal, aos pais adotivos cabe o exercício do poder familiar. Quando a pessoa for adotada só pelo marido ou companheiro, ou só pela mulher ou companheira, só ao adotante, individualmente, compete o exercício do poder familiar.

Conforme o ensinamento acima ao invés da adoção ser considerada extinção do poder familiar, o melhor vocábulo a ser utilizado é transferência do poder familiar. Pois ocorre é a mudança do titular do referido poder, que deixa de ser os pais biológicos e passa a ser os pais adotantes.

1.3.3 Perda ou destituição do poder familiar

A destituição do poder familiar tem caráter definitivo e seus efeitos são perpétuos, visto as hipóteses graves em que será aplicável, e que diferentemente de visar uma sanção aos genitores, almeja-se proteger a integridade dos filhos.

Sobre a destituição do poder familiar por decisão judicial quando os genitores, no exercício do poder familiar, praticam alguma atitude exposta no art. 1.638 do Código Civil de 2002, tais como: “I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; e IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”. Sendo assim, extingue-se o poder familiar quando se conclui por um dos fatos graves ali descritos, que se mostram incompatíveis com o poder familiar.

Ao referir o castigo imoderado, a lei atribui aos genitores que, com o intuito de buscar “corrigir” seus filhos, ou mesmo abusando do poder que têm em relação à prole, utilizam da força física em demasiado excesso. Porém, o artigo em questão não está referindo à punições moderadas a fim de educar os filhos e, sim, de agressão física grave, de maneira a machucar o menor, deixando-o com profundas sequelas. Nesses casos, o magistrado, ao constatar que a criança é vítima de maus-tratos, pode decidir pela perda do poder familiar ao pai ou à mãe que colocou o menor nesta situação de violência.

O abandono exposto no inciso segundo do mencionado artigo, priva a criança dos direitos à convivência familiar e comunitária dada a criança e ao adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. O genitor não se preocupa em cuidar da vida escolar do filho; não se atenta em alimentá-lo ou em fornecer o necessário para sua existência; não lhe dá a devida atenção e carinho, e negligencia

a sua saúde, sem dar-lhe os devidos tratamentos. Assim, o abandono poderá ser físico, psicológico e moral e coloca a criança em situação de vulnerabilidade.

Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, como menciona o artigo, pode-se referir à criança e ao adolescente que habita junto ao genitor em um prostíbulo, ou um genitor que é viciado em entorpecentes e até mesmo utiliza a residência para a venda de drogas. O que se quer dizer neste referido inciso é o ambiente perigoso e promíscuo em que o menor é obrigado a viver, expondo-o a uma vida de imoralidade, desonestidade e de práticas inadequadas pelo ordenamento jurídico, como o abuso sexual por parte dos pais e até mesmo o estímulo destes a praticar atos ilícitos.

Em relação destituição do poder familiar, os fatos graves enumerados na lei devem ser considerados caso a caso. Injúrias graves, entrega do filho à criminalidade, concessão da filha à prostituição, são causas que devem ser aferidas pelo juiz. O abandono aludido pela lei, abrange a supressão do apoio intelectual e psicológico e não apenas o ato de deixar os filhos em assistência material. Logo, a perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos (VENOSA, 2012).

Sobre a incidência, reiterada, em faltas previstas para suspensão do poder familiar previstas no art. 1.637 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.637).

Este inciso almeja expandir a proteção do menor, evitando que os genitores reiterem de forma constante os atos que colocam a integridade e os bens de sua prole em risco, prejudicando seu desenvolvimento.

Dessa maneira, o magistrado deverá ser muito cauteloso em relação a este dispositivo, visto que sua aplicação será feita àqueles casos em que estas medidas, praticadas pelos pais, forem feitas de forma contínua e que venha ocasionar consequências tão graves para o menor e que o exponha a perigos.

Perante o exposto, a suspensão é medida menos gravosa do que a destituição ou perda, pois, interrompido os motivos, extinta a causa que a ocasionou, pode ser restabelecido o poder paternal. Já a perda ou destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos genitores que faltarem com os deveres em relação a prole. Por isso, o objetivo maior destes artigos é o de proteger a criança e

o adolescente, e terá de ser aplicado em cada caso concreto, levando-se em conta as condições fáticas para conseguir a melhor solução para a situação vulnerável em que se encontra o menor.

2 GUARDA COMPARTILHADA

2.1 O instituto da guarda

O instituto da guarda se define como o ato de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere, de auxiliá-lo e estar ao seu lado em circunstâncias diversas.

Vale ressaltar que a dissolução do relacionamento dos pais não caracteriza o fim do poder familiar, não acaba com os deveres e direitos em relação aos filhos menores, ainda continua o direito de convivência e de desempenhar a guarda dos filhos. Assim, não se comunica o fim do casamento ou dissolução da união estável, o direito dos pais em exercer o poder familiar, conforme prevê o artigo 1.636 do Código Civil:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.636, p.1049).

Ademais, o artigo 33, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), *in verbis*, dispõe que a guarda implica na prestação de assistência material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros.

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 33, p.1048).

Dessa forma, é válido afirmar que a lei confere aos pais, em igualdade de condições, a autoridade parental, também, denominada poder familiar. A guarda é um dos atributos deste poder familiar, que é a prerrogativa de manter o menor sob sua dependência sociojurídica, constituindo-se, ademais, em um dever jurídico que implica proteção, cuidado, vigilância e ampla assistência.

2.2 Espécies de guarda

Conforme ocorre em tantas outras classificações jurídicas, nos estudos de direito de família há entre os doutrinadores discordância a respeito da quantidade de modalidades de guarda. Como o intuito do presente trabalho é expor as diversas formas de guarda existentes, não só no ordenamento jurídico pátrio (que só acolhe os institutos da guarda unilateral e da guarda compartilhada), como também no sistema jurídico de outros países, será utilizada a classificação que aponta serem quatro as espécies de guarda, a saber: guarda unilateral, guarda alternada, guarda nidal e guarda compartilhada.

2.2.1 Guarda unilateral

A lei prevê a possibilidade da guarda unilateral, que é a guarda a um só dos genitores, com o estabelecimento do regime de visitas. É, em geral, estabelecida quando decorre do consenso de ambos. Após a ruptura conjugal, o genitor que obtenha a guarda assume de forma unipessoal o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos em conjunto, sem prejuízo, entretanto, do direito do outro ter uma adequada comunicação com o filho e supervisionar sua educação.

A guarda unilateral pode contribuir para o afastamento dos laços de afeto da criança com o genitor não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, que pode geralmente ocorrer a cada 15 dias e com isso pode a criança perder o contato contínuo com este genitor que não detém a guarda.

Os autores Zamariola et al (2015, p.30) expõem que:

Embora a aplicação de guarda unilateral a um dos pais seja a solução viável nos casos de incapacidade ou não desejo do outro de exercer a guarda, tem-se que tal modalidade nem sempre se apresenta como a melhor solução para os casos de desentendimento entre os pais, podendo, como se disse no início até mesmo agravar a litigiosidade entre os membros de determinado núcleo familiar existente quando a separação/ruptura do vínculo conjugal em razão da disputa pela guarda exclusiva dos filhos.

Assim, essa modalidade sofre muitas críticas das ciências sociais e jurídicas, por que favorece a ocorrência de um afastamento entre pais e filhos, pois pode ocorrer um rompimento do vínculo com um dos pais tendo somente contato nos dias e horários de visitas pré-estabelecidos, afrontando os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor.

Vale ressaltar que é por meio do regime de visitas que o não-guardião fiscaliza e supervisiona a atuação do guardião, podendo recorrer ao judiciário para questionar o interesse dos filhos. A presença dos pais na vida das crianças é tão importante que se tenta, através da visita, mantê-la, devendo-se adaptá-la a cada família.

Perante o exposto, a guarda unilateral não assegura o crescimento saudável do menor e não garante aos genitores o direito da igualdade na esfera pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento simplesmente secundário no processo de desenvolvimento dos filhos.

2.2.2 Guarda alternada

Esta guarda é concedida a ambos os pais de forma alternada. Os menores passam um período sob a guarda do pai e outro sob a guarda da mãe, o que conseqüentemente gera uma alternância da guarda física. Atribui-se de maneira exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, em geral de forma imparcial, entre as casas dos genitores, por exemplo, reside uma semana na casa de cada um, ou períodos maiores. Assim, cada um dos pais, no período de tempo preestabelecido a cada um deles, exerce, de forma exclusiva, a totalidade dos direitos e deveres que fazem parte do poder parental.

A guarda alternada é a modalidade de guarda que geralmente é confundida com a guarda compartilhada. As diferenças entre estas espécies de guarda podem ser elucidadas com a explicação dos autores Zamariola et al (2015, p.29):

Na guarda alternada, aquele que está com o filho mantém durante tal período de convivência, tanto na guarda física quanto a guarda jurídica do menor, em detrimento do outro guardião, que deve esperar a respectiva alternância para exercer a guarda.

Já na guarda compartilhada, o exercício do atributo do poder-dever dos pais é conjunto independente da convivência de cada um deles com os filhos, sendo certo que a ambos é atribuída a guarda jurídica, ainda que apenas um deles conserve a guarda física ou que haja alternância dos períodos de convivência do menor com cada um dos pais.

Pois bem, as peculiaridades de cada um desses tipos de guarda mencionados acima demonstram o grande erro em compará-las. Tornando-se assim, um dos maiores equívocos que dificultaram a melhor aplicação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio.

Importante destacar que não há previsão legal para aplicação da guarda alternada, sendo um modelo de guarda não muito notória entre os doutrinadores e pouco adotada pela jurisprudência brasileira. Um dos casos raros advindo da jurisprudência pátria:

TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.08.072716-4/001, RELATOR DES. ALBERTO VILAS BOAS, julgado em 02/08/2011 FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral.

Vale ressaltar que a modalidade de guarda em questão foi aplicada no caso acima somente por ser situação peculiar, que já consolidada, observava o melhor interesse da criança.

2.2.3 Guarda nidal

A expressão “nidal” significa ninho, trazendo consigo a acepção de que os filhos ficaram no “ninho” e os pais é quem irão revezar, isto é, a cada período, um dos pais ficará com o filho no lar original do casal. Também conhecida como alinhamento, esta modalidade de guarda é considerada a menos utilizada, pois, os filhos menores passam a residir em uma só casa, portanto, os pais são quem mudam a guarda seguindo um ritmo periódico.

Importante destacar que se trata de uma modalidade bastante onerosa, pois necessitam de três residências, uma para mãe, outra para o pai e outra para que os filhos recebam, alternadamente, cada um de seus pais. É uma espécie pouco utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, embora não haja restrições legais a este instituto.

As características negativas desta modalidade de guarda podem ser visualizadas pela exposição de Rosa (2015, p.59):

“O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desencentivam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria, no mínimo, prejudicado. Famílias desestruturadas necessariamente formarão sociedades desestruturadas. Crianças abandonadas, à deriva - mesmo no convívio de suas famílias naturais -, vitimizadas por genitores negligentes ou encolerizados, não poderão devolver à sociedade nada além daquilo que vivenciaram e (des)aprenderam, distanciando-se, assim, dia a dia, da realização de seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Consequentemente, reproduzirão em sua vida adulta esses modelos, integrando um círculo vicioso que não terá fim, se nada for feito para modificar esse futuro sombrio tendente a se perpetuar por meio das gerações.”

Dessa forma, a nidação ou alinhamento é uma forma muito rara e inusitada da guarda, que pode levar prejuízos semelhantes aos da guarda dividida e que dificilmente atingiria os interesses da prole, por isso é muito pouco defendida.

2.2.4 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada ou guarda conjunta surge como meio de divisão proporcional do dever de cuidado para com os filhos. A guarda jurídica compartilhada pode ser expressa como um método no qual os filhos de pais separados continuam sob o poder familiar de ambos.

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento pátrio com o advento da Lei nº 11.698/2008, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002. Vale destacar que anteriormente à modificação da lei, a guarda compartilhada já era uma experiência vivenciada por muitos genitores.

A autora Dias (2015, p.525) ensina que:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativa aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividades, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre

os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

De modo similar, é interessante a colocação de Rosa (2015, p.73):

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

Dessa forma, nota-se que o propósito legal é colocar os pais em um patamar de igualdade em relação à autoridade familiar. Assim, diminui-se os efeitos negativos que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e filhos, com a guarda compartilhada, pois mantém pai e mãe presentes na sua criação.

A concessão da guarda compartilhada comporta em um processo de responsabilização conjunta dos pais separados, em que ambos terão simultaneamente a guarda física e direitos em relação aos filhos, tais como os elencados no artigo 1.634 do Código Civil de 2002. Esses direitos dizem respeito à criação, à educação e guarda, atribuir ou negar consentimento para casar, nomear tutor, representá-los e assisti-los.

Ao compararmos todas as peculiaridades dos tipos de guarda podemos observar que a guarda compartilhada tem o intuito de suprir as falhas das outras modalidades de guarda, principalmente a unilateral, onde há o sistema de visitas do genitor que não possui a guarda, e o genitor guardião quem toma todas as decisões sobre a vida do filho.

Por fim, a guarda compartilhada pode ser considerada um arranjo em que se agrupariam os anseios emocionais e físicos de pais e filhos, comportando uma flexibilidade maior para que a criação dos filhos continue sendo exercida de forma saudável, fazendo com que os genitores estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos.

2.3 Origem e conceito de guarda compartilhada

A guarda compartilhada teve sua origem na vontade dos pais de compartilharem a criação e a educação dos filhos, e destes conservarem a

apropriada comunicação com ambos os pais depois do término do convívio conjugal, não só nestes casos de famílias desassociadas, mas, também naqueles casos em que os filhos são concebidos fora do convívio conjugal.

A origem da guarda compartilhada surgiu na Inglaterra, na década de 60, onde ocorreu a primeira decisão favorável a guarda compartilhada, que ficou denominada como “*joint custody*”, tradução literal de “guarda conjunta”. Os Tribunais entenderam que se era injusta a atribuição da guarda única para o pai, também seria injusto se atribuir a guarda somente a mãe. Assim para diminuir os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os tribunais começaram a expedir uma ordem de exercício desse direito entre ambos os genitores e suas decisões tinham o intuito de preservar o interesse maior dos menores e a igualdade parental.

Houve uma expansão das decisões a respeito da guarda compartilhada para outros países como na França que houve a modificação do Código Civil Francês em 1987, que passou, então, a possibilitar a guarda compartilhada.

No Canadá em meados da década de 70, houve a aprovação pela *Court d’ Appel* inglesa, da noção de guarda compartilhada ganhando a jurisprudência das províncias canadenses da *common Law*, espalhando-se ao redor de toda a América do Norte.

Em regra, no direito canadense, ainda é atribuída à guarda exclusiva a um dos pais, e assim dando ao outro o direito de visita, pois os Tribunais entendem ser difícil compelir um dos pais a cooperar quando ele não deseja uma guarda conjunta. Dessa forma, a guarda compartilhada poderá ser aceita quando houver acordo entre os pais, e obviamente, atender as necessidades do menor de idade.

A guarda compartilhada nos Estados Unidos surge com o fim da presunção maternal na atribuição da guarda, a igualdade entre homens e mulheres e a busca do melhor interesse da criança. No início da década de 1970, pequenos grupos de pais, que desejavam continuar a relação com o filho após o divórcio, iniciaram um movimento a favor da guarda compartilhada. Os Estados Unidos foi o país em que mais desenvolveu a guarda compartilhada, conquistando a adesão de grande parte da população.

Em Portugal eram expressamente proibidos outros tipos de guarda que não fosse a guarda unilateral. A Constituição de 1976 veio acabar com o sistema

patriarcal, regido pelo Código Civil de então, igualando homens e mulheres e atribuindo a ambos o poder parental e com o advento da Lei nº 84/1995, de 31 de agosto modificou o Código Civil Português, permitindo a ambos os genitores acordarem conjuntamente sobre situações relativas à vida dos filhos.

No Brasil, a noção de guarda compartilhada ou pelo menos a possibilidade de se adotar esse modelo de guarda, surgiu com a Lei nº 6.515/1977, que instituiu o divórcio, estabelecendo em seu artigo 27 que:

O divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos”. Desta feita, tanto homem como a mulher podem exercer a função parental, seja conjuntamente ou não. Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, essa idéia foi reafirmada, dispondo em seu artigo 5º, I, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e ainda no mesmo diploma legal, em seu artigo 226, § 5º, dispõem que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 27. Lei nº 6.515/1977).

Mas a guarda compartilhada foi de fato introduzida no ordenamento brasileiro com o advento da Lei nº 11.698 de 2008 que incluiu os artigos 1.583 e seguintes do Código Civil de 2002.

2.4 A Lei nº 13.058/2014 e sua aplicação

O instituto da guarda compartilhada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro desde o advento da Lei 11.698/08 e atualmente é uma espécie de guarda muito conhecida e adotada em alternativa à guarda unilateral.

Nas palavras de Zamariola et al (2015, p.24) à Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões:

Pode-se dizer que a alteração havida por meio da Lei nº 11.698/08 foi ao encontro de diversos movimentos sociais visando à garantia de condições igualitárias de direitos aos pais em relação a seus filhos e mostrou-se significativa, sendo certo que não apenas previu expressamente a guarda compartilhada como ainda visou tornar regra tal modalidade, dispondo que fosse aplicada “sempre que possível”, mesmo que não exista acordo entre os pais.

Entretanto, a despeito do inegável avanço representado pela previsão expressa da guarda compartilhada como guarda legal, tem-se que a alteração não se mostrou suficiente para o fim que a destinou, sendo certo que ainda hoje predomina a guarda unilateral em nítido detrimento da guarda instituída em 2008.

Apesar de todo avanço que trouxe a Lei nº 11.698/2008 ao instituir a guarda compartilhada e a intenção de torná-la regra no ordenamento pátrio, não houve um aumento significativo de decisões judiciais favoráveis ao mencionado instituto.

Todavia, em 24 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei nº 13.058/2014 dispondo a respeito do conceito, da utilização deste instituto e alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002.

Originária do Projeto de Lei da Câmara 117/2013, no pretexto do conteúdo, o autor, deputado Arnaldo Faria de Sá, argumentou que a maneira como a antiga lei expressa sobre a guarda compartilhada não conseguia mais decidir as questões às quais se encaminha. Segundo o deputado, "a redação da lei induzia os magistrados a decretar a guarda compartilhada apenas nos casos em que os pais mantenham uma boa relação após o final do casamento, evitando o uso do instituto justamente naqueles casos em que ele seria mais necessário, que é nas situações de desacordo".

A respeito do tema Zamariola et al (2015, p.25) explanam que:

O Projeto Lei em questão intentou tornar a guarda compartilhada obrigatória, buscando, para tanto, explicar e objetivar os critérios que excepcionam a regra geral de adoção da guarda compartilhada. A principal justificativa do referido Projeto, constante da respectiva exposição dos motivos, foi a má interpretação e aplicação da lei que instituiu a guarda compartilhada, inclusive por parte dos magistrados.

Isso porque, embora se depreenda das já mencionadas alterações legislativas de 2008 que o intuito foi justamente o de fazer com que o judiciário decidisse pela guarda compartilhada nos casos em que não houvesse acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos, a maneira como foi interpretada a regra do §2º do art.1.584 do Código Civil acabou por comprometer a tentativa de inovação, sendo certo que a expressão "sempre que possível" acabou sendo entendida praticamente como sinônimo de bom relacionamento entre os pais. E, como se sabe, nos casos de separação o que mais se observa é um desgaste entre as partes envolvidas que inviabiliza, ao menos de imediato, um relacionamento posterior.

Assim, uma das principais mudanças que a nova lei trouxe foi colocar a guarda compartilhada como regra até nos casos em que não existe consenso entre os pais a respeito de quem será o detentor da guarda, como se analisa por meio da nova redação dada ao § 2º, do artigo 1.584 do Código Civil.

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

§ 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 (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.584).

Dessa maneira, a guarda conjunta ganha maior respaldo nas ações de guarda e ao ser a regra, acaba contribuindo para que se preservem os interesses dos menores em detrimento do interesses dos pais. Esta modalidade de guarda

surge para ajudar equilibrar as relações familiares, pois sendo imposta que os dois genitores terão a guarda dos menores haverá a efetivação do exercício dos direitos e deveres paternos e maternos, mesmo com o fim da relação conjugal.

Vale ressaltar que mesmo a ação judicial sendo proposta por um genitor contra o outro, almejando a instituição da guarda unilateral, cabe ao magistrado, sempre que possível, estimular os genitores a pensarem sobre as vantagens do compartilhamento da guarda da prole. Com isso, evita-se que as divergências e diferenças, presentes nas relações entre os genitores, não seja obstáculos a afastar, de plano, a aplicação da guarda compartilhada nas ações de família.

Nos casos judiciais em que apenas dos genitores requerer a guarda compartilhada o magistrado deverá optar por esta modalidade. Observe-se decisão nesse sentido:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).

II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptividade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

IV. Recurso conhecido e provido.

Portanto, nos casos em que não houver nenhum motivo realmente relevante para a não aplicação da guarda conjunta e um dos genitores nos autos de ação de divórcio litigioso ou guarda reivindicar pela guarda compartilhada, deve-se ser decidido pela guarda que é a regra no ordenamento jurídico.

Outro fato é que a Lei n.13.058/2014 estabeleceu, foi que ao invés de visita os genitores terão direito a convivência com seus filhos. Conforme artigo art.1º da Lei nº 13.058/2014, *in verbis*:

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1. Lei nº 13.058/2014).

Esta convivência será feita de forma equilibrada, buscando contemplar a necessidade que o menor tem de contar com a proteção e auxílio de ambos os pais.

Não havendo concordância entre as partes, o juiz decretará o período de convívio segundo a rotina de cada um dos genitores.

Importante salientar que a lei não obriga que a criança passe metade do tempo na casa de cada um dos pais, pois não se deve confundir com a guarda alternada. O intuito legal é ampliar a convivência paterno-filial.

Perante o exposto, a Lei nº 13.058/2014 trouxe vários destaques e mudanças. Os genitores divorciados passam a ter período de convívio com os menores e uma divisão harmoniosa, devendo dividir as decisões a respeito da rotina dos filhos. Caso não tenha acordo entre os pais, a Justiça vai deliberar prioritariamente que ela seja compartilhada. Assim, alterando a redação anterior que expressava que a guarda compartilhada é aplicada “sempre que possível.” A exceção vale se o pai ou a mãe abrir mão ou se algum dos genitores não estiver apto a exercer a guarda.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCRETIZADOS NA LEI nº 13.058/2014

3.1 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A doutrina da proteção integral ao menor surgiu na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, e fez com que crianças e adolescentes tornassem sujeitos de direito e por estarem em desenvolvimento e serem vulneráveis e indefesos, qualquer ação, seja do Estado, da sociedade ou de seus genitores, deve ser voltada a ampará-los e resguardar seus direitos com total prioridade.

Duarte (2010), explica que:

O século XX consagrou-se pela preocupação com a população infanto-juvenil, o direito das crianças e dos adolescentes foram declarados e garantidos para um desenvolvimento de vida adequado. Entre esses direitos pode-se mencionar o direito à vida, considerado o direito fundamental do ser humano de sobreviver, sendo maior compromisso do Estado garanti-lo. Vida alia-se ao direito à igualdade, em que todas as crianças e adolescentes têm o direito de serem tratados de forma igual, sem distinção de raça, cor, sexo, língua ou religião.

Destarte, o poder judiciário nas ações de guarda prioriza o melhor interesse da criança e do adolescente devendo fundamentar suas decisões de forma que garanta a proteção especial dos menores.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente colocou o menor ao centro da discussão jurídica em se tratando de guarda, analisando-se antes do interesse dos pais o interesse maior do menor. Assim, existe a prioridade dos direitos dos filhos no âmbito judicial, administrativo, social, familiar e extrajudicial.

Seguindo este raciocínio, a guarda compartilhada tem como intuito almejar as reais necessidades dos menores envolvidos. A primazia é o bem-estar dos infantes, colocando em segundo plano os interesses dos pais.

Considerando suas especificidades, cada caso concreto deverá ser colocado em especial exame, considerando as peculiaridades dos núcleos familiares para a escolha da guarda, sempre priorizando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente para a obtenção das fundamentais condições para o pleno desenvolvimento dos filhos.

Os direitos da proteção integral estão expressos tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e Adolescente, haja vista tamanha importância desta

teoria, a qual desempenha um papel estruturante na sociedade na medida em que reconhece todos os direitos inerentes à pessoa humana, bem como os direitos decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O que se deve observar, na verdade, quando da interpretação do texto legal, nada mais é do que a proteção dos interesses do menor de idade, os quais deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Na Constituição Federal, tal princípio está previsto no 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 (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2016, p. 73).

Deste modo, o princípio do melhor interesse da criança deve ser entendido como o fundamento principal de todas as ações referentes aos menores, sendo que, qualquer orientação ou decisão referente à vida das crianças e adolescentes deve levar em consideração o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, almejando assim, a proteção integral dos seus direitos.

Observa-se que na aplicação do melhor interesse da criança deve-se levar em consideração a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, através dessa premissa, devem-se identificar os fatores a serem priorizados a fim de que os direitos e garantias da criança sejam alcançados plenamente.

Assim, é necessário analisar com quem estará preservado o melhor interesse do menor, quem poderá oferecer melhores condições de ensino, e educação, bem como lhe ensinar os valores necessários para o correto desenvolvimento, noções de higiene e hábitos diários, alimentação correta, e todo afeto para que o menor possa ter a correta compreensão da vida que o circunda inclusive da solidariedade, apoio, direitos e obrigações que constituem a vida em família.

Gama (2008, p.80) expõe acerca do referido princípio que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas

com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Portanto, o melhor interesse infanto-juvenil refere-se não somente em decidir com quem ficará a guarda do filho, mas sim em se preocupar com todos os aspectos que envolvem o bem estar do menor e o seu bom desenvolvimento.

Ao compararmos todos os tipos de guarda e analisarmos qual está mais adequada a cumprir os ditames do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tem-se que a guarda compartilhada, ao propiciar uma maior convivência familiar, assim como uma eficaz participação de ambos os pais na educação de sua prole, fatores imprescindíveis para a preservação do bem-estar emocional dos infantes, revela-se como o modelo que leva à efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.2 O princípio da proteção integral

Ao se tratar da importância jurídica dada às crianças e aos adolescentes o nosso ordenamento pátrio, podemos considerar duas fases distintas: a primeira que intitulamos de situação irregular, no qual a criança e o adolescente só eram compreendidos quando se encontravam em circunstância irregular, ou seja, não estavam incluídos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico. Já a segunda fase denominada de Doutrina da proteção integral, teve como origem definitiva a Constituição Federal de 1988, onde encontramos no art. 227, que declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, constatou-se mais uma vez a importância e o prestígio de tal princípio em toda sua estrutura, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais destes seres humanos. Reproduziram-se na lei os dizeres do artigo 227 da Constituição Federal, mas, de

forma detalhada, foram colocados os meios e instrumentos fundamentais para a efetivação e garantia de cada um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Vale ressaltar que o conceito de proteção integral está no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art.3).

Certifica-se, portanto, que o princípio da proteção integral almeja exatamente assegurar a dignidade da pessoa humana às crianças e aos adolescentes, garantindo mecanismos para que tenham condições mínimas existenciais e a efetivação de seus direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de haver injustiças e de sempre privilegiarem outros aspectos que não de interesse das crianças e adolescentes.

Dessa forma, a proteção integral pode ser entendida como o direito que a criança e o adolescente possuem ao tratamento preferencial pelo Estado, pela sociedade e pela família. Esse cuidado especial ao menor abrange tanto o momento da elaboração das leis quanto o de efetivação dos direitos que lhes são assegurados. Este princípio parte do pressuposto de que tais seres humanos não são detentores de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, necessitando, por isso, da família, da sociedade e do Estado para que possam resguardar os seus bens jurídicos fundamentais, consagrados na legislação específica, até que se tornem plenamente desenvolvidos.

3.3 O princípio da igualdade entre genitores

A igualdade entre homem e mulher foi fruto das liberdades estabelecidas nos direitos fundamentais inseridos nas Constituições das democracias liberais ocidentais. Nossa Carta Magna de 1988 com o intuito de ressaltar este princípio

prescreveu a igualdade de gênero em mais de uma ocasião. No caput do art. 5º proclamou que “todos são iguais perante a lei”; no inciso I do mesmo artigo foi mais detalhista e assegurou que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e ao falar da proteção jurídica da família, no art. 226, deliberou que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Dessa forma, consagrou-se a igualdade essencial excluindo qualquer forma de discriminação sexual.

O Código Civil de 2002 também tratou do princípio da igualdade entre homens e mulheres, nas relações entre genitores e filhos, em seu artigo 1.634, *in verbis*:

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 (dezesseis) 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 (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.634).

Percebe-se que o artigo 1.634 Código Civil traz explícitos os direitos e deveres decorrentes do exercício do poder dos pais relativamente em relação ao filho menor e deliberou que o encargo do exercício do poder familiar a ambos os pais. Assim, é exercido simultânea e igualmente entre ambos os genitores, diferente da noção inicial de tal instituto, em eram prerrogativas exclusivas do pai os atributos decorrentes do mencionado encargo.

Outro fato é que ao relacionar a igualdade entre os pais e as formas de guarda, a guarda compartilhada de filhos menores é um instituto que almeja a participação em um patamar de igualdade dos genitores nas deliberações que se relacionam aos filhos; é a contribuição justa dos genitores, na educação e formação dos filhos, até que estes se tornem maiores, em caso de dissolução da sociedade conjugal, sem detrimento ou privilégio de nenhuma das partes.

Vale ressaltar que o instituto da guarda conjunta consegue aumentar os vínculos familiares e impede qualquer forma de discriminação ocorridos aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, cabendo a ambos a direção da sociedade conjugal de forma igualitária e em mútua colaboração, prevalecendo o interesse da criança e do adolescente.

Serviu o instituto da guarda compartilhada para reforçar tal princípio uma vez que não impõe hierarquia entre os genitores:

O fundamento desta tendência é reconhecer o princípio da igualdade entre homem e mulher e o superior interesse da criança, que deve ter sua vida organizada de tal forma que permaneça, dentro do possível, o mais próximo ao que era quando o casal conjugal existia concomitantemente ao casal parental. (BARBOSA, 2002, p.58).

Perante o exposto, tem-se que este princípio constitucional é um pilar básico que traça a diretriz da norma que impõe a guarda compartilhada como regra. Assim, possibilitando a participação ativa de ambos os genitores na vida da prole e atendendo à igualdade de gênero e à igualdade entre os pais.

4 REPERCURSSÕES PRÁTICAS DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Fixação dos alimentos na guarda compartilhada

A obrigação de prestar alimentos é um dever imposto àqueles que a lei estabelece que prestem o necessário para a sobrevivência do outro. Este dever de alimentar advém solidariedade social e familiar que é constitucionalmente imposta. Concernente a este pensamento que Coelho (2006, p.195) afirma que a família deve “prover o sustento, educação, lazer e cultura de seus membros compatíveis com a sua condição econômica”.

Por isso, a Emenda Constitucional incluiu a alimentação como direito social no art. 6º:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 2016).

Sobre o tema, Farias e Rosenvald (2015, p.760) ensinam:

Percebe-se, assim, que, juridicamente, a expressão alimentos tem sentido evidentemente amplo, abrangendo mais do que alimentação. Cuida-se de expressão plurívoca, não unívoca, designando diferentes medidas e possibilidades. De um lado, o vocábulo significa a própria obrigação de sustento de outra pessoa. A outro giro, com a expressão alimentos, designa-se também o próprio conteúdo da obrigação. Ou seja, sob a referida expressão estão envolvidos todo o qualquer bem necessário preservação da dignidade humana, como habitação, saúde, a assistência médica, a educação, a moradia, o vestuário e, é claro, também cultura e o lazer.

Por isso, compreende-se que os alimentos em síntese são o conjunto de meios materiais fundamentais para a sobrevivência dos indivíduos, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual. O critério fundamental é o atinente ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente e a concretização desse princípio é conquistada com a participação conjunta e igualitária dos pais na formação dos filhos comuns.

O Art.1.696 do Código Civil de 2002 expõe a respeito do dever alimentar entre pais e filhos:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (BRASIL. Código Civil, 2002. Art.1.696).

Já o art. 1.703 do Código Civil de 2002 explana sobre a obrigação dos pais divorciados no sustendo da prole: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

Perante o exposto nos artigos mencionados acima podemos salientar que uma das consequências do rompimento dos laços matrimoniais é definir a respeito dos débitos alimentares devidos aos filhos.

Os alimentos devem ser fixados judicialmente na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. E esse é o binômio instituído pela lei. Entretanto, a doutrina mais especializada fala em trinômio. Observe-se a lição de Lôbo (2011, p.378):

A doutrina e diversas decisões dos tribunais acrescentaram terceiro requisito, que estabeleça um balanceamento equilibrado entre os dois requisitos tradicionais, ou seja, o da razoabilidade. Esse terceiro requisito é procedimental, pois submete ao seu crivo os dois outros. Alguns o denominam de proporcionalidade, com o mesmo propósito. Esses termos foram apropriados do desenvolvimento dos equivalentes princípios do direito constitucional, com larga aplicação pelo Supremo Tribunal Federal nesse campo. Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da razoabilidade está presente no texto legal, quando alude a “na proporção das necessidades”. A proporção não é mera operação matemática, pois tanto o credor quanto o devedor de alimentos devem ter assegurada a possibilidade de “viver de modo compatível com a sua condição social” (art. 1.694). A razoabilidade está na fundamentação, por exemplo, da natureza complementar da obrigação alimentar dos avós, a saber, é razoável que estes apenas complementem os alimentos devidos pelos pais, quando estes não puderem provê-los integralmente, sem sacrifício de sua própria subsistência. Não é razoável que os avós sejam obrigados a pagar completamente os alimentos a seus netos, ainda quando tenham melhores condições financeiras que os pais.

Assim, em qualquer que seja o tipo de guarda, será fixado judicialmente o valor da pensão alimentícia tendo com base o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, ou seja, a necessidade do alimentante e os recursos do alimentando.

A guarda compartilhada não dispensa nem interrompe a obrigação alimentar. Tal obrigação, conforme já exposto, advém do dever constitucional de assistência, criação e educação dos filhos menores de idade. Esses deveres, obrigações dos genitores perante a prole comum, não se alteram com o rompimento dos genitores. Para o sustento dos filhos, independentemente de ficarem juntos ou não, os dois tem o dever de auxiliar na proporção de recursos, como lhes estabelece o artigo 1.703 do Código Civil de 2002.

Assim, a guarda conjunta não é sinônimo de isenção do cumprimento da obrigação alimentar. Vale lembrar, que mesmo na vigência da Lei nº 11.698/2008, os Tribunais utilizavam a prestação alimentícia na guarda compartilhada. É o que aduz a relatora

Liselena Schifino Robles Ribeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR. Inexiste restrição legal para a prestação de alimentos se a guarda é compartilhada. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento nº 70053239927, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/02/2013) (TJ-RS - AI: 70053239927 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 14/02/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/02/2013) .

Conforme o exposto, a obrigação alimentícia continua existindo aos genitores mesmo com a separação. Sendo assim, é obrigação dos genitores sustentar os menores, independentemente da modalidade de guarda, conformes suas condições financeiras.

Isto posto, é errôneo o pensamento de que a Lei nº 13.058/2014 poderia dispensar um dos pais da obrigação de sustento dos filhos menores de idade, pois a responsabilidade parental não se exaure. Por isso, não há dispensa ou exoneração da obrigação alimentar.

4.2 Visitas na Guarda Compartilhada

O direito de visita assume a natureza jurídica de um direito-dever, sendo uma forma do genitor não guardião e do filho instituir entre si um vínculo afetivo, auxiliando para o desenvolvimento psicológico deste. Ademais é também, uma forma de cooperar com o outro genitor, no exercício dos deveres parentais concernentes à prole.

O direito de visitas vai além do mero contato físico e comunicação entre pai e filho. Trata-se de um direito do genitor que não detém a guarda poder estar presente ativamente tanto no crescimento quanto da educação do filho, almejando à conservação do relacionamento familiar após o divórcio, visando atender não só aos interesses do genitor não guardião, como também atender o melhor interesse da prole. Por isso, não pode ser atrapalhado ou suprimido pelo genitor que possui a guarda, salvo graves situações que o recomendem a suspensão do direito de visitas.

Com advento da lei nº 13.058/2014 houve modificações legislativas de grande importância na sociedade, o novo art. 1.583, § 2º do Código Civil de 2002, expressa que: 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.

Porém, este artigo tem sido criticado por alguns juristas, uma vez que a princípio houve a compreensão de que a guarda compartilhada seria exercida em divisão de tempo igualitário para os filhos conviverem com seus genitores. Portanto a expressão equilíbrio não induz a períodos iguais. O que se almeja com o novo artigo é diminuir convivências restritas aos finais de semanas alternados. É preciso entender que a convivência que a guarda compartilhada almeja é acolher o menor em sua necessidade em contar com o pai e a mãe.

Neste contexto, a guarda compartilhada aparece como opção exata para um convívio saudável que traz benefício tanto dos pais como dos filhos. Uma vez que o mencionado instituto busca reequilibrar as funções parentais na tomada de decisões primordiais inerentes à prole e promove a relação frequente e contínua deste com os genitores.

A guarda compartilhada confere aos pais a guarda jurídica, ou seja, aquela em que estabelece que ambos os pais como titulares do mesmo dever de guardar o filho. De maneira que, os genitores podem planejar como lhes convém à guarda física de seus filhos.

Cabe ressaltar que em se tratando de guarda compartilhada, o adequado é não mais nos referir à visita e sim à convivência. Tendo em vista que pretende com esse novo instituto equilibrar e incentivar o convívio dos menores com os genitores, e há uma flexibilidade quanto à aceção do tempo em que o filho irá passar com o genitor, devendo-se desfazer a ideia de visita e priorizar o período de convivência.

O que deve ser analisado, como destaca Lauria (2003), é que “não existe uma regra absoluta em matéria de visitação e tampouco as soluções encontradas são taxativas, podendo sempre o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, inovar quando a medida se tornar útil para o bom exercício das visitas”.

Diante disso, não há determinação legal a respeito de dividir em partes iguais o tempo que se passa com os filhos, tal como acontece na guarda alternada. É preciso entender que na guarda compartilhada podem os menores passar um

período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe previa e rigorosamente tais períodos de deslocamento.

Por fim, a moradia prossegue sendo única, o que não inviabiliza o deslocamento do menor. Ela funcionará como ponto de referência a partir do qual se transmite os direitos e os deveres de ambos os pais.

4.3 Prevenção à Alienação Parental

Com o advento da Lei nº 13.058/2014, a lei da guarda compartilhada, houve grandes avanços em relação à diminuição da alienação parental. Porém, ainda há pais/mães desfavoráveis à aplicação da Guarda Compartilhada aos seus casos concretos, e utilizam dos recursos da Alienação Parental de manipular emocionalmente seus filhos menores para que comecem a detestar o outro pai/mãe, com alegações falsas e caluniosas, mas suficientemente graves e convincentes e assim levando esses argumentos ao judiciário para impedir as visitas ou suspender o poder familiar, com denúncias de agressão física ou de abuso sexual, procedentes ou não.

Além de ser um obstáculo à aplicação da Guarda Compartilhada, será uma maneira covarde para distanciar o outro pai/mãe do convívio, visando à extinção dos vínculos parentais. Com isso, acarretando graves danos psíquicos aos filhos e a desmoralização do pai/mãe acusado e excluído.

A concepção da Síndrome de Alienação Parental teve origem nos Estados Unidos em 1987, por Gardner (s.d). Ele a conceituou da seguinte forma:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Conforme a definição acima pode considerar a alienação parental como um transtorno psíquico, identificado pela presença de dois personagens: o genitor alienador e o genitor alienado. O primeiro busca por meio de diferentes ações

dissimuladas destruir a relação da criança com o outro cônjuge, não existindo razões concretas para tanto.

Outro fato é que o motivo de um dos cônjuges começarem a exercer a alienação parental origina-se de um relacionamento mal resolvido e frustrado, em que o término deste é tão inaceitável por um dos ex-companheiros que acaba tomando proporções indesejáveis.

Em relação às ações postas em prática pelo alienador, Trindade (2007, p.102) explica que as estratégias são variadas e alcançam todos os níveis que a mente humana é capaz; sendo todas as ideias convergentes para um único objetivo - o de desmoralizar o outro cônjuge. Dentro dessas práticas a mais grave é a inserção de memórias falsas para fazer a criança acreditar que sofreu abuso sexual ou de maus tratos.

O autor, anteriormente mencionado, elaborou um rol de comportamentos habituais do alienador. São eles:

- 1) apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
 - 2) interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
 - 3) desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
 - 4) desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
 - 5) recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas etc.);
 - 6) falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor;
 - 7) impedir visitação;
 - 8) "esquecer" de transmitir avisos importantes/compromissos (médicos, escolares, etc.);
 - 9) envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
 - 10) tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro;
 - 11) trocar nomes (atos falhos) ou sobrenomes;
 - 12) impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;
 - 13) sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas;
 - 14) alegar que o outro cônjuge não tem disponibilidade para os filhos;
 - 15) falar das roupas que o outro cônjuge comprou para os filhos ou proibi-los de usá-las;
 - 16) ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge;
 - 17) culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos;
 - 18) ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro
- (TRINDADE, 2007)

Quando ocorre alguma das hipóteses acima mencionadas desencadeiam alterações psicológicas e emocionais nas crianças e adolescentes e assim tendo a efetivação da Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Em nosso ordenamento jurídico, o tema foi regulamentado pela Lei nº 12.318 em 2010. A referida lei conceituou o que é a alienação parental no Brasil e certificou

ser uma prática muito prejudicial aos menores, introduzindo modelo preventivo. O legislador definiu a alienação parental da seguinte forma:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL. Código Civil, 2002. Art.2. Lei nº 12.318/2010).

Já o art. 3º da Lei supramencionada, destaca-se a seriedade da prática, enfatizando que fere direito fundamental da criança ou adolescente.

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL. Código Civil, 2002. Art.3. Lei nº 12.318/2010).

No Brasil estima-se que em média 80% dos filhos de pais separados já tenham sofrido algum tipo de alienação parental, motivo pelo qual há a necessidade de uma forte regulamentação e de práticas preventivas para não atingir danos profundos.

Uma vez detectado a prática de Alienação Parental, é fundamental à atuação do Poder Judiciário, como o objetivo de inviabilizar que essa prática venha a desencadear a Síndrome de Alienação Parental (SAP).

Conforme com os ensinamentos de Dias (2015, p.15):

Havendo indícios de sua prática, possível a instauração de procedimento autônomo ou incidental, com tramitação prioritária (art.4º), devendo o juiz adotar as medidas necessárias à preservação da integridade psicológica do filho (art.5º). Não só um dos pais ou algum parente que se sinta vítima da alienação parental pode integrar a ação. O juiz pode agir de ofício e o Ministério Público dispõe legitimidade concorrente.

Observa-se que a legislação que tratou desse tema buscou atender ao princípio do melhor interesse infanto-juvenil, pois deu prioridade aos autos que envolvam alienação parental, tendo em vista o grau de perigo que sofre o menor que está sendo alienado. Importante salientar que o legislador destacou que as práticas de alienação parental também ocorrem entre indivíduos com diversos graus de parentesco e não apenas entre os pais fazendo o uso dos filhos.

A respeito do procedimento que deve ser usado em casos que envolva a SAP, Dias (2015, p.28): aduz que:

O Judiciário precisa, então ser a sede das medidas corretivas e mesmo preventivas, envolvendo equipes multidisciplinares e a função simbólica do juiz, que com seus atos pode regular e barrar o gozo dos sujeitos envolvidos em disputas pela guarda dos filhos. Nesse sentido, quando se inicia uma disputa emocional e judicial em torno da guarda, muitas vezes associada à ideia de posse dos filhos, acirram-se os ânimos entre os ex-cônjuges/companheiro, que utilizam diversos tipos de estratégias para provarem sua superioridade e poder, como ameaças e mecanismos de força para coagir o (a) outro (a). Dessa forma, desqualificam, denigrem, oprimem e agredem os que estão ao seu redor, sem medir os efeitos de seus ditos e atos, principalmente sobre a criança/ adolescente.

Assim, na seara do direito de família é fundamental que os casos envolvendo alienação parental estejam presentes alguns profissionais, tais como: psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais. Esses especialistas atuam de forma a reconhecer problemas emocionais, como exemplo da Alienação Parental e demais circunstâncias que se faz necessário saberes específicos para serem detectadas.

Conforme o exposto acima cabe ao magistrado bom senso, sensibilidade e conhecimentos na área de psicologia jurídica ao analisar os laudos dos estudos psicossociais realizados. Por isso, é preciso que o juiz tenha uma visão ampliada sobre o assunto e o caso em questão no momento de tomar providências necessárias para impedir a prática de alienação parental.

As providências apropriadas estão previstas no art. 6º da referida lei, in verbis:

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 (BRASIL. Código Civil, 2002. Art.6. Lei nº 12.318/2010).

As medidas expressas no referido artigo contribuem para que os efeitos negativos causados ao filho cessem e que ele possa voltar a ter uma boa convivência com o genitor alienado.

Nas palavras de Weiss (2015, p.60) sobre o presente tema:

Certamente a nova lei é um estímulo ao diálogo para se evitar um mal maior, como a alienação parental: um dos pais, geralmente o que se sente abandonado por aquele que tomou a decisão de pôr fim à relação conjugal, passa a manipular os filhos para que se afastem do que “abandonou” o lar.

Logo, um meio de evitar a Síndrome da Alienação Parental (SAP) é a utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações das outras espécies de guarda e trazer vários benefícios a relação paterno-filial.

Portanto, o compartilhamento da guarda faz com que a igualdade entre os pais volte a imperar, estando aquele que não seria guardião mais presente no dia-a-dia da criança. Assim, o filho tem a chance de atestar aquilo lhe é falado, formando opinião própria.

4.4 A construção do compartilhamento da guarda caso a caso

O compartilhamento da guarda está inserido no ordenamento jurídico como a regra, mas é muito importante que o judiciário analise e se atente para o caso concreto. Por mais que a guarda compartilhada seja o instituto de guarda mais aconselhável, há situações que comportam exceções. Esta questão pode ser analisada no art. 1.584, §2º e §5º do Código Civil:

Art. 1.584. §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. §5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (BRASIL. Código Civil, 2002. Art.1.584).

Assim, para que a guarda compartilhada seja aplicada e produza todos os seus benefícios na relação entre pais e filhos é necessário que os genitores estejam aptos. Sem dúvidas o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente orienta a guarda e por isso é inviável atribuí-la a um genitor não preparado, isto é, quando o genitor não trata de maneira correta os filhos. Como exemplo de inúmeros casos e causas, temos alcoolismo, abuso sexual e violência exacerbada. Importante ressaltar que, nessas situações, pode ser tanto verificado de início, já deixando de deferir a guarda conjunta, ou mais tarde, alterando a guarda.

Nesse contexto Guazzelli (2015, p.10,11) ressalta que:

Contudo, sempre é bom lembrar que, no direito, especialmente no direito de família, o caso concreto com suas peculiaridades é que vai apontar qual será, para aquela determinada circunstância, a melhor solução, e, sem dúvida, nem sempre esta será a guarda compartilhada. Isto não invalida a compreensão de que o compartilhamento se mostra como sendo o modelo ideal; aliás, ideal mesmo seria a fixação da guarda compartilhada a pais

que, embora constituam um ex-casal, consigam se inter-relacionar de forma saudável, em função das necessidades da prole em comum.

Por isso, nem sempre a Guarda Compartilhada será apropriada, e quando não for não deverá ser imposta. A regra deverá ser sempre a concessão da Guarda Compartilhada, e apenas por exceção deverá ser conferida outra modalidade de guarda, quando for essa decisão oportuna ao menor, acolhendo seu melhor interesse.

Ao fixar a guarda de um menor o juiz deverá averiguar a estabilidade, continuidade e permanência do menor no âmbito familiar onde está posto, analisando também se o genitor que vem exercendo de fato a guarda está realizando a função parental. Já ação de modificação de guarda deve o juiz privilegiar o interesse do menor, alterando inclusive, se for o caso, a Guarda Compartilhada.

Ademais, os pais precisam ter em mente que não existe modalidade de guarda perfeita e que resolva todos os problemas, sendo essencial, em todas elas, muito empenho e comprometimento para que se cumpra sua função. Os mesmos precisam ter na consciência que possuem direitos e obrigações e podem acontecer várias dificuldades no decorrer da utilização da guarda.

Como qualquer outra modalidade de guarda, a guarda conjunta tem suas vantagens e desvantagens, por isso é necessário que a cada caso concreto seja cogitado as peculiaridades de cada polo familiar e sua realidade, a fim de ter um cuidado ao decidir que melhor irá servir ao interesse da prole em questão e ainda conservar o ambiente familiar, ainda que pós-ruptura, um ambiente amigável e adequado para todos os seus entes.

Outro fato é que mesmo aplicada à modalidade de guarda conjunta, podem aparecer circunstâncias emblemáticas em que haja necessidade de mudanças em prol dos interesses da prole. Essas alterações são inevitáveis nas relações familiares, qualquer modalidade de guarda, em particular a guarda compartilhada, terá mais prosperidade se os genitores foram criativos em lidar com essas modificações. Por isso, o segredo está flexibilidade das adaptações ao longo do tempo. Tudo vai depender da capacidade de comunicação entre os pais e de seu julgamento do que são as necessidades dos filhos e da família transformada.

Perante o exposto, fica evidente a necessidade de o judiciário ser cuidadoso e prestar atenção nas peculiaridades de cada caso, pois só assim o compartilhamento

de guarda pode ser efetivo. Em contrapartida os pais, independente da guarda imposta deverão se esforçar para que preserve a integridade física e psicológica dos menores e que se comprometam a fazer o máximo para que a ruptura do relacionamento conjugal, não afetem os filhos.

4.5 O descumprimento das atribuições e suas consequências

A determinação das responsabilidades de cada genitor será, preferencialmente, estabelecida em sentença proferida nas ações de guarda e no caso de descumprimento, haverá consequências.

Filho, (apud ROSA, 2015, p. 90), ensina que:

A guarda compartilhada é um sistema de corresponsabilidade dos pais no exercício do dever parental em caso de dissolução da sociedade matrimonial ou do companheirismo.

Vale ressaltar que ocorrendo o descumprimento do que foi determinado imotivadamente, o genitor persistente poderá sofrer punições. Desde a Lei nº 11.698/2008, no § 4º do art. 1.584 do Código Civil de 2002, há essa possibilidade de aplicação de sanção ao genitor que descumprir com suas responsabilidades:

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho (BRASIL. Código Civil, 2002. Art 1.584. Lei nº 11.698/2008).

Com a modificação do Código Civil, por meio da Lei nº 13.058/2014, essa possibilidade foi suprimida, porém, preservou-se a possibilidade de “redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor”:

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor (BRASIL. Código Civil, 2002. Art 1.584. Lei nº 13.058/2014).

Por mais que a Lei nº 13.058/2014 não determine quais seriam as reduções de prerrogativas, é certo que o genitor que não houver observância em relação às suas responsabilidades com suas funções parentais, de forma imotivada, não deve continuar sem punição.

Vale ressaltar que caso não seja cumprida a decisão judicial que deliberou pela guarda compartilhada, caberá à parte prejudicada reivindicar ao juiz

providências e aplicação de penalidades ao infrator. Após a denúncia haverá intimação para o infrator responder a acusação apresentando suas justificativas. Em seguida, o juiz poderá determinar que seja feito estudos sociais ou psicossociais, audiências de justificações ou mediações e caso se comprove a inobservância do estabelecido como punição, o magistrado poderá medidas cabíveis como modificar o regime de convivência antes adotado e até aplicação de multa. Sempre visando atender o interesse da criança e do adolescente que são os que são mais atingidos quando seus genitores descumprem o determinado judicialmente.

Ademais o novo Código Civil de 2002 em seu artigo 536, § 1º, inovou ao incluir algumas facilidades para incitar o genitor guardião a obedecer ao acordo firmado, como a imposição de multa diária, e busca e apreensão, sendo esta última medida mais gravosa, que sempre deve anteceder de análise minuciosa do caso em questão.

Art. 536, § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial (BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 536).

Outrossim, no artigo mencionado acima uma das medidas tomadas para punir o genitor que não cumpre com o estabelecido judicialmente é a aplicação de multa. A multa tem o condão de desestimular o inadimplemento das responsabilidades assumidas pelos genitores e conforme Filho (2006, p. 90) “não tem ela finalidade sancionatória ou reparatória, mas age como instrumento de coerção indireta, tendente a dar efetividade no mandamento judicial”.

Para evitar a alegação de enriquecimento sem causa, por um dos genitores, as astreintes são revertidas em favor de uma instituição de caridade, ou mesmo em alguma associação que gere ações em benefício da conscientização dos prejuízos da alienação parental (ROSA, 2015).

Assim, a aplicação de multa é medida cabível quando ocorre o descumprimento injustificado do acordo ou a decisão judicial que fixou a guarda conjunta. A multa, também conhecida como astreintes.

A astreinte será tratada em relação ao descumprimento do direito-dever de visitas, enquadrado como uma obrigação de fazer pertencente ao Direito de Família,

o Código de Processo Civil de 2015 prevê a multa diária em seus artigos 497, 536 e 537.

Da leitura do artigo 536 parágrafo 1º do Código de Processo Civil, é extraído que a fixação da multa independe de pedido expresso da parte autora, podendo o magistrado impor a astreinte de ofício. Por isso, a multa diária pode ser requerida pelo autor ou pelo juiz ex- ofício, para que haja, dentro do prazo legal, o adimplemento da obrigação.

Em relação ao tema, os doutrinadores entendem que quando se referir regulamentação do período de convivência, a multa a ser arbitrada para o caso de descumprimento deve ser periódica, e não diária, devido ao fato da natureza da própria obrigação. Dessa forma, deve ser fixada em cada oportunidade que acontecer o inadimplemento, ou seja, quando o acordo de convivências ou a decisão judicial que as fixou for descumprido.

A segunda medida descrita no artigo 536 §1º é a busca e apreensão dos filhos, mas por ser medida mais gravosa o magistrado sempre deve agir com cautela ao deferir tal conduta, vez que a experiência de uma busca e apreensão pode se mostrar demasiadamente traumática para o menor.

Perante o exposto, o descumprimento das condições determinadas na regulamentação da guarda compartilhada gera prejuízos maiores aos filhos, pois causa frustrações, expectativas e sensação abandono ao menor. Assim, os genitores que avençaram acordo judicial ou extrajudicial homologado posteriormente, devem cumprir aos termos da transação, agindo pacífica e respeitando o que foi acordado sempre em prol do bem maior que é o bem estar do filho comum. Mas se houver o inadimplemento, a sentença judicial que homologou o acordo, esta sentença ser executada como título executivo e o juiz, deve atuar conforme o pedido ou de ofício para fazer cumprir suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia desenvolvida objetivou examinar o instituto da guarda compartilhada após a vigência da Lei nº 13.058/2014, visando uma análise sob o viés do melhor interesse da criança e do adolescente e suas principais indagações - os alimentos, a convivência, a alienação parental e o descumprimento da decisão judicial que sentenciou pela guarda compartilhada.

No primeiro capítulo foi apresentada a evolução do pátrio poder para o poder familiar, demonstrando as conquistas legislativas na área de família. Também levantada à questão da importância de ambos os pais exercerem o poder familiar e mostrando os casos em que se deve suspender, extinguir ou destituir este mencionado poder

No capítulo subsequente foram discutidas as espécies de guardas que existem no ordenamento jurídico. Buscou-se compreender o contexto histórico mundial no qual a guarda conjunta se originou, além de entender como se dava a sua aplicação até a vigência da lei em estudo.

Atentou-se, especialmente, em esclarecer as indagações presentes entre a guarda compartilhada e a guarda alternada. Isso porque os equívocos em relação a estes dois institutos é extremamente danosa para esta questão em todas as esferas, seja prática ou acadêmica.

O primeiro instituto trata de deveres dos genitores em conjunto, da verdadeira preocupação em relação ao melhor interesse infanto-juvenil; enquanto o segundo, se bem observado, depreende-se ser, na grande parte dos casos, muito prejudicial, já que reputa a alternância da guarda física em visível egoísmo dos pais ao não atentarem que será improvável o menor ter estabilidade.

Além do mais, o presente trabalho destacou o motivo da importância da promulgação da nova lei da guarda compartilhada. Pois, na nº Lei nº 11.698/2008 o legislador teve a intenção de instaurar o compartilhamento de guarda como regra, porém ao redigir a expressão “sempre que puder” ocasionou várias interpretações e o grande equívoco de a guarda conjunta não poderia ser aplicado no dissenso entre os genitores.

No quarto capítulo, foram feitas importantes considerações sobre as repercussões práticas deste instituto no qual tal lei menciona: a fixação dos

alimentos, pois foi gerada a crença de que uma vez instituído o compartilhamento de guarda, não são mais devidos os alimentos. É um grande erro este tipo de pensamento tendo em vista que tal modalidade pressupõe a união e esforços dos genitores e, na grande parte dos casos, com base de residência definida, onde o genitor que a detém já presta alimentos in natura, devendo o outro contribuir financeiramente para a formação do menor; o direito de convivência que com advento da lei nº 13.058/2014 alterou a expressão direito de visitas para direito a convivência, que deverá ser feito de forma equilibrada e não conforme muitos pensam que deve-se dividir em períodos iguais a convivência com os filhos. A guarda conjunta tem como intuito reequilibrar as funções parentais e promover a relação frequente e contínua deste com os genitores.

Outro fato destacado no último capítulo foi sobre a prevenção à alienação parental. Viu-se que quando a síndrome ocorre serão fundamentais algumas providências do Judiciário, principalmente o acompanhamento psicológico do menor e que, se bem trabalhada e desenvolvida, a guarda compartilhada pode além de diminuir a alienação, ser efetivamente um mecanismo para coibir.

Ademais, ressaltou-se que ações que tramitam nas Varas de Família possuem, por natureza, caráter casuístico. E que a guarda, por proteger os direitos dos menores deve ter seu melhor interesse garantido. Sendo assim, depreendeu-se que não será em todos os casos que a guarda compartilhada será a melhor escolha, cabendo ao Judiciário o dever de verificar as particularidades de cada caso e analisar qual a guarda que melhor atenda os interesses do infante.

Por fim, restou evidente, pelos vários argumentos utilizados, que o compartilhamento de guarda é melhor não apenas para os filhos menores, mas também para os pais e que se espera evolução jurisprudencial para maior compreensão e adequada aplicação do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família.** 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2016.

BRASIL, **Código Civil (Lei nº 10.406/2002).** VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 29 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispões sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www.lhists.blogspot.com/2007/10/estatuto-da-mulher-casada.htm>>. Acesso em 24 abr.2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/1990).**VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Dispõe sobre a Guarda Compartilhada. 2008.

BRASIL. **Lei nº13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Dispõe sobre a Guarda Compartilhada. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l13058.htm. Acesso em 10 mar.2017.

BRASIL. **Lei nº 12.318/ 2010, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a Alienação Parental. 2010.

BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Revogada pela Lei nº10.406 de 10.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 20 abr. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Novo Conceito de Compartilhamento: Igualdade Parental.** Revista IBDFAM. v. 07, jan./fev., 2015.

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: Restituição internacional de criança e abuso do direito da guarda.** 1ª ed. Fortaleza: Letras, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARDNER, Richard A., O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)? Disponível em: <
<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhbGllbmFjYW9wYXJlbnRhbHxneDo3NWEzNjZiZTFjY2JjOWVI>>. Acesso em 10 mar.2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p.80.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada** – um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUAZZELLI, Mônica. **A Nova Lei da Guarda Compartilhada**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister, v. 04, jan./fev., 2015.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Menor Interesse da Criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIZARDO, A. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENADO FEDERAL, Projeto Lei da Câmara nº117, de 2013, nº1.009/2011. Altera os arts.1583, 1584, 1585 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/material/detalhes.asp?p_cod_mate=15668>. Acesso em 25 abr.2017. Texto original.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2008.

SILVA, Ana Maria Milano. **Manual de direito das famílias**. 5ª Ed. São Paulo RT, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012

WEISS, Telma Kutnikas. **A Lei da Guarda Compartilhada: uma Breve Visão Psicanalítica.** *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 09, nov./dez., 2015.

TRINDADE, Jorge, **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver** / Maria Berenice Dias, coordenação - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TROIANI, Leonice e LOCATELI, Claudia Cinara. **Guarda Compartilhada: Efetivação dos Direitos Fundamentais da Convivência Familiar e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.** *Revista IBDFAM*. v.05, set./out., 2014.

ZEMARIOLA, Aldrin Teubl Sancher; CAMARGO, Daniela Romano Tavares; OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. **Análise da Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada e as Repercussões nas Famílias Brasileiras: a Lei nº 13.058/2014**, Porto Alegre: *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, 2015, p. 26, vol. 4, jan./fev.